

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

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE CAYDIRICI ETKİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Didem TOMBUL

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

ŞUBAT 2023

ÖNSÖZ

Bu tezin ortaya çıkmasında en büyük pay sahiplerinden biri olan, Galatasaray Üniversitesi'ne adımımı attığım ilk günden itibaren kendisinden çok şey öğrendiğim, beni her zaman konfor alanımdan çıkmaya ve yeni konular çalışmaya sevk eden, tez çalışmalarım boyunca emeğini, sabrını, güvenini ve desteğini hiç esirgemeyen saygıdeğer hocam, tez danışmanım Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ'a teşekkürü bir borç bilirim. Hakkında literatürde sayılı çalışmalar olan bir konuyu, kendisinin danışmanlığında özgürce çalışabildiğim için minnettarım.

Ayrıca, derslerini sabırsızlıkla beklediğim, akademik kültür bakımından kendisinden çok şey öğrendiğim hocam Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal'a bana kattığı her şey için teşekkür ederim. Tez sürecinin başında vakit ayırarak, konunun nasıl şekillenmesi gerektiği konusundaki görüş ve önerilerini paylaşan Doç. Dr. Tolga Şirin'e değerli katkıları için teşekkür ederim.

Tez jürisinde yer alarak, değerli zamanlarından ayırıp tezi titizlikle okuyan, değerli görüş ve eleştirilerini paylaşarak tezin gelişmesine ve zenginleşmesine katkı sunan değerli hocalarım Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik'e ve Dr. Öğr. Üyesi Serkan Köybaşı'ya teşekkürlerimi sunuyorum.

Galatasaray Üniversitesi Suna Kırac Kütüphanesi'ne ve üniversitenin tüm çalışanlarına, bu tezin yazılması için elverişli bir ortam sağladıkları için teşekkür ederim. Tezin yazılması sırasında kendilerini ihmal ettiğim halde gönül koymayan, desteklerini her daim hissettiğim arkadaşlarıma da teşekkür borçluyum.

Tez çalışmalarım boyunca, tez konumu öğrendikten sonra "riskli" bir konuyu çalıştığımı hatırlatarak samimi endişelerini dile getiren herkese içtenlikle teşekkür ederim. Bu endişeler, bu konunun neden çalışılması gerektiği konusundaki motivasyonumu her daim yüksek tuttular.

Elbette teşekkürlerin en büyüğü, her zaman en büyük destekçim olan ailemdir. Tez sürecim boyunca da her anlamda yanımda olan, kız evladı olarak eğitimime her şeyden daha fazla önem veren, azmi ve öğrenme aşkı her daim gözlerinde parlayan annem Birgül Tombul'a, hayatım boyunca desteğini, dostluğunu her daim hissettiğim, iyiliği ve cesaretiyle örnek olan kardeşim Hasan Celil Tombul'a sonsuz teşekkür ederim.

Didem TOMBUL

Şişli, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ	1
I. CAYDIRICI ETKİ KAVRAMININ ANLAMI, DOĞUŞU VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	6
A. GÜNÜMÜZ DEMOKRASİLERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANLAMI VE CAYDIRICI ETKİ	8
1. Günümüz Demokrasilerinde İfade Özgürlüğünün Anlamı	11
a. Devlet ve İfade Özgürlüğü İlişkisi	14
b. Birey ve İfade Özgürlüğü İlişkisi	18
c. Toplum ve İfade Özgürlüğü İlişkisi	20
2. Caydırıcı Etki Doktrini.....	22
a. Caydırıcı Etki Kavramının Anlamı	22
b. Çeviri Sorunu	28
c. İlgili Diğer Kavramlarla İlişkisi	33
i. Otosansür.....	33
ii. Ceza Hukuku Bağlamında Caydırıcılık.....	40
iii. SLAPP.....	43
B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN DOĞUŞU VE İLK UYGULAMALARI.....	49
1. İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Siyasi Atmosfer ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı.....	49
a. Dönemin Siyasi Atmosferi: Birinci Dünya Savaşı ve I. Kızıl Korku.....	51

b. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı	54
2. İkinci Dünya Savaşı Döneminde Siyasi Atmosfer ve Yüksek Mahkeme'nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı	59
a. Dönemin Siyasi Atmosferi: İkinci Kızıl Korku ve McCarthycilik	59
i. İkinci Kızıl Korku ve Alınan Önlemler	60
ii. McCarthycilik	62
b. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin Değişen İfade Özgürlüğü Yaklaşımı ve Caydırıcı Etki Doktrini	65
i. Mahkemenin Uyguladığı İfade Özgürlüğü Doktrinleri	66
ii. Caydırıcı Etki Doktrini	69
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİ	74
A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ	76
1. Caydırıcı Etki Doktrinin Kapsamı	77
a. Caydırıcı Etki Doktrininin Ortaya Çıkışı ve İlk Uygulamaları	77
i. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulanmasına Dair Genel Tespitler	78
ii. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Tutarsızlıklar ..	81
b. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulandığı Diğer Hak ve Özgürlükler	84
i. Özel Hayata Saygı Hakkı	84
ii. Mahkemeye Başvuru Hakkı	86
iii. Din ve Vicdan Özgürlüğü	87
iv. Haklara Getirilecek Kısıtlamaların Sınırlanması	88
c. Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etki ve Norm Denetimi Kararlarında Caydırıcı Etki Doktrininin Yetersiz Kullanımı	90
i. Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etki	91
aa. Lafzı ve Uygulama Kapsamı İtibariyle Belirsiz Yasalar	92
bb. Yeknesak Düzenleme Yokluğunun Sebep Olduğu Belirsizlik	94
ii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etkinin Değerlendirilmesi	95
iii. Norm Denetimi Kararlarında Caydırıcı Etki Doktrininin Yetersiz Kullanımı	99
2. Kabul Edilebilirlik Kriterlerinde Caydırıcı Etki	104
a. Mağdurluk Statüsü ve Caydırıcı Etki	106
i. Doğrudan Mağdurluk	107

ii. Potansiyel Mağdurluk.....	110
b. Önemli Zarar Ölçütü ve Caydırıcı Etki	112
B. TÜRK HUKUKUNDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN GÖRÜNÜMÜ	114
1. İfade Özgürlüğünde Caydırıcı Etki.....	116
a. Basın Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki	116
i. Basın Özgürlüğü ve İnsan Hakları Raporlarında Basın Özgürlüğünün Genel Durumu	119
ii. Mahkeme Kararlarında Basın Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki	122
aa. Gazetecilerin Fiziki Bütünlüğünün Korunması.....	123
bb. Gazeteciler Hakkında Yürütülen Cezai Süreçler ve Caydırıcı Etki.....	124
cc. Özel Hukuk Yaptırımları ve Caydırıcı Etki	128
dd. Haber Kaynağını Açıklamaya Zorlama	129
b. Akademik İfade Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki.....	135
i. İnsan Hakları Raporlarında Türkiye’de Akademik İfade Özgürlüğü.....	137
ii. Mahkeme Kararlarında Akademik Özgürlükler ve Caydırıcı Etki.....	140
c. Yargılama Öznelerinin İfade Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki.....	145
i. Avukatların İfade Özgürlüğü.....	145
aa. Avukatların İfade Özgürlüğünün Genel Görünümü.....	146
bb. Mahkeme Kararlarında Avukatların İfade Özgürlüğü.....	148
ii. Hâkim ve Savcıların İfade Özgürlüğü	152
2. Toplu Eylem Özgürlüklerinde Caydırıcı Etki.....	157
a. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki.....	158
i. İnsan Hakları Raporlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü.....	160
ii. Hak Kullanımına Yönelik Müdahaleler ve Caydırıcı Etki.....	161
iii. Sendikal Haklar ve Caydırıcı Etki.....	166
b. Sivil Toplum Örgütleri ve Caydırıcı Etki	168
i. İnsan Hakları Raporlarında Sivil Toplumun Genel Durumu	171
ii. Mahkeme Kararlarında Sivil Toplum ve Caydırıcı Etki	173
SONUÇ.....	175
KAYNAKÇA	181

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AB/EU	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C./Vol	: Cilt
CPJ	: Gazetecileri Koruma Komitesi
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Ed.	: Editör
FBI	: Federal Soruşturma Bürosu
FIDH/OMCT	: Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu
GK	: Genel Kurul
GPPI	: Global Kamu Politikası Enstitüsü
HUAC	: Amerikan Karşıtı Faaliyetleri İzleme Komitesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JFJ	: Gazeteciler İçin Adalet Vakfı
KAGED	: Kapasite Geliştirme Derneği
MLSA	: Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği
No.	: Numara
OHAL	: Olağanüstü Hal
PVSK	: Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu
RSF	: Sınır Tanımayan Gazeteciler
s.	: sayfa
SLAPP	: Kamu Katılımına Karşı Stratejik Dava

ss.	: sayfalar
t.y.	: tarih yok
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
U.S.	: Birleşik Devletler
UCLA	: Kaliforniya Üniversitesi Los Angeles
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
v.	: versus
vd.	: ve devamı
WUS	: Dünya Üniversiteler Servisi



RÉSUMÉ

La doctrine de l'effet dissuasif, qui a été élaborée pour protéger la liberté d'expression et se concentre sur l'ensemble du processus de réalisation de la liberté, est une approche qui se concentre sur les effets des interventions sur la liberté d'expression dans le domaine des droits protégés par la constitution et offre la possibilité pour observer si le droit est effectivement mis en œuvre ou non. La doctrine, qui s'est développée depuis les années 1950, lorsqu'elle a été mise en avant dans la jurisprudence de la Cour et a commencé à être mise en œuvre dans de nombreuses questions liées à la liberté d'expression, contribuera aux débats actuels dans le domaine de la liberté d'expression et apportera lumière sur les problèmes qui pourraient survenir à l'avenir. L'effet dissuasif est une doctrine essentielle qui aide les tribunaux à déterminer les effets que l'État crée dans le domaine des droits protégés par la constitution, qui peuvent inquiéter les citoyens quant à l'exercice de leurs droits, et les conséquences sur certains droits, notamment la libertés d'expression et de réunion.

L'effet dissuasif est un outil de détection de la domination imposée aux droits et libertés. L'argument principal de la doctrine de l'effet dissuasif est l'idée que l'ingérence illégale dans les droits qui ont besoin d'un répit pour leur mise en œuvre, en particulier la liberté d'expression, les individus et la société, et l'utilisation généralisée du silence pour éviter le silence nuira au public environnement de discussion qui devrait se développer dans une société démocratique. Il est significatif que l'effet dissuasif, une doctrine qui se concentre sur les conséquences de l'intervention illicite, soit une doctrine dérivée de la jurisprudence des tribunaux.

Cette thèse examinera la doctrine de l'effet dissuasif en deux parties principales. Dans la première partie du premier titre principal de notre thèse nommé «Le sens, la naissance et les premières applications de la doctrine de l'effet dissuasif» le sens de la liberté d'expression, qui est le domaine d'application principal de la doctrine de l'effet dissuasif, dans les démocraties d'aujourd'hui s'expliquera en termes d'individu, d'État et de société. Un environnement dans lequel les gens ne savent pas quel type d'intervention ils recevront en raison de leurs actions, où l'arbitraire et les interventions arbitraires prévaudront, conduira à un terrain de domination en matière de liberté d'expression. L'avenir de la démocratie sera en danger dans un pays où les gens sont réduits au silence. La dissuasion créée sur la liberté d'expression aura de graves conséquences pour l'État, l'individu et la société.

De même, dans cette partie de cette thèse, le concept de l'effet dissuasif sera discuté, la signification du concept sera expliquée à travers des exemples, et il sera expliqué que cet effet constitue la base de certaines expressions que nous utilisons pour nous rappeler et d'autres le danger des sanctions dans la vie quotidienne. Les problèmes liés à l'introduction du concept d'effet dissuasif en turc constituent un autre sujet. La dénomination de l'effet à l'aide d'une métaphore dans les années où il a émergé, l'utilisation de jeux de mots dans ses diverses utilisations et l'expression synonyme de l'effet dissuasif avec d'autres mots sont parmi les facteurs qui rendent difficile la traduction du concept dans une autre langue.

La relation entre la doctrine de l'effet dissuasif et d'autres concepts connexes sera abordée dans trois sous-titres. Dans ces titres, la relation du concept avec le concept

d'autocensure, qui signifie « préférer » ne pas parler, ne pas écrire, ou ne pas produire d'œuvres, sera examinée afin d'éviter le risque d'expression de soi ; La différence entre le concept de dissuasion en droit pénal, qui est le revers de la médaille, et le concept de dissuasion sera discutée, et sa pertinence par rapport au concept de SLAPP, qui fait référence aux affaires qui visent à réprimer les critiques et les débats politiques , sera expliqué par des exemples.

La deuxième partie du premier titre principal est consacrée à l'émergence et aux premières applications de la doctrine de l'effet dissuasif. Puisqu'il peut éclairer les problèmes de la liberté d'expression aujourd'hui, le processus jusqu'à ce que l'effet dissuasif soit inclus dans la jurisprudence s'explique en le prenant par derrière historiquement. La propagation de la peur rouge et des pratiques abusives, qui a commencé en réaction au communisme, qui est considéré comme un danger en Amérique, s'est transformée en sanctions contre les personnes qui soutiennent cette idée, et qui assimile toute idée dissidente à une trahison, a considérablement érodé la liberté de expression. La Cour suprême fédérale américaine, prise entre la liberté d'expression et le réflexe de protection de l'État, a pris le parti de la liberté d'expression en développant la doctrine de l'effet dissuasif dans la période suivante et a commencé à prendre des mesures pour minimiser les pratiques et les lois qui l'effet de refroidissement.

Le deuxième titre principal de notre thèse, "Doctrines dissuasives dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle turque", porte sur l'application de la doctrine de l'effet dissuasif dans les décisions de justice. Dans la première partie du deuxième titre principal, la portée de la doctrine, qui a commencé à être appliquée dans les systèmes juridiques de Common Law et d'Europe continentale après le système juridique américain, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle sera examinée. Encore une fois, dans ce titre, comment l'effet dissuasif, qui est une doctrine élaborée par un tribunal national qui contrôle des normes concrètes, est appliqué dans le système européen des droits de l'homme, qui est un tribunal international, et les différences et les incohérences qui surgissent dans cette pratique sera discuté.

La portée de ce titre examinera également les explications concernant les droits auxquels la doctrine de l'effet dissuasif est appliquée dans les décisions de justice. L'effet dissuasif, qui est une doctrine applicable aux droits non absolus, est appliqué dans la jurisprudence des tribunaux en matière de droit au respect de la vie privée, de droit de saisir un tribunal, de liberté de religion et de conscience et de restriction de restrictions aux droits, en dehors des libertés d'expression et d'action collective.

Une autre question à examiner concerne les problèmes liés à la détermination de l'effet dissuasif découlant des lois en matière de contrôle judiciaire. En particulier, l'effet dissuasif causé par les lois qui créent l'incertitude a été fréquemment discuté dans les années où la doctrine de l'effet dissuasif a été introduite. Les cours constitutionnelles, qui sont des juridictions nationales, ont appris et appliqué la doctrine de l'effet dissuasif de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui est une juridiction internationale. Bien que suivre les pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme enrichit la jurisprudence d'application individuelle des cours constitutionnelles, ne pas aller au-delà de ce champ a rendu inadéquate la pratique de la doctrine de l'effet dissuasif dans le contrôle juridictionnel. Pour cette raison, s'il est possible d'évaluer les interventions qui créent un effet dissuasif dans la

mise en œuvre des droits et libertés, bien que limitées, il n'est pas possible de contrôler la constitutionnalité des lois qui créent un effet dissuasif.

Dans la deuxième partie du deuxième titre principal de notre thèse, l'application de la doctrine de l'effet dissuasif dans les critères d'acceptabilité sera discutée. Étant donné que l'effet dissuasif est une approche qui laisse entendre que, dans certains cas, certaines actions et actions qui n'interfèrent pas techniquement avec l'exercice du droit peuvent également constituer une intervention dans les droits des individus, les tribunaux peuvent appliquer la doctrine du refroidissement effet dans l'interprétation souple des critères de recevabilité. Par exemple, techniquement, cela ne constitue pas une ingérence dans la liberté d'expression d'être poursuivi ou poursuivi à cause d'un article qu'il a écrit ou de l'actualité qu'il a faite. Cependant, l'ouverture de sept procédures pénales, d'une durée d'au moins cinq ans, contre un journaliste a le potentiel de briser la volonté de la personne d'user de sa liberté d'expression, même si elle est acquittée à l'issue des procès. De même, le fait qu'une personne puisse être constamment enquêtée en raison du sujet sur lequel elle travaille académiquement - en raison de la formulation et de la manière dont les lois pénales sont appliquées - peut avoir un effet dissuasif sur la volonté de la personne de poursuivre ses recherches. Pour ces raisons, des écarts dans le système de la Cour européenne des droits de l'homme sont autorisés sur la base de l'effet dissuasif, à la fois en termes de « statut de victime » et de critère de « désavantage significatif ». La question concernant l'application de la doctrine de l'effet dissuasif en termes de « désavantage important » est de savoir si l'effet dissuasif créé sur l'utilisation du droit peut être qualifié d'inconvénient important, même s'il n'y a pas d'interférence avec le droit.

La deuxième partie du deuxième titre principal de notre thèse porte sur l'apparition de l'effet dissuasif en droit turc. Dans les décisions de la Cour constitutionnelle turque, conformément à la distinction de la Cour européenne des droits de l'homme, la doctrine de l'effet dissuasif est principalement appliquée à des sous-rubriques spécifiques de la liberté d'expression et d'action collective. Le sujet sera examiné en suivant cette distinction dans le plan de thèse.

Dans la deuxième partie du premier titre principal de notre thèse, "Aperçu de la doctrine de l'effet dissuasif en droit turc", l'apparition de l'effet dissuasif dans la liberté d'expression et d'action collective et l'application de la doctrine de l'effet dissuasif par les tribunaux sera discuté. Dans le titre de "L'effet dissuasif sur la liberté d'expression", qui forme la première partie de ce titre principal, un aperçu de la liberté de la presse, de la liberté académique et de la liberté d'expression des sujets d'essai sera présenté, et comment la doctrine de l'effet dissuasif est appliqué dans les affaires portant sur ces droits seront examinés.

Dans ce premier chapitre sur la liberté de la presse, l'importance d'une presse libre dans une société démocratique est mentionnée. Il est expliqué que le débat public, la transparence dans l'administration et la participation effective à l'administration du pays ne sont possibles que dans une société informée par la presse. La situation actuelle de la liberté de la presse en Turquie est présentée sur la base de rapports sur la liberté de la presse et de rapports sur les droits de l'homme. Les effets des interventions illégales contre les journalistes ont été examinés à travers la jurisprudence de la Cour.

Le deuxième sous-titre porte sur la liberté d'expression académique. La situation actuelle des libertés académiques en Turquie, qui sont indispensables pour qu'un

établissement d'enseignement devienne une université, a été révélée par des rapports sur les droits de l'homme, en particulier des décisions de justice sur l'effet dissuasif de l'imposition de sanctions sévères aux universitaires - connus sous le nom d'Academics for Peace - sur ces personnes et celles qui exercent avec elles la même profession.

Le troisième et dernier sous-titre de la liberté d'expression est consacré à la protection de la liberté d'expression des avocats, des juges et des procureurs. Dans la première partie de ce titre, la situation générale de la liberté d'expression des avocats a été mentionnée, et il a été souligné que la pression sur la liberté d'expression des avocats en Turquie s'est accrue ces dernières années. Les deux questions qui ressortent en termes de dissuasion sur la liberté d'expression, le fait que les avocats soient sanctionnés pour leurs activités professionnelles et punis pour leurs déclarations lors des audiences du tribunal, ont été examinées à travers des décisions de justice. La deuxième partie de ce titre porte sur la liberté d'expression des juges et des procureurs. Le problème de l'effet dissuasif créé sur la liberté d'expression des juges et des procureurs est principalement abordé dans le contexte des personnes qui exercent leurs fonctions de juges et de procureurs dans le contexte d'être sanctionnées après avoir critiqué le système judiciaire du pays.

La dernière partie du deuxième titre principal de cette thèse consiste à examiner l'effet dissuasif sur les libertés d'action collective. Le droit de revendiquer des droits collectifs, indispensable à la protection et à l'avancement individuels et collectifs des droits et le droit de participer à l'administration en formant des groupes de pression sont indispensables à la pérennité du système social et démocratique. La vision générale du droit de réunion et de manifestation en Turquie, qui sera abordée dans la première partie de ce titre, sera abordée à travers des rapports sur les droits de l'homme. L'effet dissuasif des interventions sur le rassemblement et la marche de démonstration avant, pendant et après le rassemblement sera examiné par des décisions de justice. La question de montrer la réunion à laquelle assiste la personne qui est essentielle en termes de discussions à effet dissuasif comme preuve de culpabilité sera discutée, et l'effet des décisions d'interdiction générale sur l'utilisation du droit sera discuté.

La dissuasion des travailleurs d'exercer leurs droits syndicaux de peur d'être soumis à des sanctions et de perdre leur emploi est une autre question à aborder dans ce chapitre. Dans les résolutions sur le sujet, les conséquences des sanctions avec amendes administratives et sanctions disciplinaires sont focalisées sur les personnes qui se regroupent pour exercer leurs droits syndicaux et faire valoir leurs revendications à l'appel du syndicat.

Le dernier titre de notre thèse est l'effet dissuasif sur les activités des organisations non gouvernementales. Le fait que les activités des organisations non gouvernementales opérant dans de nombreux domaines de la société soient passibles de sanctions pénales comme s'il s'agissait d'actes criminels et l'impunité pour les attaques contre les défenseurs des droits de l'homme sont des problèmes fondamentaux qui sont également reflétés dans les rapports sur les droits de l'homme. Dans ce titre, la situation générale de la société civile en Turquie sera révélée à travers des rapports sur les droits de l'homme, les sanctions qui ont atteint le niveau de harcèlement judiciaire contre les membres d'organisations non gouvernementales seront examinées, et les problèmes causés par la punition de les personnes qui jouent un rôle essentiel dans les organisations non gouvernementales seront expliquées par la jurisprudence des tribunaux.

ABSTRACT

The chilling effect doctrine, which was developed to protect freedom of expression and focuses on the entire process of realizing freedom, is an approach that focuses on the effects of interventions to freedom of expression on the field of rights protected by the constitution and offers the opportunity to observe whether the right is implemented or not. The doctrine, which had developed since the 1950s, when it was put forward in the jurisprudence of the court and started to be implemented in many issues related to freedom of expression, will contribute to the current debates in the field of freedom of expression and shed light on the problems that may arise in the future. The chilling effect is an essential doctrine that helps the courts to determine the effects that the state creates in the field of rights protected by the constitution, which may cause people to be worried about exercising their rights, and the consequences on certain rights, especially the freedoms of expression and assembly.

The chilling effect is a tool for detecting domination, which is forced on rights and freedoms. The main argument of the doctrine of the chilling effect is the idea that unlawful interference with the rights that need breathing space for their implementation, especially freedom of expression, will silence individuals and society, and the widespread use of silence to avoid sanctions will harm the public discussion environment that is expected to develop in a democratic society. It is significant that the chilling effect, a doctrine that focuses on the consequences of unlawful interference, is a doctrine derived from court case law.

This thesis will examine the chilling effect doctrine in two main parts. In the first part of the first main title of our thesis named “The Meaning, Birth and First Applications of the Doctrine of the Chilling Effect” the meaning of freedom of expression, which is the main application area of the doctrine of the chilling effect, in today’s democracies will be explained in terms of individual, state, and society. An environment in which people do not know what kind of intervention they will receive due to their actions, where arbitrariness and arbitrary interventions prevail, will lead to a ground of domination in terms of freedom of expression. The future of democracy will be endangered in a country where people are pushed into silence. The deterrence created on freedom of expression will have severe consequences for the state, the individual, and society.

Likewise, in this part of this thesis, the concept of the chilling effect will be discussed, the meaning of the concept will be explained through examples, and it will be explained that this effect forms the basis of some expressions we use to remind ourselves and others the danger of sanctions in daily life. Problems related to the introduction of the concept of chilling effect into Turkish constitute another topic. The naming of the effect using a metaphor in the years it emerged, the use of word games in its various uses, and the synonymous expression of the chilling effect with other words are among the factors that make it challenging to translate the concept into another language.

The relationship between the chilling effect doctrine and other related concepts will be discussed in three sub-titles. In these titles, the relationship of the concept with

the concept of self-censorship, which means “preferring” not to speak, not to write, or not to produce works, will be examined in order to avoid the risk of self-expression; The difference between the concept of deterrence in criminal law, which is the other side of the coin, and the concept of deterrence will be discussed, and its relevance to the concept of SLAPP, which refers to cases that aim to suppress criticisms and political debates, will be explained through examples.

The second part of the first main title is devoted to the emergence and first applications of the chilling effect doctrine. Since it can shed light on the problems of freedom of expression today, the process until the chilling effect is included in the jurisprudence is explained by taking it from behind historically. The spread of red fear and abusive practices, which started as a reaction to communism, which is seen as a danger in America, turned into sanctions against people who hold this idea, and which equates every dissenting idea with treason, has significantly eroded freedom of expression. The American Federal Supreme Court, caught between freedom of expression and the reflex to protect the state, took the side of freedom of expression by developing the doctrine of chilling effect in the following period and started to take steps to minimize the practices and laws that cause the chilling effect.

The second main title of our thesis, “Chilling Doctrine in the Decisions of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court” is about applying the doctrine of chilling effect in court decisions. In the first part of the second main title, the scope of the doctrine, which started to be applied in the Common Law and Continental European legal systems after the American legal system, in the case law of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court will be examined. Again, in this title, how the chilling effect, which is a doctrine developed by a domestic court that controls concrete norms, is applied in the European Human Rights system, which is an international court, and the differences and inconsistencies that arise in this practice will be discussed.

The scope of this title will also examine the explanations regarding which rights the doctrine of the chilling effect is applied in court decisions. The chilling effect, which is an applicable doctrine about non-absolute rights, is applied in court case-laws in terms of the right to respect for private life, the right to apply to a court, freedom of religion and conscience, and restriction of restrictions on rights, apart from freedoms of expression and collective action.

Another issue to be examined is the problems related to the determination of the chilling effect arising from laws in judicial review. In particular, the chilling effect caused by the laws that create uncertainty was frequently discussed in the years when the doctrine of chilling effect was introduced. The constitutional courts, which are domestic courts, learned and applied the doctrine of chilling effect from the case law of the European Court of Human Rights, which is an international court. Although following the practices of the European Court of Human Rights enriches the individual application case law of the constitutional courts, not going beyond this scope has left the practice of the doctrine of chilling effect in judicial review inadequate. For this reason, while it is possible to evaluate the interventions that create a chilling effect in the implementation of rights and freedoms, albeit limited, it is not possible to control the constitutionality of laws that create a chilling effect.

In the second part of the second main title of our thesis, the application of the chilling effect doctrine in the acceptability criteria will be discussed. Since the chilling effect is an approach that suggests that, in some cases, some actions and actions that do not technically interfere with the exercise of the right may also constitute an intervention in the rights of individuals, the courts may apply to the doctrine of chilling effect in the flexible interpretation of the admissibility criteria. For example, technically, it does not constitute an interference with the freedom of expression to be prosecuted or prosecuted because of an article he wrote or the news he made. However, the initiation of seven criminal proceedings, lasting at least five years, against a journalist has the potential to break the will of the person to use his freedom of expression, even if she/he is acquitted as a result of the trials. Likewise, the fact that a person can be constantly investigated due to the subject he is working on academically - due to the wording and the way the penal laws are applied - may have a chilling effect on the willingness of the person to continue his research. For these reasons, deviations in the European Court of Human Rights system are allowed based on the chilling effect, both in terms of “victim status” and the criterion of “significant disadvantage”. The issue regarding the application of the chilling effect doctrine in terms of the “significant disadvantage” is whether the chilling effect created on the use of the right can be qualified as a significant disadvantage, even though there is no interference with the right.

The second part of the second main title of our thesis focuses on the appearance of the chilling effect in Turkish law. In the Turkish Constitutional Court’s decisions, following the European Court of Human Rights distinction, the doctrine of the chilling effect is mainly applied to specific sub-headings of freedom of expression and collective action. The subject will be examined by following this distinction in the thesis plan.

In the second part of the first main title of our thesis, “Overview of the Chilling Effect Doctrine in Turkish Law”, the appearance of the chilling effect in the freedom of expression and collective action and the application of the chilling effect doctrine by the courts will be discussed. In the title of “The Chilling Effect on Freedom of Expression”, which forms the first part of this main title, an overview of freedom of the press, academic freedom, and freedom of expression of trial subjects will be presented, and how the doctrine of the chilling effect is applied in cases dealing with these rights will be examined.

In this first chapter on freedom of the press, the importance of a free press in a democratic society is mentioned. It is explained that public discussion, transparency in the administration, and effective participation in the country’s administration are only possible in a society informed by the press. The current situation of press freedom in Turkey is presented based on press freedom reports and human rights reports. The effects of unlawful interventions against journalists have been examined through the court’s jurisprudence.

The second sub-title is about academic freedom of expression. The current situation of academic freedoms in Turkey, which are indispensable for an educational institution to become a university, has been revealed through human rights reports, especially court decisions on the chilling effect of the imposition of severe sanctions on academics - known as Academics for Peace - on these people and those who carry out the same profession with them.

The third and last sub-title of freedom of expression is devoted to the protection of freedom of expression of lawyers, judges, and prosecutors. In the first part of this title, the general situation of the freedom of expression of lawyers was mentioned, and it was pointed out that the pressure on the freedom of expression of lawyers in Turkey has increased in recent years. The two issues that stand out in terms of deterrence on freedom of expression, the fact that lawyers are sanctioned for their professional activities and punished for their statements at the court hearings, have been examined through court decisions. The second part of this title is about the freedom of expression of judges and prosecutors. The problem of the chilling effect created on the freedom of expression of judges and prosecutors is mostly discussed in the context of the people who perform their duties as judges and prosecutors in the context of being sanctioned after they criticize the judicial system in the country.

The last part of the second main title of this thesis consists of examining the chilling effect on collective action freedoms. The right to claim collective rights, which is essential for the individual and collective protection and advancement of rights and the right to participate in the administration by forming pressure groups are vital for the continuation of the social and democratic system. The general view of the right to assembly and demonstration in Turkey, which will be discussed in the first part of this title, will be addressed through human rights reports. The chilling effect of the interventions on the assembly and demonstration march before, during, and after the assembly will be examined through court decisions. The issue of showing the meeting attended by the person who is essential in terms of chilling effect discussions as evidence of guilt will be discussed, and the effect of the general prohibition decisions on the use of the right will be discussed.

The deterrence of workers from exercising their union rights for fear of being subject to sanctions and losing their jobs is another issue to be addressed in this chapter. In the resolutions on the subject, the consequences of punishment with administrative fines and disciplinary penalties are focused on the people who come together to exercise their union rights and convey their demands with the union's call.

Our thesis's last title is the chilling effect on non-governmental organizations' activities. The fact that the activities of non-governmental organizations operating in many areas of society are subject to criminal sanctions as if they are criminal acts and the impunity for attacks against human rights defenders are fundamental problems that are also reflected in human rights reports. In this title, the general situation of civil society in Turkey will be revealed through human rights reports, the sanctions that have reached the level of judicial harassment against the members of non-governmental organizations will be examined, and the problems caused by the punishment of people who play essential roles in non-governmental organizations will be explained through court case-laws.

ÖZET

İfade özgürlüğünü korumak üzere geliştirilen ve özgürlüğün hayata geçirilebilmesi sürecinin tamamına odaklanan caydırıcı etki doktrini, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin, anayasa ile korunan hak alanına olan etkilerini mercek altına alan, hakkın gerçekten hayata geçirilip geçirilemediğini gözlemleme imkânı sunan bir yaklaşımdır. Mahkeme içtihatlarında ortaya atıldığı 1950’li yıllardan beri gelişen ve ifade özgürlüğüne ilişkin pek çok konuda uygulanmaya başlanan doktrin, ifade özgürlüğü alanında mevcut tartışmalara katkı sağlayabilecek, gelecekte ortaya çıkabilecek sorunlara ışık tutabilecektir. Caydırıcı etki, devletin anayasa ile korunan haklar alanında oluşturduğu, kişileri haklarını kullanmak konusunda endişeye düşürebilecek etkilerin, ifade ve toplanma özgürlükleri başta olmak üzere, belirli haklar üzerinde neden olabileceği sonuçların mahkemeler tarafından tespit edilmesine yarayan son derece önemli bir doktrindir.

Caydırıcı etki, en temelde, hak ve özgürlükler üzerinde yaratılan tahakkümün tespit edilmesine yarayan bir araçtır. Caydırıcı etki doktrininin temel savı, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, hayata geçirilebilmesi için nefes alacak alana ihtiyacı olan haklara bu alanın tanınmamasının olumsuz sonuçlar doğurabileceğidir. Haklar üzerindeki baskı, kişileri ve toplumu sessizleştirecek, yaptırımdan kaçınmak için sessiz kalmanın yaygınlaşması, demokratik toplumda gelişmesi beklenen kamusal tartışma ortamına zarar verecektir. Müdahalenin sonuçlarına odaklanan bir doktrin olan caydırıcı etkinin, mahkeme içtihatlarından doğan bir doktrin olması anlamlıdır.

Caydırıcı etki doktrini, tezimizde iki ana bölümde incelenecektir. Tezimizin ilk ana başlığının, “Caydırıcı Etki Kavramının Anlamı, Doğuşu ve İlgili Diğer Kavramlarla İlişkisi” isimli ilk kısmında, caydırıcı etki doktrininin ağırlıklı uygulama alanını oluşturan ifade özgürlüğünün günümüz demokrasilerindeki anlamı birey, devlet ve toplum yönünden açıklanacaktır. Kişilerin hangi fiilleri nedeniyle hangi müdahaleye uğrayacağını bilemediği, keyfiliğin ve keyfi müdahalelerin hüküm sürdüğü bir ortam, ifade özgürlüğü bakımından da bir tahakküm zemininin oluşmasına sebebiyet verecektir. Kişilerin sessizliğe itildiği bir ülkede demokrasinin geleceği tehlikeye girecektir. İfade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcılık devlet, birey ve toplum bakımından ciddi sonuçlar doğuracaktır.

Tezimizin yine bu kısmında caydırıcı etki kavramı ele alınacak, kavramın anlamı örnekler üzerinden açıklanacak ve bu etkinin, günlük hayatta, yaptırım tehlikesini hatırlatmak amacıyla kullandığımız kimi ifadelerin temelini oluşturduğu izah edilecektir. Caydırıcı etki kavramının Türkçe’ye kazandırılmasına dair sorunlar bir diğer başlığı oluşturmaktadır. Ortaya çıktığı yıllarda etkinin, bir metafor kullanılarak isimlendirilmesi, kullanımlarında çeşitli kelime oyunlarına yer verilmesi ve caydırıcı etkinin diğer başka kelimelerle eş anlamlı şekilde ifade edilmesi, kavramı bir başka dile çevirmeyi zorlaştıran etkenler arasındadır.

Caydırıcı etki doktrininin, ilgili diğer kavramlarla ilişkisi üç alt başlıkta ele alınacaktır. Bu başlıklarda kavramın, kişinin, kendisini ifade etmesinin yaratabileceği

riskten kaçınmak için konuşmamayı “tercih etmesi” anlamına gelen otosansür kavramıyla ilişkisi incelenecek; madalyonun diğer yüzünü oluşturan ceza hukukunda caydırıcılık kavramıyla farklarına değinilecek ve kamunun tartışmasına açık bir konuda eleştirilerin bastırılması amacını taşıyan davaları ifade eden SLAPP kavramıyla ilgisi örnekler üzerinden açıklanacaktır.

İlk ana başlığın ikinci kısmı ise caydırıcı etki doktrinin doğuşuna ve ilk uygulamalarına ayrılmıştır. Günümüzdeki ifade özgürlüğü sorunlarına ışık tutabileceğini düşündüğümüzden, caydırıcı etkinin içtihatlar da yer almasına kadarki süreç, tarihsel olarak geriden alınarak açıklanmıştır. Amerika’da bir tehlike olarak görülen komünizme tepki olarak başlayıp, her muhalif fikri devlet hainliğiyle eş görmeye varan yaklaşım ve alınan sert önlemler, ifade özgürlüğünü oldukça yıpratmıştır. İfade özgürlüğü ile devleti koruma refleksi arasında kalan Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, ilerleyen dönemde caydırıcı etki doktrinini geliştirerek ifade özgürlüğü tarafında yer almış, caydırıcı etkiye sebep olan uygulamaların ve yasaların en aza indirilmesi için adımlar atmaya başlamıştır.

Tezimizin “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Caydırıcı Etki Doktrini” isimli ikinci ana başlığı, caydırıcı etki doktrinin günümüz mahkeme kararlarında uygulamasına ilişkindir. İkinci ana başlığın ilk kısmında, Amerikan hukuk sisteminden sonra Common Law ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de uygulanmaya başlanan doktrinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihatlarındaki kapsamı incelenecektir. Yine bu başlıkta somut norm denetimi yapan bir iç hukuk mahkemesinin geliştirdiği bir doktrin olan caydırıcı etkinin, uluslararası bir mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde nasıl uygulandığına, bu uygulamada ortaya çıkan farklılıklara ve tutarsızlıklara değinilecektir.

Mahkeme kararlarında caydırıcı etki doktrininin hangi haklar bakımından uygulandığına ilişkin açıklamalar yine bu başlık kapsamında irdelenecektir. Mutlak olmayan haklar hakkında uygulanabilir bir doktrin olan caydırıcı etki, ifade ve toplu eylem özgürlükleri dışında, özel hayata saygı hakkı, mahkemeye başvuru hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ve bu haklara getirilen kısıtlamaların sınırlandırılmasına ilişkin haklar bakımından uygulanmaktadır.

İncelenecek bir diğer konu, yasalardan kaynaklanan caydırıcı etkinin norm denetimi kararlarında tespit edilmesine ilişkin sorunlardır. Özellikle belirsizlik yaratan yasaların neden olduğu caydırıcı etki, doktrinin ortaya atıldığı yıllarda da sıklıkla tartışılmıştır. İç hukuk mahkemesi olan anayasa mahkemeleri, caydırıcı etki doktrinini uluslararası bir mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından öğrenmiş ve uygulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin uygulamalarının takip edilmesi, anayasa mahkemelerinin bireysel başvuru içtihatlarını zenginleştirse de bu kapsamın dışına çıkılmaması, norm denetimi kararlarında caydırıcı etki doktrininin uygulanması pratiğini yetersiz bırakmıştır. Bu sebeple hak ve özgürlüklerin uygulanmasında caydırıcı etki yaratan müdahalelerin değerlendirilmesi -sınırlı da olsa- mümkün olabiliyorken, caydırıcı etki yaratan yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi mümkün olamamaktadır.

Caydırıcı etki doktrinin kabul edilebilirlik kriterlerinde uygulanması yine bu başlıkta incelenecektir. Caydırıcı etki, bazı durumlarda, hakkın kullanılmasına karşı - teknik olarak müdahale oluşturmayan- kimi eylem ve işlemlerin de kişilerin hakları

üzerinde bir etki oluşturabileceğini öne sürdüğünden, mahkemeler kabul edilebilirlik kriterlerinin esnek yorumlanmasında caydırıcı etki doktrinine başvurabilmektedir. Örneğin; yazdığı bir yazı ya da yaptığı haber nedeniyle kişi hakkında soruşturma/dava açılması teknik olarak ifade özgürlüğüne müdahale teşkil etmemektedir. Fakat gazetecilik yapan bir kişi hakkında en az beş yıl süren yedi ceza davası sürecinin başlatılması, yargılamalar sonucunda beraat kararına hükmedilse dahi- kişinin ifade özgürlüğünü kullanmak konusundaki iradesini kırabilecek potansiyeldedir. Yine aynı şekilde, kişinin akademik olarak üzerinde çalıştığı konu gereği -ceza kanunlarının lafzı ve/veya uygulanma şekli dolayısıyla- hakkında sürekli soruşturma açılabilir durumda olması, kişinin araştırmalarına devam etme istekliliği üzerinde bir caydırıcı etki yaratabilecektir. Bu sebeplerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde hem mağdurluk statüsü bakımından hem de önemli zarar kriteri bakımından caydırıcı etki temelinde sapmaya izin verilmektedir. Caydırıcı etki doktrininin önemli zarar kriteri bakımından uygulamasına ilişkin konu, hakka yönelen herhangi bir müdahale olmadığı halde, hakkın kullanımı üzerinde yaratılan caydırıcı etkinin önemli bir zarar olarak nitelenip nitelenemeyeceğidir.

Tezimizin ikinci ana başlığının ikinci kısmı ise caydırıcı etkinin Türk hukukundaki görünümüne odaklanmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrımı izlenerek caydırıcı etki doktrininin, çoğunlukla, ifade özgürlüğünün ve toplu eylem özgürlüklerinin belirli alt başlıkları için uygulanması söz konusudur. Tez planında da konu, bu ayrım takip edilerek incelenecektir.

Tezimizin bu başlığının, “Türk Hukukunda Caydırıcı Etki Doktrininin Genel Görünümü” başlığını taşıyan kısmında, ifade özgürlüğünde ve toplu eylem özgürlüklerinde caydırıcı etkinin görünümü ve mahkemeler tarafından caydırıcı etki doktrininin uygulanması ele alınacaktır. Bu ana başlığın ilk bölümünü oluşturan “İfade Özgürlüğünde Caydırıcı Etki” başlığında basın özgürlüğüne, akademik ifade özgürlüğüne ve yargılama öznelere ilişkin ifade özgürlüğüne ilişkin genel görünüm ortaya konularak bu hakları konu alan davalarda caydırıcı etki doktrininin nasıl uygulandığı incelenecektir.

Basın özgürlüğünü konu alan ilk alt başlıkta, özgür basının demokratik bir toplumdaki öneminden bahsedilerek, kamusal tartışmanın, yönetimde şeffaflığın ve ülke yönetimine etkin katılmanın sağlanması için önemi tartışmasız olan basın özgürlüğünün, Türkiye’deki mevcut durumu basın özgürlüğü raporları ve insan hakları raporları baz alınarak ortaya konmuştur. Gazetecilere yönelen hukuka aykırı müdahalelerin etkileri, mahkeme içtihatları üzerinden irdelenmiştir.

İkinci alt başlık akademik ifade özgürlüğüne ilişkindir. Bir öğretim kurumunun üniversite olabilmesi için vazgeçilmez olan akademik özgürlüklerin Türkiye’deki mevcut durumu, insan hakları raporları üzerinden ortaya konulmuştur. Özellikle - kamuoyunda Barış İçin Akademisyenler ismiyle anılan- akademisyenler üzerinde ciddi yaptırımlar uygulanmasının bu kişiler üzerindeki ve bu kişilerle aynı mesleği yürütenler üzerindeki caydırıcı etkisine mahkeme kararlarıyla birlikte yer verilmiştir.

İfade özgürlüğü bahsinde üçüncü ve son alt başlık avukat, hâkim ve savcıların ifade özgürlüklerinin korunmasının ele alınmasına ayrılmıştır. Bu başlığın ilk kısmında avukatların ifade özgürlüklerinin genel durumuna değinilmiş, Türkiye’de son yıllarda avukatların ifade özgürlüğü üzerindeki baskıların arttığına dikkat

çekilmiştir. Avukatların ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcılık bakımından öne çıkan iki husus olan avukatların mesleki faaliyetleri nedeniyle yaptırıma maruz kalması ve duruşmadaki ifadeleri nedeniyle cezalandırılması sorunları mahkeme kararları üzerinden incelenmiştir. Bu başlığın ikinci kısmı hâkim ve savcılarının ifade özgürlüklerine ilişkindir. Hâkim ve savcılarının ifade özgürlükleri üzerinde yaratılan caydırıcı etki sorunu çoğunlukla, hakimlik ve savcılık görevini yerine getiren kişilerin ülkedeki yargı sistemini eleştirmeleri üzerine yaptırımla karşılaşmaları bağlamında tartışılmaktadır.

Tezimizin ikinci ana başlığının son kısmını toplu eylem özgürlükleri üzerinde yaratılan caydırıcı etkinin incelenmesi oluşturmaktadır. Kazanılan hakların bireysel ve kolektif anlamda korunması ve ilerletilmesi için elzem olan toplu hak talebinde bulunabilme hakkı, baskı grupları oluşturarak yönetime katılma hakkı toplumsallığın ve demokratik düzenin devam edebilmesi için hayati öneme sahiptir. Bu başlığın ilk kısmında ele alınacak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının Türkiye’deki genel görünümü insan hakları raporları üzerinden ele alınacaktır. Toplanma ve gösteri yürüyüşü üzerinde toplanma öncesindeki, toplanma sırasındaki ve sonrasındaki müdahalelerin caydırıcı etkisi mahkeme kararları üzerinden irdelenecektir. Caydırıcı etki tartışmaları bakımından önem arz eden, kişinin katıldığı toplantının suçluluğa delil olarak gösterilmesi konusu ele alınacak ve verilen genel yasaklama kararlarının hakkın kullanımı üzerindeki etkisine değinilecektir.

İşçilerin yaptırıma maruz kalma, işini kaybetme korkusuyla sendikal haklarını kullanmaktan caydırılması, yine bu başlıkta ele alınacak bir sorundur. Konuya ilişkin kararlarda sendikanın çağırısı ile sendikal haklarını kullanmak, birlikte taleplerini iletmek üzere bir araya gelen kişilerin idari para cezaları ile ve disiplin cezaları le cezalandırılmalarının sonuçları üzerinde durulmaktadır.

Sivil toplum örgütlerinin faaliyetleri üzerindeki caydırıcı etki tezimizin son başlığını oluşturmaktadır. Toplumda pek çok alanda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerinin suç fiiliymiş gibi ceza yaptırımlarına konu olması, insan hakları savunucularına yönelik saldırıların cezasız kalması konuları, insan hakları raporlarına da yansıyan önemli sorunlardır. Bu başlıkta Türkiye’de sivil toplumun genel durumu insan hakları raporları üzerinden ortaya konulacak, sivil toplum örgütü üyelerine yönelen ve yargısal taciz boyutuna ulaşan yaptırımlar incelenecek ve sivil toplum örgütlerinde önemli roller üstlenen kişilerin cezalandırılmasının neden olduğu sorunlar mahkeme içtihatları üzerinden açıklanacaktır.

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü ile birlikte, insanlığın zihnini en çok kurcalayan ve devlet-birey ilişkisinde en çok gündeme gelen konulardan biridir. Düşünce ve fikirlere ulaşabilmek, bu fikirler arasında tercih yapabilmek, var olan düşünce ve fikirlere ulaşarak yeni bir fikir üretebilmek ve bir fikri, düşünceyi açıkça söyleyebilmek insan ve toplum hayatında oldukça belirleyicidir. Bir ülkede ifade özgürlüğüne yaklaşım, geniş ölçekten bakıldığında toplumun yönetilme tarzına ilişkin bir fikir verebileceği gibi, daha dar ölçekte örneğin, o ülkede ortaya konula(bile)n eserlerde kendisini gösterebilir.

İfade özgürlüğü, bugün demokratik sistemlerin ayrılmaz bir parçası olmakla birlikte, elbette, bu hakkın kazanılması ve hayata geçirilmesi konusunda değişen zamana, gelişen tarihi olaylara göre farklı sorunlar ortaya çıkmıştır. İlk önceleri sorun, bu hakkın otorite tarafından -sınırlı da olsa- tanınması iken, sonraları ortaya çıkan sorun, özgürlüğün anayasal seviyede tanınması ve koruma altına alınmasıdır.

İfade özgürlüğünün anayasalar ile tanınması ve devletin iktidarının hukukla sınırlanması, devletin keyfi olarak değil, hukukun evrensel ilkelerine göre yönetilmesi düşüncesini içerir. Siyasi iktidarın faaliyet serbestisini daraltan bu sınırlamanın amacı, kişilerin temel özgürlük alanlarının güvence altına alınmasıdır. İfade özgürlüğü de egemenin hakkının anayasa ile sınırlandığı hemen her ülkede, egemeni sınırlayanların yani yurttaşların hakkı olarak koruma altına alınmıştır.¹

İfade özgürlüğü tarihsel bir kazanım olarak artık pek çok ülkenin hukuk sisteminde, anayasal seviyede tanınmaktadır. Bir anayasası olan, hak ve özgürlüklerin korunduğu, yöneticilerin seçimle iş başına geldiği demokratik devletlerde ifade özgürlüğüne ilişkin asıl sorun artık bu hakkın anayasa ile tanınıp tanınmaması sorunu değildir.

¹ Meltem Dikmen Caniklioğlu, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 72.

Tarihi süreçte ilan edilen insan hakları bildirgelerinden başlayarak, imzalanan uluslararası anlaşmalarda, ülkelerin anayasalarında ifade özgürlüğü halihazırda zaten tanınmaktadır. Örneğin; ifade özgürlüğü bugün, 1789 tarihli Amerika Bileşik Devletleri Anayasası'nın ek 1. maddesi, 1999 tarihli Venezuela Cumhuriyeti Anayasası'nın 57. maddesi, 1994 tarihli Belarus Cumhuriyeti Anayasası'nın 33. maddesi, 2011 tarihli Macaristan Cumhuriyeti Anayasası'nın IV. maddesi, 2005 tarihli Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası'nın 23. maddesi, 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası'nın 29. maddesi, 1995 tarihli Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 47. maddesi, 1972 tarihli Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası'nın 67. maddesi ile ayrıca ve açıkça tanınmaktadır.² İfade özgürlüğünün anayasa ile tanınması, yüzyıllar boyu süren hak mücadelesinin bir sonucudur ve elbette çok önemli bir kazanımdır fakat ifade özgürlüğünün bugün karşı karşıya kaldığı tehlikeleri, hakkın anayasa ile tanınmasına müteşekkik olarak aşmamıza imkân yoktur. Yeni zamanlar, ifade özgürlüğü ile ilgili yeni sorunlar doğurmuştur.

Sadece kâğıt üzerine yazmakla hakkı hukuken tanımak mümkün olmakla birlikte, hakkı hayata geçirmek, özgürlüğü sağlamak tamamen başka bir meseledir. Pek çok ülkenin anayasasından anlaşıldığı üzere, demokratik, otokratik, totaliter rejimlerin anayasalarında hak ve özgürlüklere ve özellikle ifade özgürlüğüne yer verilmektedir. Bugün hak ve özgürlüklere ilişkin sorun, özgürlüklerin platonik olarak tanınması değil, korunması ve hayata geçirilmesidir.³

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması ve uygulanabilirliğinin sağlanması konusunda, esasen caydırıcı etki doktrininin önce de pek çok ifade özgürlüğü doktrini ortaya atılmıştır. Hakkın sınırlandırılmasında ifadenin neden olabileceği zararın göz önüne alındığı, ifadenin ulaştığı kitlenin nitelik ve niceliğinin dikkate alındığı, ifadenin sahibinin sahip olduğu sıfatların dikkate alındığı pek çok ifade özgürlüğü doktrini mevcuttur. Hangi fiillerin müdahale olduğuna, hangi müdahalelerin özgürlüğü ihlal ettiğine, müdahalelerin demokratik toplumda

² Ülkelerin anayasa metinleri için bkz.: Cornell University Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/world>, Erişim Tarihi: 11.11.2021.

Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası metni için bkz.: https://www.constituteproject.org/constitution/Peoples_Republic_of_Korea_2016.pdf?lang=en, Erişim Tarihi: 24.06.2022.

Rusya Federal Cumhuriyeti Anayasası metni için bkz.: <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, Erişim Tarihi: 24.06.2022.

³ Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s. 247.

gerekliliğine dair doktrinler uygulanagelmektedir. Mahkeme içtihatlarında, ifade özgürlüğü doktrinleriyle beraber hakkın sınırlandırılmasına dair usule ilişkin uygulamaların da açıkça ortaya konduğu, ortaya konulan çeşitli testlere göre hakların sınırlandırılması denetiminin yapıldığı görülür.

Hakka yönelen müdahaleyi merkeze alarak inceleme yapılmasını öngören bu doktrinler, -ifade özgürlüğü sorunlarına getirdikleri çözümlerin önemi ve etkililiği tartışmaları bir kenara bırakıldığında- çoğunlukla müdahalenin etkilerini göremeyen, kör bir noktaya sahiptir.

Ortaya atıldığı 1950’li yıllardan itibaren, kaynağını aldığı hukuk sisteminin sınırlarını aşarak pek çok ülke anayasa mahkemesi kararlarında, insan hakları raporlarında, yer verilen caydırıcı etki doktrini, diğer ifade özgürlüğü doktrinlerinden, müdahalenin etkisini izlemesi yönüyle ayrılmaktadır. Caydırıcı etki doktrini tüm bu “ifade özgürlüğü doktrinleri” tablosundan çıkarıldığında, elimizde müdahalenin, müdahaleye uğrayanın davranışları, diğer kişilerin hak kullanma pratikleri ve müdahalenin genel olarak haklar ve toplum üzerindeki etkilerinin görülmediği/izlenmediği bir sonuç kalmaktadır.

Caydırıcı etki doktrinin bir diğer önemli yanı, bu doktrinin, müdahalesiz tahakkümün tespit edilmesinde önemli bir araç olmasıdır. Diğer ifade özgürlüğü doktrinlerinin pek çoğu -hatta belki de tamamı- kişilere yönelen müdahaleyi merkeze alarak değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir; bu bakış açısına göre özgürlüğün varlığı, müdahalenin yokluğu ile eşdeğerdir. Oysa insan kurabildiği neden-sonuç ilişkisiyle, doğrudan bir müdahaleden daha fazlasını anlayabilen ve davranışlarını buna göre düzenleyebilen bir varlıktır. Görünürde bir müdahale olmasa da hakların baskı altına alınması, kişilerin tahakküm altına alınması, kişilerin haklarını kullanmaktan caydırılması mümkündür.

Nihayetinde, birey, toplum ve devlet yönetimindeki özel ve önemli yeri tartışmasız olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve ifade özgürlüğünün kullanımına karşı yaklaşımlar, hakkın şekillenmesine ve hayata geçirilmesine ilişkin en hayati konudur. İçerisinde bulunduğumuz zaman diliminde, ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesine ilişkin sıklıkla karşılaşılan bir başka sorun da ifade özgürlüğüne

dolaylı müdahalelere ve bu müdahalelerin etkilerine ilişkindir. Özellikle, demokrasiler içerisinde otokratik eğilimlerin güç kazandığından bahsettiğimiz bir zaman diliminde kamu otoritelerinin, ifade ve toplanma özgürlüğü üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak yarattığı, kişiler ve toplum üzerinde sessizleştirici, otosansüre varabilecek negatif etkiler oluşturmaları durumları yakından izlenmelidir. Caydırıcı etki doktrini ve doktrinin sağladığı bakış açısı, tüm bu amaçları gerçekleştirmeye yardım edecek, mahkemelerin eldeki davadan fazlasını görebilmesini sağlayacaktır.

Bu tez konusu, caydırıcı etki doktrinin henüz tam olarak keşfedilmemiş potansiyelini ortaya koymak üzere, Anayasa Mahkemesi'nin Erdem Gül ve Can Dündar kararında⁴, haklarını kullanan kişilerin bireysel olarak cezalandırılmalarının bu kişiler üzerinde bir etki yaratmaktan fazlası anlamına geldiğine, verilen bir cezanın başvuru ile aynı mesleği yapan kişiler üzerinde ve hatta ülkedeki özgürlükler üzerinde etki doğurmak gibi daha büyük sonuçlara yol açabileceğine dair tespitinin okunması üzerine seçilmiştir. Konu hakkında devam ettiğim okumalarımda -konunun güncel özgürlükler sorununa büyük katkılarda bulunabilme potansiyeline rağmen- literatürde bu konuya odaklanan çalışmaların genel olarak sınırlı sayıda olduğunu, Türk literatüründe ise bu konuya odaklanan neredeyse herhangi bir çalışma olmadığını tespit etmem, bu konuyu tez konusu olarak seçmemde etkili olmuştur. Caydırıcılık konusu, günümüz ifade özgürlüğü sorunları bakımından hiç olmadığı kadar güncel ve ilgilidir.

Caydırıcı etki doktrininin sunduğu bakış açısına göre, hakları talep etme hakkı olarak görülüp özel bir anlam ve önem atfedilen ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkilerin etkili şekilde izlenip tespit edilmemesi, demokratik toplumun geleceği açısından önemli tehlikeler doğurur. Misilleme korkusuyla kişilerin, ifade özgürlüklerini kullanmaktan kaçınmaları, “başıma ne gelir” endişesiyle susmaları, toplum üzerinde “dilini tutma” baskısının oluşturulması, o ülkede demokratik sistemin aşınmasını ve hatta rejimin artık demokrasi olmaması sonucunu doğurur. Demokrasinin temeli, hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilebilmesidir. Özgürlük temelinde yükselmeyen rejim, demokrasi değildir.

⁴ AYM, Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, 2015/18567, 25.02.2016.

Tezimizin ilk kısmında, günümüz demokrasilerinde ifade özgürlüğünün anlamı, bu özgürlüğü korumak üzere geliştirilmiş bir doktrin olan caydırıcı etki doktrinin anlamı, ilgili diğer kavramlarla ilişkisi incelenecektir. Yine bu kısımda doktrinin Amerika’da, mahkeme içtihatlarında ortaya çıkmasına varan süreç dönemin siyasi ve hukuki atmosferi de açıklanarak irdelenecektir.

Tezimizin ikinci kısmı, caydırıcı etki doktrinin uygulanmasına ilişkin konuları ele almaktadır. Doktrinin Avrupa hukuk sisteminde benimsenmesi, mahkemelerin uygulamaları arasındaki farklılıklar ve doktrinin uygulanmasında ortaya çıkan tutarsızlıklar incelenecektir. Kavramın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde hangi haklar bakımından uygulandığı, kabul edilebilirlik kriterlerinde caydırıcı etki doktrinin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Türk hukukunda caydırıcı etki doktrinin genel görünümü yine bu başlıkta ele alınarak konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında yaptığı ayırım takip edilerek açıklanacaktır.

I. CAYDIRICI ETKİ KAVRAMININ ANLAMI, DOĞUŞU VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Caydırıcı etki, devlet organlarının/kamu otoritelerinin tutum ve eylemleriyle kişilerin hak ve özgürlükleri üzerinde yarattıkları, onları resmi ya da gayri resmi bir yaptırıma maruz kalma endişesiyle hak ve özgürlüklerini kullanmaktan ve/veya profesyonel mesleklerinin gereklerini yerine getirmekten caydırabilecek nitelikteki olumsuz etkileri ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir.⁵ İfade özgürlüğüne ve hakkın korunmasına yeni bir yaklaşım olarak geliştirilen caydırıcı etki doktrini ise en yalın haliyle, özellikle yüksek mahkemeler tarafından, ifade özgürlüğünün düzenlenmesini ve hayata geçirilmesini de kapsayan tüm süreçlerde, hakkın norm alanına uzanan bu etkinin izlenmesini, tespit edilmesini ve sonuç olarak negatif etkilerin en aza indirgenmesini amaçlayan bir doktrindir.

Bir hakka yönelik sadece doğrudan müdahaleler değil, dolaylı müdahaleler de ifade özgürlüğünü ihlal edebilecek nitelikte olabilir. Dolaylı müdahalelerin ve müdahalenin etkilerinin izlenmemesi, ifade özgürlüğünün ve nihayetinde demokratik toplum düzeninin temelini sarsabilir.

Örneğin; ifade özgürlüğünün anayasa ile korunduğu bir ülkede, esasen hiçbir suç unsuru barındırmadığı bilindiği halde, sırf hâkim ideoloji ile yahut toplumun genel kabulleriyle örtüşmeyen bir bildiriye imza attıkları için akademisyenler hakkında ceza davası açılması, bu kişilerin toplumda yaftalanması ve haklarında görevden uzaklaştırma kararı verilmesi, yargılamanın sonucunda verilen karardan bağımsız olarak bir anlam taşımaktadır. Tüm bu süreç, hakkında dava açılanlara, akademisyen olan diğer kişilere ve toplumun tamamına bir mesaj verir. Haklarını kullanan kişilerin karşı karşıya bırakıldıkları bu atmosfer, hakkında dava açılan akademisyenlerin ve diğer akademisyenlerin ifade özgürlüklerini kullanma istekleri ve pratikleri üzerinde etkili olur. Pek çok akademisyen, gelecekte önlerine gelebilecek herhangi bir bildiriye imza atmaktan çekinmekten başlayarak mesleki faaliyetlerinin neredeyse tamamını,

⁵ Laurent Pech, “The Concept of Chilling Effect: Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, The Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU”, **Open Society European Policy Institute**, 2021, s. 4.

yaratılan bu korku atmosferine uygun şekilde dizayn edebilecektir. Bu, göz ardı edilebilecek, basit bir yan etki değildir. Öyle ki, cezalandırılma endişesi, sadece mevcut durumda akademisyen olanları değil; gelecekte akademisyen olmak isteyen kişileri dahi etkileyecek, onların mesleki tercih ve kararlarında dahi göz önüne alınması gereken bir husus olarak görülecektir. Nihayetinde insan, kendi deneyimlerini ve diğerlerinin deneyimlerini gözlemleyerek, değerlendirerek neden sonuç ilişkisi kuran, tehlikeleri tanımlayıp bunlardan kaçınan bir varlıktır.⁶

İfade özgürlüğüne yönelen müdahalenin yarattığı bu geniş ve korkutucu etkinin, anayasa mahkemeleri ve uluslararası mahkemeler dahil, yargılama süreçlerinin hiçbirinde değerlendirilmemesi ihtimali, ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin denetlenmesi anlamında adeta bir kör nokta oluşması anlamına gelecektir.

Özellikle anayasa mahkemelerinin yapacağı hak ihlali değerlendirmelerinde, sadece eldeki dava özelinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinin tespit edilmesi elzem olmakla birlikte yeterli değildir. Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerin ve hukuk güvenliğinin teminatı olan anayasa mahkemelerinin müdahalelerin etkilerini göz ardı etmesi korunan hak ve özgürlüklerin, demokrasinin ve demokratik toplumun geleceği hakkında soru işaretleri uyandıracaktır.

Caydırıcı etki ve caydırıcı etki doktrininin mahkeme kararlarında uygulanması konusunu derinleştirmeden önce, özgürlük ve tahakküm ilişkisi ele alınarak ifade özgürlüğünün günümüz demokrasilerinde ne anlama geldiği, nasıl bir önem arz ettiği açıklanmalıdır. İfade özgürlüğünün baskı altına alınmasının haklarını kullanmak isteyen bireyler, kamusal tartışmaların sağlıklı yürütülebilmesi bağlamında toplum ve devlet bakımından ne anlama geldiği, bu özgürlüğün etkin şekilde kullanılamamasının ne gibi sonuçlar doğurabileceği izah edilmelidir.

⁶ A. Velardi, R. Willis, V. Pomini, "Fear And Anxiety In Psychiatric Disorders, Cognitive-Behavioral Concepts And Treatments", in: **Psychology Of Fear**, Ed. Allen D. Gervaise, New York: Nova Science Publishers, 2013, s. 113.

A. GÜNÜMÜZ DEMOKRASİLERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANLAMI VE CAYDIRICI ETKİ

Tek bir anlamı olmayan, sabit bir rejime işaret etmeyen ve özü zorunlu olarak zamana ve yere göre değişen demokrasi kavramına, farklı yer ve zamanlarda farklı anlamlar yüklenmiştir. Kavrama yüklenen farklı anlamlar öyle bir noktaya gelmiştir ki, demokrasinin bugün yapılacak hiçbir tarifi, kavramın ifade ettiği geniş tarihi kucaklayamayacaktır.⁷

Hâlâ üzerinde uzlaşılan tam bir tanımını yapamamış olsak da günümüzdeki anlamıyla demokrasi, oluşmuş bir iktidar biçimini ifade etmekten çok demokrasisizleşme süreçleri ile demokratikleşme süreçleri arasındaki gerilimi ifade eder. Etimolojik olarak ise demokrasi, halk (*demos*) ve iktidar (*kratos*) kelimelerinin birleşiminden oluşan ve “halkın iktidarı” anlamına gelen bir kavramdır.⁸ Bu iktidar, halkın, kendisi üzerinde uygulanacak yasaları yapan, hayatlarına müdahale eden hükümetler üzerinde iktidar olmasını ifade eder. Demokrasi, halkın, yasalar kendi hakkında uygulanıyor olsa bile, iktidar sahibi olarak, özel bir iradeye tabi olmadan, özgürlükleri elinden alınmadan yaşamını sürdürebilmesine olanak sağlar.⁹

Bir araya gelerek toplum ve devlet gibi ortak bir güç oluşturmak, herkesin uyacağı yasaları belirlemek, gerektiğinde bu sınırlar ölçüsünde müdahaleye uğramak fakat başkaca bir kişinin, otoritenin iradesine tabi olmamak, günümüzdeki demokrasi anlayışının özünde yer alır.

Özgürlük kavramını “tabi olmama” perspektifinden açıklayan Tanör’ün ifadesiyle, bir şeyi yapma ya da yapmama serbestliği ve kamu otoritesinin dayatacağı buyrukların tutsağı olmama anlamına gelen özgürlük ile¹⁰ demokrasi arasındaki ilişki çok sıkıdır. Bu sıkı ilişki, demokratik bir rejimde sistemin doğrudan doğruya özgürlükler temeli üzerine oturtulmasından kaynaklanır. Öyle ki, demokratik bir sistemde özgürlükler, sistemin temelinden çekildiğinde, elimizde hala bir düzen

⁷ Harold J. Laski, **Demokrasi Nedir?**, Derleyen: Necati Hersek, İstanbul: Evren Yayınları, 1962, s. 3.

⁸ Étienne Balibar, **Demokrasiyi Demokratikleştirmek: Özgür Konuşma**, Çev. Bediz Yılmaz, İstanbul: İletişim Yayınları, 2019, s. 24.

⁹ Philip Pettit, “Demokrasiye Dair Üç Yanlış Fikir”, Çev. Onur Yıldız, **Ayrıntı Dergi**, 15.03.2018, <https://ayrintidergi.com.tr/demokrasiye-dair-uc-yanlis-fikir/>, Erişim Tarihi: 06.04.2022.

¹⁰ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: BDS Yayınları, [t.y.], s. 16.

kalması mümkün olsa bile, bu düzenin ismi artık demokrasi olmayacaktır.¹¹ Özgürlükler dayatmalara tabi olmama hali olarak anlaşıldığında, demokrasi de aynı amaca yönelen, bu temeli pekiştiren ve kişilerin tabi olmama hali üzerinde yükselen bir fikir, uygulama olarak anlaşılabilir.

Müdahaleye uğramamaktan öte, tahakküm altında olamamak olarak anlaşıldığında özgürlük, belirli bir anda müdahaleye uğrayıp uğramamaktan çok hiç kimsenin seçimlerine keyfi bir temelde, canının istediği gibi müdahale edilememesi anlamına gelecektir.¹² Çünkü tahakküm, gücü elinde bulunduranın tahakkümü altında bulunanlara karşı, istediği her an, keyfi olarak müdahale edebilecek durumda olmasını ifade eder. Tahakkümde amaç, her an müdahale etmekten/edilmekten çok tahakküm edenin, tahakküm altındakiler üzerindeki belirleyiciliğinin idrak edilmesidir.¹³ Belirtilmelidir ki, tahakküm edenin merhametli olması, yüce gönüllü olması, iyiliksever olması, diğer insanlara müdahale etmekten çok da hoşlanmayan biri olması tahakkümde bir zayıflamayı getirmez. Burada kilit nokta, tahakküm edenin keyfince müdahale edebilme yetisidir, bir başkasının insafına kalmış olmaktır. Tahakküme ilişkin bu ortak bilgi, eşitler arasında bir ilişki kurulmasını imkânsız kılar; eşitlikle gelen içtenliğin yerini korku ve itaat alır.¹⁴ Kişilerin keyfi iradelerinin insafına kalmamak, hak ve özgürlükleri kişilerden bağımsız olarak korumak için hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi, bireysel ve kolektif hakların korunmasını sağlamak üzere itiraz edebilirliğin sürekli kılınması, bunun için de demokratik ilkelerin benimsenmesi gereklidir.

Özgürlük ve tahakküm ilişkisine devlet yönetimi açısından bakıldığında da bir toplumu yönetmekle bir kalabalığı boyunduruk altına almak arasında fark olduğu görülecektir. Rousseau'ya göre, insanlar, sayıları ne olursa olsun, birbirleri ardınca bir kişinin boyunduruğu altına girdiklerinde orada bir ulusun varlığından ziyade bir efendi ve kölelerinin varlığından bahsedilebilir. Burada yaşayan insanlar birlikte bir kalabalık, bir topluluk oluştursa bile bir toplum oluşturmaz. Burada kamusal bir yarar olmadığı gibi politik bir bütün de yoktur.¹⁵

¹¹ Kapani, s. 229.

¹² Philip Pettit, Cumhuriyetçilik, Çev. Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998, s. 348.

¹³ Georg Simmel, "Tahakküm", Çev. Serkan Gölbaşı, **İÜHF**, C. LXII, S. 1-2, 2004, s. 489.

¹⁴ Pettit, Cumhuriyetçilik, s. 95.

¹⁵ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, İstanbul: Çan Yayınları, 1965, s. 24.

Demokrasinin, hak ve özgürlükler ile, daha özelde ifade özgürlüğü ile ilişkisinde ise, ister Antik Roma ve Atina'dan bildiğimiz doğrudan demokrasi şekliyle olsun, ister günümüzde uygulanan temsili sisteme dayanan demokrasi şekliyle olsun, oldukça yakın bir ilişki vardır. Kişilerin fikirlerini çeşitli formlarda, açıkça ifade edebilmeleri, demokrasinin özüdür. Örneğin, Antik Atina'da demokrasi, bir yaşam biçimi olarak, yurttaş ve toplum ilişkisinde sürekli bir diyalogu ve tartışmayı gerekli kılmıştır.¹⁶ Şehrin merkezinde, agoralarda bir araya gelen yurttaşlar, demokratia, isegoria (eşit konuşma hakkı), isonomia (yurttaşların iktidarın kullanımına eşit katılımı) ve parrhesia (hakikati söylemek) pratiğine sahiptirler.^{17 18}

İfade özgürlüğünün özel bir görünümü olan parrhesia, “aşağı”dan gelerek “yukarı”ya yönelen bir eleştirme pratiğidir. Kişinin tehlikeli görülebilecek konularda, hakikati söylemeyi bir ödev olarak görerek ve belirli riskleri üstlenerek her şeyi açıkça söyleyebilmesini ifade eder.¹⁹ Foucault, ifade özgürlüğünün bu görünümünü bir filozofun, bir tiranı eleştirmesini örnek göstererek açıklar. Bir filozof bir tirana hitap ederek, ona tiranlığının rahatsız edici ve nahoş olduğunu, zira tiranlığın adaletle bağdaşmayacağını söylerse filozof hakikati söylediğine inanır ve fakat tiranın verebileceği tepkiler göz önüne alındığında, ciddi bir risk almış olur.²⁰ Hakikati söylemek uğruna cezalandırılmayı göze alan bu eylem, yurttaş olmanın ve özgür olmanın bir bedeli olarak görülür.²¹

¹⁶ Tolga Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 1**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020, s. 176.

¹⁷ Balibar, s. 20.

¹⁸ Burada belirtilen “yurttaş” ifadesinin özgür erkekleri ifade etmek üzere kullanıldığı not düşülmelidir zira Antik Yunan’da kadınlar ve köleler yurttaş kavramının dışında bırakılmıştır: “Sadece yetişkin erkekler tam anlamıyla yurttaşlar ve kadınların hiçbir siyasi hakkı yoktu. Bu nedenle “yurttaş” terimini kullandığımda bu, yalnızca yetişkin erkekleri içerecek şekilde anlaşılmalı. Elbette, Yunan demokrasisinin her zaman hatırı sayılır ölçüde köle emeğinin sömürülmesine dayalı olduğunu asla unutmamalıyız. Bu demokrasinin varlığını sürdürmesi açısından, antik dünyada hüküm süren koşullarda, daha sınırlı başka herhangi bir anayasa formu için olduğundan daha vazgeçilmezdi.” Geoffrey Ernest Maurice de Ste. Croix, **Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi**, Çev. Çağdaş Sümer, İstanbul: Yordam Kitap, 2014.

¹⁹ Michel Foucault, **Doğruyu Söylemek**, Çev. Kerem Eksen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2017, s. 10-17.

²⁰ Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 14. Foucault, parrhesia’ya bir diğer örnek olarak Platon’un yazılarındaki Sokrates’i göstermektedir. Foucault’a göre Atinalıların karşısına çıkarak onları bilgelik, hakikat ve ruh mükemmeliyeti konusunda dikkatli olmaya davet eden ve devlet görevlilerini övgülere boğmak yerine onlara eleştiriler yönelten Sokrates, doğru bildiğini söyleyen, parrhesiastes rolündedir.

²¹ Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 1**, s. 179.

1. Günümüz Demokrasilerinde İfade Özgürlüğünün Anlamı

Temsile dayanan günümüz demokrasilerinde demokrasinin olmazsa olmaz şartlarından, bir ülkenin demokratik ilkelere bağlı olarak yönetildiğini söylediğimizde o ülkede var olması gereken unsurlardan biri, ifade özgürlüğüdür. Siyaset bilimci Robert Dahl’a göre, ifade özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün özel görünümlerinden biri olan toplanma özgürlüğü, demokrasinin minimum gereklerindendir. Temsile dayanan bir sisteme geçildiğinde, yurttaşların yönetime etkin biçimde katılabilmesinin sağlanabilmesi için ifade ve toplanma özgürlüklerinin özenle korunması hayati öneme sahiptir. Bir ülke ancak vatandaşlarının şiddetli cezalara maruz kalma tehlikesi olmaksızın, geniş anlamıyla siyasal konular hakkında, yetkililerin, yönetimin, rejimin, sosyoekonomik düzenin ve hâkim ideolojinin eleştirisi de dahil olmak üzere, kendilerini ifade etmek hakkına sahip olması halinde demokrasidir denilebilir. İfade özgürlüğü ile birlikte, demokrasinin asgari gereklerinden bir diğeri de kişilerin kamusal tartışmalara katılabilmesi, demokratik siyasi kurumların işleyişinin denetlenmesi ve birlikte hak talebinde bulunulabilmesi için siyasi partiler, dernekler, sendikalar gibi örgütler kurma hakkına sahip olmasıdır.²²

Buna göre, kendisini ifade etmekten korkan, cezalandırılma endişesiyle eleştirmekten, araştırmaktan, yazmaktan çekinen, çok büyük bir risk olarak görüldüğü için toplantı ve örgütlenme hakkını etkin kullanamayan, seçimler dışında kamu yönetimine etki edemeyen, sendikaya, derneğe üye olmaktan çekinen, cezalandırılma endişesiyle çoğunluğun görüşü ile aynı yönde olmayan fikirlerini kendine saklamayı “tercih eden” vatandaşların yaşadığı ülke, demokratiktir denilemez. Bir ülkede demokrasinin varlığının en temel göstergesi, iktidarın sahibi olan halkın ifade ve toplanma özgürlüklerini korkusuzca kullanıyor olmasıdır.

Hakların korkusuzca kullanılabilmesi, herkesin her istediğini herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın her an yapabilmesi olarak yahut bir otoritesizlik hali olarak anlaşılmamalıdır. Kişilerin haklarını özgürce kullanabilmesi, ülkede yine aynı kişilerin seçimle iş başına getirdiği kamu otoritelerinin yetkilerinin elinden alınmasını veya yetkilerin zaten devredilmemiş olmasını gerektirmez. Kamu otoritesi yasalar ile kendisine verilen görevleri, yetkileri ve gerektiğinde caydırıcı gücü kullanma

²² Robert A. Dahl, **On Democracy**, New Haven: Yale University Press, 1998, s. 85-86.

ehliyetine sahiptir. Hakların korkusuzca kullanılması, otoritesiz bir özgürlük anlamına gelmemektedir.²³

Hakların cezalandırılma endişesi olmaksızın kullanılabilmesi ile otoritenin caydırıcı güç kullanma yetkisine sahip olması ilk bakışta birbiri ile çelişik görülebilir. Oysa, toplumu ve devleti oluşturup yasaları belirleyen eşit yurttaşlar, cezalandırma yetkisini, oluşturdukları ortak güce, güvenliklerini sağlamak üzere devretmişlerdir.²⁴ Devlet, güvenliği sağlamak görevi de dahil, kendisine yüklenen görevleri yerine getirebilmek üzere, diğer otoritelerden farklı olarak, meşru fiziksel zorlama tekeli elinde bulundurur. Tekelinde bulundurduğu meşru fiziksel zorlama gücü ile devlet, en temelde yasama görevini yerine getirmek, kamu düzenini, kişisel güvenliği ve adaleti sağlamak ile birlikte diğer görevlerini yerine getirir.²⁵

Kamu otoritesinin ceza hukuku anlamında, suç karşısında caydırıcı bir güç olarak karşımıza çıkması, kamu düzenini sağlaması, devletin sorumluluklarının başında gelir. Yasama, yürütme, yargı erklerini elinde bulunduran, otoritesini cezai yaptırım gücü ile pekiştiren devlet ve devletin yetkili organları, bu güçlerini sorumluluklarını yerine getirmek için kullanmak durumundadır. Burada demokrasi fikriyle ve insan hakları anlayışıyla bağdaşmayan, yasalara aykırı davrananların cezalandırılmasını sağlamak üzere devlete devredilen bu yetkilerin, hukuka aykırı olmayan düşünce ve pratikler üzerinde veya bu düşünce ve pratikleri ciddi ölçüde olumsuz etkileyecek hatta engelleyecek şekilde uygulanmasıdır. Devlet organlarının, kamu otoritelerinin güçlerini, herhangi bir şekilde hukuka aykırılık içermeyen fiillerde bulunan, anayasa ile korunan haklarını kullanan gerçek ve tüzel kişiler üzerinde olumsuz bir etki doğuracak şekilde kullanması hukuka ve insan hakları anlayışına aykırıdır. Hele ki, bir ülkede kamu otoritelerinin, yasalarla kendisine devredilen gücü, gücün sınırlarını aşarak haklar alanında kalan kişiler, gruplar, topluluklar üzerinde keyfi olarak hatta bir nev'i tahakküm kurmak amacıyla kullanması demokrasi fikriyle bağdaşmaz.

²³ Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 207.

²⁴ Rousseau, Toplum Sözleşmesi, s. 25.

²⁵ Max Weber, **Ekonomi & Toplum**, 2. Cilt, İstanbul: Yarı Yayınları, 2012, s. 270-271.

Yaptırımla karşı karşıya kalınmasından önce, belirli bir meşruiyet temelinde ortaya konulmuş, erişilebilir, öngörülebilir, belirli olan kurallar uyarınca müdahaleye uğramak ile, keyfi müdahale ile karşı karşıya kalmak birbirinden farklıdır. Hukuka uygun müdahalede, var olan, sınırları ve uygulaması belirli, hukuken korunan haklar alanı üzerinde yaratabileceği olumsuz etki mümkün olduğunca en aza indirilmiş bir kural ve bu kuralın uygulanması söz konusu iken; hukuki belirlilikten yoksun yasa ve uygulamalarda ve keyfi müdahalelerde, gücü elinde bulunduranın kendi iradesini doğrudan ve/veya dolaylı olarak dayatması söz konusu olabilecektir. Bu, özgürlük tanımayan, tahakküme kapı aralayan bir otorite anlayışıdır.²⁶

Tahakküme kapı aralayabilecek otorite anlayışı, demokrasi fikrinin yaygınlaşması ve yaygın olarak kabul görmesiyle sona ermiş bir anlayış değildir. Günümüz demokrasileri içinde yetkilerin keyfi kullanımı, gücün tek elde toplanması eğilimi, anayasalarında “demokratik” olarak nitelenen ülkelerin de sorunudur. Bu “demokratik” ülkelerde siyasi iktidarı elinde bulunduran kimi siyasetçilerin, yetkilerini, şahsi güçlerini pekiştirmek, toplumu dizayn etmek amacıyla kullanması sorunu, anayasal süreçlerin ve yargının tüm bu amaçlara bir nev’i alet edilmesi, buna bağlı olarak gelişen hak ve özgürlüklerin geleceği sorunu, gün geçtikçe daha çok tartışılan ve ele alınan bir konudur.²⁷ Şahsi güçlerini artıran yöneticiler, haklarını kullanmaktan çekinir hale getirilmiş kişiler/toplumlar ve baskı altına alınan sivil toplum sorunu, günümüz demokrasisinin en önemli sınavlarından biridir.

Var olan hukuki belirlilikten uzak yasaların ve keyfi uygulamaların bir sonucu, otoriter rejimlerin bir amacı olarak karşımıza çıkan, zorlanan sessizlik ortamı, yasalardan ve/veya uygulamadan doğabilir. Örneğin; ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere, belirsiz, muğlak yasalar, yasalarla verilmiş fakat sınırları doğru çizilmemiş, keyfiliğe meydan veren takdir yetkilerinin etkin olduğu izin/tescil/başvuru prosedürleri, kişilerin haklarını kullanmalarını engelleyecek şekilde yürütülen disiplin ve ceza süreçleri, profesyonel olarak yaptığı işi gereği görüş, argüman, haber, araştırmalarını ifade etmek durumunda olan kişileri yaptırım endişesi altında tutarak bu kişileri otosansüre yöneltme, yargılama sonunda hükmedilen uzun denetim süreleri ile ifade özgürlüğünü cezalandırma tehdidi altında tutma, açılan ifade özgürlüğü

²⁶ Sartori, s. 207.

²⁷ Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, 2018, s. 546-548.

davalarında orantısız cezalara hükmetme, üst düzey kamu yöneticilerinin açıklamalarıyla ifade ve toplanma özgürlüklerini kullanan kişileri eleştirmesi, damgalaması vs., bahsi geçen sessizlik ortamına sebep olabilecek, kişileri haklarını ve özgürlüklerini kullanmaktan caydırabilecektir.

Oysa, görüşlerin ifade edilemediği, kamunun açıkça bilgilendirilemediği, dolayısıyla sağlıklı kamusal tartışmaların yürütülemediği bir ortam ve hareketsizleşmiş, haklarını talep edemeyen ve koruyamayan bir halk, özgürlüklerin, demokrasinin geleceğine, devlet yönetiminde aklın egemen olmasına en büyük tehdittir. Özgür bir toplumda, caydırıcı önlemlerin, ifade ve toplanma özgürlüklerinin kısıtlanması için değil; suçun önlenmesi ve cezalandırılması için uygulanması gerekir.²⁸

Netice olarak, demokrasilerde ifade özgürlüğünün yerini ve anlamını tam olarak belirleyebilmek üzere ve ancak iktidarın sahibi olan halkın, korkmadan görüşlerini ifade edebildiği, başkaca bir iktidara tabi olmadığı, tahakküm altında yaşamadığı ortam demokrasi olabilir denildiğinde, bu sonuca varabilmek için ifade özgürlüğünün çeşitli yönleriyle ortaya konulması ve anlaşılması gerekir.

Bir devlette ifade özgürlüğünün üç yüzü vardır ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasının anlamı her biri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Her biri, bir diğeri ile yakından bağlı olan bu üç yüzün ilki, ifade özgürlüğünün anayasal demokrasilerde devlet yönetiminde ne anlama geldiğine ilişkindir. Bir diğer yüzü ise, hakkın sahibi olan fakat devlet otoritesi tarafından bu hakkı sınırlanabilen bireylere ilişkin olan boyutudur. İfade özgürlüğünün son yüzü ise, ifadenin toplu olarak dile getirilebilmesi, toplumda yaşanan sorunların ve çözüm önerilerinin tartışılması anlamına da gelen kamusal tartışma özgürlüğüne ilişkindir.

a. Devlet ve İfade Özgürlüğü İlişkisi

Demokratik bir sistemde, kamu düzenini ve güvenliği sağlamak başta olmak üzere pek çok görevi yerine getiren devlet otoritesi, gücünü, kendisine yasalarla

²⁸ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

verilen yetkilerden alır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesine göre de demokrasiyi ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumak, devletin temel amaç ve görevleri arasındadır.

Kamu otoritesi/siyasi otorite, kendisine tevdi edilen bu gücü, meşru amaçlarla sınırlı olarak, ölçülü ve yetkinin kendisine verilmiş amacına uygun olarak kullanmak zorundadır. Nihayetinde hukuk düzeni, yasaların tespit ettiği sınırlar içinde devlet organlarının takdir yetkisini kullanmasına izin verse de devlet organları her zaman yasalara uygun hareket etmekle yükümlüdür. Hukuk devleti ilkesine göre, devletin/idarenin eylemlerinin, sırf bir kişinin ya da bir grubun keyfi güç uygulamasına paravan haline gelmemesi gerekir.²⁹

Gücünü yasayla verilen yetkilerden alan siyasi otorite, ifade özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemekle, hatta tam aksine, kendisine yönelen olumsuz/sert eleştiri niteliğindeki düşüncelerin dahi serbestçe ifade edilebileceği ortamı sağlamakla yükümlüdür. Demokrasiyi “herkesin ve hiç kimsenin yönetimi” olarak niteleyen Jacques Rancière’e göre, yöneticilerin genelde demokrasi karşısında duydukları (belki nefrete varabilecek) korkunun arkasında bu çelişki yatıyor olabilir.³⁰ Neticede demokrasi, kamu otoritelerinin şahsi beğenisine bağlı olmaksızın, demokrasi karşıtı çoğu ifadenin dahi korunmasını gerektirir. Üstelik, mahkeme içtihatlarında kabul edildiği üzere, yapılacak eleştirilerin -kamuoyunda sıklıkla ifade edildiği gibi- “yapıcı” olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Demokrasilerde yöneticilerin “kapıları” sadece yapıcı eleştirilere değil; kırıncı, rahatsız edici, şoke edici ifadelere de sonuna kadar açık olmalıdır. Farklılıklara karşı hoşgörü ve açık fikirlilik, demokratik bir toplumun olmazsa olmazı olan çoğulculuğun bir gereğidir.³¹

Demokrasilerde, ifade özgürlüğünün korunması için ifadelerin, devletin ideolojisi ve kabulleriyle uyumlu olması gerekmemektedir. Aksine, Weber’den ilhamla, demokrasilerde itaat, meşru iktidara verili kabul edilmez. Demokratik rejim, yöneticilere *a priori* bir itaati veya boyun eğmeyi güvence altına almaz. Demokrasi,

²⁹ Pettit, Cumhuriyetçilik, s. 233.

³⁰ Jacques Rancière, **Demokrasi Nefreti**, Çev. Utku Özmağas, İstanbul: İletişim Yayınları, 2014, s. 103.

³¹ AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976.

iktidarın eylemlerine kamusal olarak karşı çıkılmasının meşru, hatta elzem görüldüğü paradoksal bir rejimdir.³²

İfade özgürlüğü, diğer hakların talep edilebilmesini de sağladığından demokratik bir devlette olmazsa olmazdır. Demokrasilerde kişi özgür olmaya mecburdur ve ancak kendini özgür hissettiği zaman özgürdür. Demokrasi rejiminin amacı, vatandaşın kendisini özgür hissetmesini sağlayacak maddi ve manevi şartları bir araya getirmektir. Ceza hukuku ve özellikle ceza hükümlerinin uygulanması sorunu, bu konu ile yakından ilgilidir.³³

Bir toplumda yöneticiler tarafından verilen kararların itiraz edilebilir olması ve bu itiraz edilebilirliği savunmak, kamusal kararların demokratik nitelik taşımasında ısrarcı olmak anlamını taşır. Çünkü demokrasi, genel iradeye rızayla olduğundan daha fazla itiraz edilebilirlik ile ilgilidir. Hükümetin verdiği kararlara bireysel ve kolektif olarak itiraz imkânı sürekli olduğu müddetçe hükümet, halkın kontrolünde olabilecektir.³⁴

İfade ve toplanma özgürlükleri özelinde ise, kişilerin, özgürlüklerini hayata geçirmelerinin çeşitli şekillerde önüne geçilmesi, insanların baskı altında tutularak veya korkutularak kendilerini ifade etmekten caydırılmaları yeni bir fikir değildir. Teolojik-Politik İnceleme isimli eserinde Spinoza, ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etkiye dikkat çekmektedir. Spinoza'ya göre, devletin amacı hükmetmek, insanlara korku salarak onları avucunun içinde tutmak veya bir başkasının buyruğuna tabi kılmak değildir. Tam tersine, amaç, kişilerin güvenlik altında yaşayabilmesi için her insanı korkudan kurtarmaktır. Devlet, kişinin var olma ve davranma hakkını mümkün olan en iyi şekilde korur. Devletin amacı insanları akıllı varlıklardan hayvanlara ya da otomatlara dönüştürmek değildir. Aksine, devlet mekanizması, insanların kinle, öfkeyle, hileyle rekabete girmeden ve kötü niyetli bir çatışmaya sürüklenmeden, özgür aklı kullanmaları için, özgür olmaları için vardır. Demek ki, devletin gerçek amacı özgürlüktür.³⁵

³² Balibar, s. 22-23.

³³ Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler-Cilt I**, 10. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 52.

³⁴ Pettit, **Cumhuriyetçilik**, s. 244-245.

³⁵ Spinoza, **Teolojik – Politik İnceleme**, Çev. Cemal Bâli Akal, Reyda Ergün, Ankara: Dost Kitabevi, 4. Baskı, 2016, s. 285.

Hukuka uygun müdahalelerin ötesinde, çeşitli amaçlarla, günlük hayatta, mecliste, duruşma salonunda kişilerin kendilerini ifade etmelerinin önüne hukuka aykırı şekilde çeşitli fiili müdahalelerle, yasal düzenlemelerle geçmek, ifade özgürlüğünü kullananları damgalamak ve cezalandırmak tercihleri, bir toplumda düşünen, üreten, toplumu bilgilendirmeyi amaçlayan kişileri zor durumda bırakır. Bu tür bir tercih, özellikle düşünce üreten insanlara tahammül edemeyen bir devletin varlığını göz önüne serecektir. Bir toplumda cezalandırılması gereken bir fiil hakkında uygulanması gereken yasaların, haklarını kullanan birine uygulanması kadar tehlikeli bir şey yoktur.³⁶

Devletin ifade özgürlüğü ile ilişkisi, toplumu şekillendirir niteliktedir. İfade özgürlüğünü kullanmanın ceza tehdidi ile karşılaşması, toplumda bağlılığın değil, adeta ikiyüzlülüğün ödüllendirilmesine sebebiyet verecektir. Sözü olanın açıkça yasayla, fiili olarak ya da psikolojik olarak kendisini ifade etmekten caydırılması aydın zihinleri susturacağı, sindireceği ve hatta küstüreceği gibi kendisini siyasal ya da başka bir otoriteye “beğendirmeye” çalışan, otoritenin kabulleri çerçevesinde konuşabilen bir insan topluluğu oluşmasına hizmet eder. Bu durum netice olarak aidiyet hissi yerine sadakatin yeğlendiği, kişilerin gayri resmi ilişkiler ağı çerçevesinde mükafatlandırıldığı bir sistem oluşmasına sebebiyet verir.³⁷

Demokrasilerde devlet her şeyin en doğrusunu bilen, tek doğrunun sahibi sıfatıyla “yoldan çıkanları” doğru yola getiren, onlara aba altından sopa gösteren bir mekanizma değildir. Devlet, “makbul”, “iyi” vatandaş üretme mekanizması olmayıp, vatandaşların kendi “iyi”lerini oluşturacağı, geliştireceği bir sosyal ve siyasal ortamı sağlamakla yükümlüdür.³⁸

³⁶ Melike Batur Yamaner, Birden Güngören, “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı 2, 2007, s. 30.

³⁷ Ai Weiwei, “Sansür Nasıl İşler?”, Çev. Murat Şevki Çoban, <https://susma24.com/sansur-nasil-isler/>, Erişim Tarihi: 10.06.2022.

³⁸ Zühtü Arslan, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek”, **Liberal Düşünce**, Sayı 24, Yıl 6, 2001, s. 17.

b. Birey ve İfade Özgürlüğü İlişkisi

Genel anlamda hak ve özgürlükler rejiminin ve/veya demokrasinin o ülkedeki insanların mutluluğunu sağlama amacı taşıması gerekip gerekmediği tartışmaları bir yana, ifade özgürlüğü, Mill'in ifadesiyle, insanlığın bütün mutluluklarına kaynaklık eden düşünsel mutluluk için olmazsa olmazdır. Bu, mahkeme kararlarında da karşımıza çıkan bireyin kendini gerçekleştirmesinin temelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre de ifade özgürlüğü, bireyin kendini gerçekleştirmesinin ve toplumun ilerlemesinin temel koşullarından biridir.³⁹

Bir toplumda en etkin ve en çalışkan beyinlerin büyük bir kısmının kendi düşüncelerinin genel ilkelerini kendi içlerinde saklamayı uygun buldukları toplumsal bir hoşgörüsüzlük ortamı, açık ve korkusuz insanları, mantıklı ve özü sözüne uygun aydın kişileri çıkaramaz. Böyle bir düzenin geçerli olduğu yerde de ancak ya basmakalıp düşüncelerle uzlaşan ya da hakikat konusunda zamana uyan türden insanlar bulunabilir. Bu iki ihtimalden de uzak durmak isteyen kişiler ise, en iyi ihtimalle, düşünce ve ilgilerini “tehlikeli alan” a girmeden konuşulabilecek konulara kaydırırlar. Fakat bu durumda da belirli önemli konular üzerinde serbest ve atılgan düşünceler üretme, “tehlikeli alan” a girdiği için terk edilir.⁴⁰ Konuşmaların, tartışmaların, haberlerin tehlikeli olmayan alana kayması, ülkesinde kamusal tartışmalara etkin katkı sağlayabilecek kişilerin yaptırıma uğramamak için net ifadelerde bulunmaktan kaçınmaları, toplumsal sorunların en temeline inmeye, sorunları tespit etmeye ve çözmeye engel olacaktır. Değil bir toplum, üyelerinin konuşmaktan, eleştiri sunmaktan çekindiği herhangi bir topluluğun dahi sağlıklı şekilde devamlılığını sürdürebilmesi, en yetkin kişileri içinde barındırmaya devam edebilmesi ve nihayetinde köhneleşmemesi oldukça güç bir ihtimaldir.

Ortodoks sonuçlara varmayan her tartışma ve fikre konan yasak ve sınırlamaların en büyük zararı, hukuka aykırı hareket etmeyen ancak yaptırım korkusuyla bütün düşünsel gelişmelerine tutukluk ve akıllarına yılgınlık gelen kimselerdir. Parlak bir zihne sahip olduğu halde başına geleceklerden endişe eden, atik, kuvvetli ve bağımsız bir düşünce silsilesini sonuna kadar takip etmeye cesaret

³⁹ AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976; AİHM, Matasaru v. Moldova Cumhuriyeti, 69714/16 ve 71685/16, 15.01.2019.

⁴⁰ John Stuart Mill, **Hürriyet Üstüne**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 90-91.

edemeyen, ürkek karakterli bir aydın yığınının oluşmasından doğan zarar birey, toplum, devlet ve demokrasi için ölçülemez niteliktedir.⁴¹

İfade özgürlüğü üzerinde sürekli tetikte kalmayı gerektiren bir baskı ortamının hem toplumun hem de bireylerin kendilerine olan saygısını ve gücünü kırması kaçınılmazdır. Vatandaşların sorgulanmaya, araştırılmaya, yargılanmaya karşı sürekli tetikte olduğu; her davranışının, her kelimesinin otoritenin bakışları ve denetimine tabi olabileceğini, kapısını gece gündüz ansızın, hiç beklenmedik ziyaretlere açmak zorunda kalabileceğini bilmesi sinirlerin giderek gevşemesine, kitlesel bir korku salgınının oluşmasına sebebiyet verir, toplumda en korkusuz olarak bilinenler dahi zamanla bu korkuya yenik düşerler. Kendi kişiliğini ortaya koyma, kendini gerçekleştirme çabası ve iradesi bu kavga içinde tümüyle felç olur.⁴²

Bir başka yönden, ifade özgürlüğünün bastırılması, bir çelişkiye sebebiyet verecektir. İnsanların otoritenin görüşleri dışında bir görüş dile getirememesi, insanların otoritenin görüşlerinden başka bir şey düşünememeleri anlamına gelmez. Çünkü, ifade özgürlüğünün yerini itaatin, boyun eğmenin alması, kişilerin kendisine söylenilenlere uygun bir yol izlemesi, kişilerin şahsi tutum ve görüşlerini bir kenara bırakarak yalnızca söylenilenlere göre davranması anlamına gelir.⁴³ Bu durumda, ifade özgürlüğünün bastırıldığı bir ortamda elimizde kalan, insanların ya hiçbir şey söylememeleri ya da başka bir şey düşündüğü halde yaptırım korkusuyla kendi görüşlerini dile getiremeyip kendi fikrinden başka bir şey söylemeleri olacaktır.

Spinoza'ya göre bu durumda bir devlette kesinlikle gerekli olan bağılılık duygusu çözülecektir çünkü düşündüğünü söyleyebilmek değil, her türlü tiksindirici şeyin ve dalaverenin kaynağı olan dalkavukluk ve sahtekarlık yüreklendirilmektedir. İnsanların çoğu için katlanılması en zor şey, doğru bildikleri fikirlerinin suç sayılmasıdır. Bu durumda insanlar yasalardan tiksindir ve ilgililere karşı her şeyi yapmayı kendilerinde bir hak bilirler ve bunu kızılacak bir şey olarak değil, tam tersine erdemli bir tavır olarak görürler.⁴⁴

⁴¹ Mill, s. 91.

⁴² Stefan Zweig, **Vicdan Zorbalığa Karşı**, Çev. Zehra Kurttekin, İstanbul: Can Yayınları, 9. Baskı, 2017.

⁴³ Max Weber, **Bürokrasi ve Otorite**, Çev. H. Bahadır Akın, Ankara: Adres Yayınları, 2005, s. 39.

⁴⁴ Spinoza, s. 289.

c. Toplum ve İfade Özgürlüğü İlişkisi

Bireylerin ifade özgürlüğü ile ilişkisi, ifade özgürlüğünün önemli bir boyutu olmakla birlikte, tek boyutu değildir. Kamusal konularla ilgili ifade özgürlüğü, kişilerin kendilerini tek tek ifade edebilmesinin ötesinde bir anlam taşır. Konuşabilme, fikir üretebilme, fikrini korkusuzca ifade edebilme kişi için olduğu kadar toplumun gelişmesi için de önemlidir. Kamusal tartışma, yönetime katılmanın, kendi kendini yönetmenin özü olduğundan demokrasinin temel taşıdır.⁴⁵ Kamusal tartışmalar, ifade özgürlüğünün “talep edebilme özgürlüğü”, “haklara sahip olma hakkı” yönünü yansıtır. Sağlıklı bir kamusal tartışma ortamı devletin, kamu otoritelerinin hesap verebilirliğini, şeffaflığını talep edebilme ortamı anlamına da gelmektedir. Demokrasilerde yöneticilerin “ben yaptım oldu” tavrıyla hareket etmeleri söz konusu olamayacağından, iktidarın sahibi olan halkın kamusal tartışmalara katılması kaçınılmazdır ve elzemdir.

Demokrasi ancak kamusal tartışma özgürlüğü ve eleştirebilme, muhalefet edebilme özgürlükleri ile mümkündür. Demokratik bir toplumda neyin doğru olduğuna, neyin nasıl uygulanması gerektiğine karar vermenin tek meşru yolu kamusal tartışmadan geçer. Bu tartışma ortamında ortaya atılabilecek eleştiri ancak ifade özgürlüğü ile mümkündür. Demokrasilerde en üstün otorite halk ise, herhangi bir fikrin halka ulaşmasını engellemeye, insanların yapacağı eleştiriye ve toplumsal tartışma ortamını sekteye uğratmaya kimsenin hakkı yoktur.⁴⁶ Açık tartışma ortamının engellenmesi, diğerlerinin görüşlerinin söylenmesinin ve duyulmasının engellendiği bir ortam, hep bazı kişi ve grupların toplumun tamamı adına karar alıp uygulamasına neden olacaktır. Açık tartışma ortamı, demokrasinin hâkim olmadığı yerlere nazaran daha “gürültülü” bir görüntü sergilese de kamusal tartışmaların yürütülebilmesi gönüllü bir kamusallığın var olduğunu gösterir.

Hukuka aykırılık içermediği halde sırf toplumun çoğunluğunun kabulleri ile bağdaşmadığı için ifadelerin cezalandırılması ve ifade sahibinin damgalanmasının etkileri başlangıçta amaçlanandan çok daha fazla insana ulaşma, onları köşeye sıkıştırma ve susturma sonucunu doğurabilecektir. Oysa toplumda ifade özgürlüğünün

⁴⁵ Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

⁴⁶ Mustafa Erdoğan, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce**, Sayı 24, Yıl 6, 2001, s. 9.

korunmaması uzun vadede birey olarak bize sadece iki ihtimal bırakır: İktidara dalkavukluk yapma yahut korku içinde yaşama. Esasen dalkavukluk durumunda da gerçek bir ifade özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden bu da içten içe korku içinde yaşanmasını gerektiren bir tercihtir. Bu, şu anlama gelmektedir; kamuoyunu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü ya herkes için vardır ya da hiç kimse için yoktur.⁴⁷

Bir toplumda, o toplumu oluşturanların “tebaa” olmayıp, yurttaşa dönüşmesi, diğer yurttaşlarla aynı koşullar altında kamusal tartışmalara katılabilme imkanına sahip olması halinde mümkündür. Fakat bireyler ve topluluklar ifade özgürlüğüne sahip olmadıkları sürece bu elbette mümkün değildir.⁴⁸ Haklarını kullanmaktan korkmak, korkutulmak, toplumun tamamını ilgilendiren konulara ilişkin fikir beyan etmekten çekinmek, hakkını kullanmak konusunda endişeye kapılmak demokrasilerde vatandaşın konumuna zıt kavramlardır.

Kamusal tartışmaların sağlıklı ve özgür yürütülebilmesi bakımından devletin kamusal tartışmalara müdahale etmemesi ve tartışma ortamını engellememesi anlamına gelen negatif yükümlülükleri yanında, 2010 yılında karara bağlanan Dink v. Türkiye kararında⁴⁹, devletlerin bu konudaki pozitif yükümlülüğüne, demokratik toplumsal tartışma ortamını sağlama görevine vurgu yapılmıştır. Mahkeme’ye göre devletler, sadece müdahale etmemekle değil aynı zamanda etkin bir koruma sistemi oluşturma, kamusal tartışmalara katılımı için uygun ortam yaratma, ilgili herkesin görüş ve düşüncelerini -bu düşünce ve görüşler resmi makamların veya kamuoyunun önemli bir kısmı tarafından savunulan görüşlerin aksine olsa ve hatta bu kesimler açısından şoke edici veya rahatsız edici nitelik taşısa dahi- korkusuzca ifade etmelerine elverişli bir ortam oluşturmakla yükümlüdür.

Demokratik bir toplumda otosansür refleksine hizmet eden cezalar verilmesi, kişilerin toplumsal tartışmalara etkin katılmasının sağlanması yerine ceza sopası ile tartışmalara ve eleştirilere engel olunması kamu gücünü kullanan otoritelerin karar ve eylemlerini sorgulanamaz hale getirir.⁵⁰ Toplumsal olarak bir konunun

⁴⁷ Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183, 195 (1952) (Hâkim Black karşı oyundan).

⁴⁸ Balibar, s. 34.

⁴⁹ AİHM, Dink v. Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010.

⁵⁰ AYM, Zübeyde Fusun Üstel ve Diğerleri Başvurusu, 2018/17635, 26.07.2019.

tartışılabilmesi, sorunlara çözüm önerileri sunulabilmesi, yönetime dair eleştirilerin dile getirilebilmesi, toplumsal meselelere ilişkin azınlıkların, “farklı” olarak görülenlerin görüşlerinin de hesaba katılabilmesi için, özgür ifade önünde engellerin olmadığı bir ortam zaruridir.

Çoğulcu bir toplumda, toplumun tamamını ilgilendiren bir tartışmanın tek yönlü yapılmasının imkânı yoktur. Tek bir bakış açısına sıkışan toplumsal tartışma, toplumsal tartışma değil, tek bir fikrin “eko”sudur. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplum için tehdit yaratır.

2. Caydırıcı Etki Doktrini

a. Caydırıcı Etki Kavramının Anlamı

Caydırıcılık; karar vermeyi önleyecek, verilmiş bir kararı değiştirmeye sebep olacak nitelikte olma, karşı tarafın cesaretini kırarak hemen harekete geçmesini önleme, çekinmesine sebep olma, vaz geçirme anlamlarına gelen bir ifadedir.⁵¹ Daha çok ceza hukuku alanında karşımıza çıkmakla birlikte caydırıcılık kavramı, ifade özgürlüğü başta olmak üzere, hak ve özgürlükler alanında da oldukça özel bir anlama sahiptir.

Caydırıcılık denildiğinde, akla ilk gelen anlamıyla cezai caydırıcılık, günlük hayatta, örneğin yürüyüş için ayrı bir yol ayrılmış bir parkta karşımıza çıkabilecek bir tabeladaki “Çimlere basmayınız. Çimlere basanlar idari para cezası ile cezalandırılacaktır” yazısı ile karşımıza çıkabilir. Burada istenmeyen bir fiilin (çimlere basmak) ceza yaptırımını tehdidi ile (para cezası miktarı ve “cezalandırılacaktır” ibaresi) idare tarafından engellenmesi, azaltılması amaçlanır. Kurala aykırı hareket ederek çimlere basan kişilerin cezalandırılması, özel ve genel caydırıcılığı sağlar.⁵²

Caydırıcı etkinin hak ve özgürlükler alanında karşımıza çıkması ise, önceki senaryo bakımından adeta madalyonun diğer yüzünü temsil etmektedir. Şöyle ki,

⁵¹ Kubbealtı Lugati, <http://lugatim.com/s/cayd%C4%B1r%C4%B1c%C4%B1>, Erişim Tarihi: 07.07.2022.

⁵² Franklin E. Zimring, Gordon J. Hawkins, **Deterrence: The Legal Threat in Crime Control**, Chicago: The University of Chicago Press, 1973, s. 70.

örneğimizden devamla, söz konusu parkta bahsedildiği üzere sadece çimlere basmak yasaklanmıştır, sadece çimlere basan kişilerin cezalandırılması söz konusu olabilecektir, dolayısıyla caydırıcılık sadece çimlere basmak konusunda mümkündür. Çimlere basmadıkça kişiler dilediği gibi yürümekte özgürdür.

Bu parkta, yürüyüşe ayrılan alanda yürümek serbest olmasına rağmen, yürüyüş yapanların sanki çimlere basmışlar gibi idare tarafından cezalandırıldığını, “düzgün” yürümeyenlerin kolluk tarafından engellendiğini, takip edildiğini, birlikte yürümek isteyen kişilerin kolluk kuvvetleri marifetiyle dağıtıldığını, itilip kakıldığını, yürüyüşe gelen ve idarecilerin fikirlerine muhalif olduğu bilinen kişilerin kolluk kuvvetleri tarafından sık sık çeşitli sebeplerle durdurulduğunu, sözlü olarak o parka gelmemelerinin kendilerinin hayrına olacağını ifade edildiğini, bu kişilerin cezalandırılma tehdidi altında tutulduğunu düşünelim.

Hatta parkta çimli alan ile yürüyüş yolunun zaman zaman iç içe geçebildiğini, alanların birbirinden düzgün şekilde ayrılmadığını, yolda yürürken ve hatta yürüdüğü için üçüncü kişiler tarafından tehdit edilen kişilerin güvenliğinin sağlanmadığını, çimlere basanlara orantısız para cezaları verildiğini farz edelim. Yahut esasen çimlere basılmasını yasaklayan tabelada uyarının pek çok anlama gelebilecek şekilde, örneğin, “yerlere basmayınız” şeklinde yazılmış olduğunu varsayalım.

Dikkat edilirse bu ihtimallerin hiçbirinde parka girmek, yürüyüş yolunda yürümek yasaklanmış değildir; teoride herkes parka gelebilmekte, dilediği gibi yürüyüş yapabilmektedir, yasaklanan sadece çimlere basmaktır. Uygulamada ise pek çoğumuzun -bu ihtimallerin yalnızca biri gerçekleşse bile- bu parkta yürüyüş yapmanın imkânsız olduğunu düşüneceği, parka gitmekten imtina edeceği, yakınlarına bu parka gitmemelerini tavsiye edeceği, yürüyüş için farklı rota arayışına gireceği neredeyse kesin gibidir. Hatta öyle ki, parkın bu kötü şöhreti henüz parka hiç uğramamış, dolayısıyla, hiçbir olumsuz durumla karşılaşmamış kişilerin parka gelme konusundaki kararlarını dahi etkileyebilecektir. Söz konusu yerin yerleşim planlarına bakıldığında yürüyüş yapılabilir bir park vardır ama aynı zamanda gerçekte yürüyüş yapılacak bir park neredeyse yoktur. Üstelik bu parkta yürüyüş yapmayı engelleyici bazı sebepler açık müdahalelerden doğmakta iken bazılarında görünürde bir müdahale dahi yoktur. Görüldüğü gibi, yasaklayıcı bir düzenleme olmadığı halde,

uygulamadan veya yasanın belirsizliğinden kaynaklanan sebeplerle kişileri haklarını kullanmaktan caydıran pek çok sebep olabilmektedir.

Bu örneği hak ve özgürlükler alanında, örneğin ifade özgürlüğü üzerinde uyguladığımızı, tüm ifadeleri bu kez bir doğru üzerine yerleştirdiğimizi düşünelim. Doğrunun bir ucunda ifade özgürlüğü ile korunduğunu bildiğimiz ifadeler yer alırken doğrunun diğer ucunda ise ifade özgürlüğü kapsamına girmediğini kesin olarak bildiğimiz ifadeleri yerleştirelim; ırkçılık gibi. Anayasal olarak korunan ifadeler ile korunmayan ifadeler arasındaki ayrımı yapacak çizgiyi, toplumun rahatlıkla kabul edebileceği ifadelerden ötede bir noktadan çektiğimizde, elimizde hukuken korunan ifade ve eylemler ile yaptırımla karşılaşması öngörülen ifade ve eylemler olmak üzere iki alan kalacaktır.⁵³ Anayasal korumadan yararlanmayan alana devletin müdahale etmesi beklenirken ve üstelik bu müdahale kamu otoritelerinin hakkı ve görevi iken; anayasal korumadan yararlanan alana devletin müdahale etmemesi, hatta, o hakkı sağlamak üzere pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenir.

Fakat, elbette, anayasal anlamda korunan norm alanı ile bunun dışında kalan ve anayasal korumadan yararlanmayan alan arasındaki ilişki, her zaman siyah ve beyaz kadar net değildir. Norm alanı dışında kalan bir fiile yöneltilen veya yöneltilmesi gereken yaptırımın, hakka ilişkin norm alanına da müdahale etmesi mümkündür. Bu müdahale açık ve doğrudan olabildiği gibi daha üstü kapalı ve dolaylı yollardan da gerçekleşebilir; mevzuattan veya uygulamadan kaynaklanabilir. Yine örneğimizde olduğu gibi, norm alanına müdahalenin amacının caydırıcı etki yaratmak olduğu dahi iddia edilebilir. Burada caydırıcı etki bir sonuç olarak değil, aksine bir amaç olarak karşımıza çıkar. İfade ve toplanma özgürlükleri başta olmak üzere, kullanılabilmeleri için “nefes alma alanı” tanınması gereken hakların korunabilmesi bakımından bu haklara yönelen müdahale ve tehditlerin tespit edilmesi ayrıca önemlidir.

İfade özgürlüğünü kullanan kişilerin ceza tehdidi altında tutulması, orantısız cezalar ile cezalandırılması, sendikal faaliyetleri sebebi ile yaptırımla karşılaşması, mesleğinin gereklerini ifa ettiği için cezai süreçlere maruz bırakılması, belirsiz yasalardan dolayı hakkını tespit edememesi ve etkin şekilde kullanamaması, kişilerin

⁵³ Benzetme için bkz: Frederick Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment: Unrevealing the Chilling Effect”, **Boston University Law Review**, 58, 1978, s. 706.

toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını barışçıl şekilde kullandıkları halde gözaltına alınması caydırıcı etki yaratan durumlara örnek gösterilebilir.⁵⁴ Caydırıcı etki yarattığı değerlendirilen müdahalelerin ortak noktası, bu eylemlerin anayasal koruma alanında kalmasıdır. Devletin müdahale etmemesi gereken alana müdahale etmesi yahut müdahalenin bu alana kadar uzanması, hak kullanımının hukuka aykırı eylem muamelesi görmesi, kişileri anayasal haklarını kullanmaktan caydırabilecektir.

Caydırıcı etki, ulusal ve ulusal üstü mevzuat ile korunan kimi haklara yönelik, doğrudan ya da dolaylı, öngörülen veya öngörülmeyen, açık veya üstü örtük, mevzuattan ya da uygulamadan kaynaklı müdahalelerin tespit edilmesinde kullanılan bir doktrindir. Caydırıcı etki doktrini, hakların günlük yaşamda etkin olarak uygulanabilir olduğundan emin olmak üzere, hakların norm alanı üzerinde yaratılan belirsizlik, cezalandırılma endişesi, korku gibi negatif etkilerin tespitini ve en aza indirilmesini sağlamak üzere ortaya atılmıştır. Doktrin, hak ve özgürlükler alanında yaratılan bu negatif etkilerin kişi ve toplum üzerindeki etkilerinin tespit edilmesi ile ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki gelişiminin izlenmesine odaklanmaktadır.

Devletin üç erki olan yasama, yürütme ve yargının karar ve eylemleri ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratabilir. Yasama organının çıkardığı, muğlak ifadelerle kaleme alınmış, açık, anlaşılır olmayan bir yasa, yürütmenin keyfi işlemleri, idarenin yasaları öngörülemez şekilde yorumlayıp işlem yapması, haklarını kullanan kişilerin disiplin soruşturmalarına ve idari para cezalarına maruz kalması, yargı bakımından, ifade özgürlüğünü kullandığı halde kişiler hakkında yargısal taciz boyutuna varabilen davalar açılması, bu kişiler hakkında cezalara, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gibi uygulamalar caydırıcı etki doğurduğu tespit edilen müdahalelerdir. Görüldüğü üzere caydırıcı etki ifade özgürlüğüne ilişkin pek çok noktada, oldukça geniş bir çerçevede karşımıza çıkabilir.

⁵⁴ Avrupa Birliği Hukukun Üstünlüğü Raporlarında, AB üyesi ülkeler aynı etkiye karşı uyarılmaktadır. İfade ve toplanma özgürlükleri en üst norm olan anayasa ile açıkça korunmasına rağmen yasal yaptırımlar, politik saldırılar, karalama kampanyaları ile uygulanamaz hale getirilmesi, mesleğinin gereğini yerine getiren kişilere, sivil toplum örgütlerine karşı yargısal taciz olarak adlandırılacak davalar açılması caydırıcı etki doğurabilecek niteliktedir. The European Commission, Rule of Law Report – The Rule of Law Situation in the European Union, 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en, Erişim Tarihi: 25.07.2022.

Kişilerin haklarını kullandıkları için yaptırım ile karşılaşması, sadece ceza yaptırımı ile karşılaşması olarak anlaşılmamalıdır. Yaptırımların ve yaptırım tehditlerinin sosyal sonuçları da vardır. İfade özgürlüğünü kullanması nedeniyle kişinin suç işleyen bir kişinin karşılaştığı/karşılaşması gereken yaptırım süreçleri ile karşılaşması toplumun o kişiye bakışında da etkili olur. Sosyal ifşa, olası iş kaybı, kaçınılabilecek eğitim fırsatları, üyesi olunan sosyal gruplarda yaşanabilecek uyum sorunları, değer verilen arkadaşlık, komşuluk ilişkilerinin kaybı, aile, evlilik veya evlilik beklentisi bakımından yaşanabilecek sorunlar ve toplumsal damgalanma ortaya çıkabilecek sosyal yaptırımların yalnızca birkaçıdır. Ceza riski ile karşı karşıya kalmaktansa ifade özgürlüğünü kullanmamayı tercih eden kişinin yaptığı değerlendirmede, terazinin kefesine konulan ağırlıklardan biri, resmi olmayan yaptırım adıyla da anılan bu sosyal yaptırımlardır. Bu yaptırımların etkinliği, cezalandırılma riskiyle karşı karşıya kalan kişinin sosyal bağlarının ve başarılarının tehlikeye girebileceğini anlaması ile daha da artar. Yasal yaptırımların kolaylaştırdığı sosyal yaptırımlar, cezayı daha da belirgin bir hale getirerek zorlayıcı bir ortam yaratır.⁵⁵

Caydırıcı etki doktrini bu anlamda, anayasal olarak mutlak bir hak olmayan ifade ve toplanma özgürlükleri hakkında yüksek mahkemelerin ve özellikle de anayasa mahkemelerinin kuş bakışı bir fotoğraf çekebilmesini sağlar. Meşru olarak müdahale edilebilecek olan her hakkın uygulanması ve hayata geçirilebilirliği mahkeme tarafından yakından izlenmelidir. Devlet erklerini temsil edenlerin ve idarenin ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler, caydırıcı etki doktrini gibi geniş bir açıdan bakabilmeyi sağlayan, ağaçtan çok ormanın görülebileceği⁵⁶ araçlarla tespit edilebilir.

Mevzuattan ve/veya uygulamadan kaynaklanabilen caydırıcı etki, kendisini ifade etmek isteyen kişinin başıma ne gelir korkusuyla susması, söyleyeceklerini

⁵⁵ Jeffrey Fagan, Tracey L. Meares, "Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities", **Ohio State Journal Of Criminal Law**, Vol: 6, 173, 2008, s. 183.

⁵⁶ Benzetme için bkz.: Tolga Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021, s. 134.

yumuşatması, yazarken elinin sürekli “sil” tuşunda olması, sosyal medyada ifade edilen şekliyle “yazıp yazıp silmesi”dir.⁵⁷

İfade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etki, ülkemizde karşımıza mahkeme kararlarında çıkmakla birlikte, ismi tam olarak bu şekilde konulmаса da kamuoyunun esasen yakından tanıdığı bir etkidir. Bugün günlük hayatta ve yine sosyal medyada caydırıcı etkiyi işaret eden pek çok ifade ve konuşmaya rastlanmaktadır. Günlük hayatta, kalabalık ortamlarda, toplu taşımada kişiler yakınlarının, arkadaşlarının, siyasi otoritenin beğenmeye(bile)ceği ifadelerde bulunduğunu fark ettiğinde, yaptırım riskine dikkat çekmek için -bazen nüktedan şekilde- “Silivri soğuktur”⁵⁸ demektedir. Bu ifade özellikle Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan başta olmak üzere önde gelen iktidar partisi üyelerini, siyasi iktidarın ideolojisini, icraatlarını, söylemlerini eleştiren ifadeleri kamusal alanda dile getirmenin “tehlikeli” olarak görülmeye başlamasını işaretlemesi bakımından önemlidir. Sıklıkla açılan cumhurbaşkanına hakaret, kamu görevlisine hakaret davaları gibi davalardan ve yaptırım riskinden kaçınmak isteyen kişiler, eleştirilerini kamusal alanda çoğunlukla dile getirmemektedir. Sosyal medyada ise kişilerin, eleştirecekleri kişilerin isimlerini -açılacak herhangi bir soruşturma/kovuşturmada savunma kolaylığı oluşturması bakımından- başka birçok anlama gelebilecek kelimeler ile değiştirerek paylaştığı görülmektedir.

⁵⁷ Türkiye’de önde gelen gazetecilerden biri olan Ahmet Şık tarafından da kullanılan bu ifade, sıklıkla, kişilerin sosyal medyada paylaşmak istedikleri fikirleri yazdıktan sonra yaptırım endişesiyle silmelerini ifade etmek için kullanılmaktadır: <https://twitter.com/sahmetsahmet/status/1380589744300695563>, Erişim Tarihi: 23.07.2022.

⁵⁸ İstanbul’un bir ilçesi olan Silivri, Avrupa’nın en büyük cezaevi olan Silivri Cezaevi’ni barındırmaktadır. Kamuoyunda özellikle yazar, avukat, gazeteci gibi kamusal tartışmaya etkin olarak katılan kişilerin konulduğu cezaevi olarak bilinir. İfade, Silivri Cezaevi’ne konulmak istemeyen bir kişinin belirli konularda konuşmaktan çekinmesi gerektiğine dikkat çekmek üzere kullanılmaktadır. İfadenin kullanımına ilişkin bkz: Oya Baydar, “Silivri Soğuktur, Hele de Çıplaksanız”, T24 İnternet Gazetesi, 24.12.2020, <https://t24.com.tr/yazarlar/oya-baydar/silivri-soguktur-hele-de-ci-plaksaniz,29181>, Erişim Tarihi: 25.10.2021; Ayşen Şahin, “Kahraman İstemezük”, Evrensel Gazetesi, 17.07.2022, <https://www.evrensel.net/yazi/91276/kahraman-istemezuk>, Erişim Tarihi: 23.07.2022; Murat Sabuncu, ““Silivri Soğuktur” Diye Başladı Her Şey, Şimdi Memleket Buz Kesti”, 08.02.2023, <https://t24.com.tr/yazarlar/murat-sabuncu/silivri-soguktur-diye-basladi-her-sey-simdi-memleket-buz-kesti,38616>, Erişim Tarihi: 09.02.2023

İfadenin kullanımının yaygınlaşması bakımından, ülkedeki muhalefet partilerinden birinin “Silivri soğuktur” ifadesinin tarihe karışacağını vaat etmesi ilginçtir: <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/ali-babacandan-silivri-soguktur-gondermesi-6733440/>, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

Google Arama Trendleri verilerine göre “Silivri soğuktur” ifadesi Türkiye’de, Eylül 2018’den itibaren popülerlik kazanmıştır: <https://trends.google.com/trends/explore?date=today%205-y&geo=TR&q=silivri%20soğuktur>, Erişim Tarihi: 23.07.2022.

2021 yılında, Konda tarafından yapılan bir araştırmanın sonucu, bu iddiayı destekler niteliktedir. İnsan Hakları Derneği'nin talebi üzerine yapılan araştırmaya göre, toplumun büyük bir çoğunluğu, insanların düşünceleri nedeniyle hapisshaneye konulduğunu düşünmektedir. “Türkiye’de insanlar düşünceleri nedeniyle hapisshaneye konuyor” cümlesine katılıp katılmadıkları sorulan kişilerden bu soruya cevap verenlerin %66’sı, insanların düşünceleri nedeniyle hapisshanelere konulduğu görüşüne katıldıklarını ifade etmiştir, bu görüşe katılmayanların oranı %23’tür.⁵⁹

Gelebilecek bir yaptırım/misilleme tehlikesine karşı, çoğunlukla nüktedan bir dille yapılan uyarı olarak görülse de “Silivri soğuktur” gibi ifadeler ile kişiler birbirlerine yaptırım riskini hatırlatarak sosyal bir norm oluşturmaktadır. Yasanın kendisi hakkında nasıl uygulanacağını ve bunun sonuçlarını belirleyemeyen kişi, kendisine hatırlatılan bu sosyal norma uymaktadır.⁶⁰

b. Çeviri Sorunu

Tezimizin buraya kadar olan kısmında “caydırıcı etki” olarak adlandırdığımız, orijinal ismiyle *chilling effect* kavramı, kavramın kaynağını aldığı dilden Türkçe’ye çeşitli şekillerde çevrilmiştir. Türkiye ifade özgürlüğü literatüründe yeni bir kavram olan *chilling effect* hakkında halihazırda üzerinde uzlaşılan bir çeviri olduğunu söylemek güçtür. *Chilling effect* henüz ifade özgürlüğü literatürümüzde geniş yer bulamasa da özellikle son zamanlarda kavramın Türkçe’ye çevirisi için çeşitli öneriler ileri sürülmüştür.

Öncelikle belirtilmelidir ki, *chilling effect* kavramının Türkçe’ye çevirisi hakkında birçok önerinin bulunması ve ilk önerilen çeviri üzerinde uzlaşılmamasının sebebi, ifadenin, kaynağını aldığı dilde de farklı şekillerde ifade edilmesidir. Kavramı ifade etmek üzere kaynak dilindeki kullanımında zaman zaman farklı tercihler yapılması, kelime oyunlarına, benzetmelere yer verilmesi bir başka dile çeviriyi daha da zorlaştırmaktadır. Kavramın Türkçe’ye çevirisindeki tartışmalardan önce kavramın

⁵⁹ “İnsan Hakları Derneği Hapishaneler ve Mahpuslar Algı Araştırması”, Konda, 2021, s. 26. Raporda “Türkiye’de insanlar düşünceleri nedeniyle hapisshanelere konuyor” düşüncesine, 5 üzerinden ortalama 3,75 bir katılma eğilimi olduğu tespit edilmiştir.

⁶⁰ Jonathon W. Penney, “Understanding Chilling Effects”, *Minnesota Law Review*, 106, 2022, s. 1491.

ortaya çıktığı dilde ve mahkeme kararlarında nasıl kullanıldığına değinmek gerekmektedir.

Bahsedildiği üzere etki, kaynağını aldığı Amerikan hukuk sisteminde *chilling effect* olarak adlandırılmaktadır. İfadenin kökeninde yer alan *chill* kelimesi sözlüklerde, soğuma⁶¹, “ürperme”⁶², “titreme”⁶³, “soğuktan dolayı yakalanılan ateşli hastalık”⁶⁴, “aniden korkuya ve endişeye kapılma”⁶⁵, “moral bozucu”⁶⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

Chilling kelimesi ise, İngilizce’de “soğutucu”⁶⁷, korkutucu^{68 69}, ciddi şekilde rahatsız edici⁷⁰, aniden korku ve endişeye neden olma⁷¹ anlamlarına gelmektedir. Yine kavram, “bir şeyi daha az açık, dostane ve kolay hale getirme”⁷² şeklinde de tanımlanabilmektedir.

Chilling effect ise sözlüklerde “genellikle kaçınılmak istenen, cesaret kırıcı etki”⁷³, “özellikle kısıtlayıcı bir yasa veya düzenlemeden kaynaklanan cesaret kırıcı ve caydırıcı etki”⁷⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Bir başka kaynağa göre *chilling effect*, “bir bireyin veya grubun davranışı üzerinde özellikle yasal işlem korkusuyla cesaret

⁶¹ The Britannica Dictionary, “chill”, <https://www.britannica.com/dictionary/chill>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶² Macmillan Dictionary, “chill”, https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/chill_1, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶³ Macmillan Dictionary, “chill”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/chill>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶⁴ Oxford Learner’s Dictionaries, “chill”, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/chill_1?q=chill, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶⁵ Macmillan Dictionary, “chill”, https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/chill_1, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶⁶ Lexico, “chill”, <https://www.lexico.com/en/definition/chill>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁶⁷ Macmillan Dictionary, “chilling”, <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁶⁸ Cambridge Dictionary, “chilling”, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁶⁹ Lexico, “chilling”, <https://www.lexico.com/definition/chilling>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁷⁰ Merriam-Webster Dictionary, “chilling”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁷¹ Macmillan Dictionary, “chilling”, <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁷² Macmillan Dictionary, “chilling”, <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁷³ Merriam-Webster Dictionary, “chilling effect”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/chilling>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

⁷⁴ Collins Dictionary, “chilling effect”, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/chilling-effect>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

kırıcı ve caydırıcı bir etki yaratılarak kişinin ifade özgürlüğü gibi anayasal haklarını kullanmasının engellenmesi”dir.⁷⁵

Chilling effect ifadesi aynı zamanda sıklıkla, ceza hukuku bağlamında karşımıza daha çok çıkan *deterrence/deterrent effect* kelimesinin karşılığı olarak da kullanılmaktadır. Hatta caydırıcı etki kavramı, Amerikan Federal Yüksek Mahkeme’si kararlarında uzun bir süre *deterrent effect* şeklinde isimlendirilmiştir. Mahkeme’nin 1963 yılında verdiği Gibson kararı ile *chilling effect* ifadesi yaygınlık kazansa da *deterrent effect* kullanımı da varlığını ve kullanımını sürdürmüştür. Yine aynı etkiyi tarif etmek üzere Amerika Birleşik Devletleri içtihadında kullanılan bir başka ifade *inhibitory effect* (engelleyici etki) dir.⁷⁶

Deterrence kelimesinin karşılığı olan ifade, dilimizde özellikle ceza hukuku eserlerinde “caydırıcılık/caydırıcı etki” olarak yerleşmiştir. Doktrinde pek çok kaynakta ve mahkeme kararlarında eş anlamlı bir kullanım mevcuttur. İki ifade sıklıkla birbirini yerine kullanılmaktadır. Bu eş anlamlı kullanım Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve Türk Anayasa Mahkemesi⁷⁷ kararlarında karşımıza çıkmaktadır.

Kavramın Kıta Avrupası hukuk sistemindeki kullanımına bakıldığında kavramın mahkeme kararlarındaki kullanımı, Amerikan içtihadı ve literatüründen daha az karışık değildir. Etkiyi mahkeme kararlarında araştırmanın zorluklarından birisi de aynı etkiyi belirtmek üzere mahkemelerin sürekli farklı ifadeler kullanması ve etkinin adını geçirmeksizin sadece tarif yapmakla yetinmesidir. Kavramı anlatmak için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında çoğunlukla *chilling effect* ifadesi kullanılsa da *deterrent effect*; kavramın Fransızca *l'effet dissuasif* (caydırıcı etki) çevirisinden ilhamla *dissuasive effect*⁷⁸; *detrimental impact* (zararlı etki)⁷⁹; *dissuade*⁸⁰ ifadelerine yer verilmektedir. Bunlar dışında etkiyi doğrudan isimlendirmeden,

⁷⁵ Lexico, “chilling effect”, https://www.lexico.com/definition/chilling_effect, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

⁷⁶ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963); George Firth, v. State of New York, NY Int. 88, July 2, 2002.

⁷⁷ Tezimizin devam eden kısımlarında “Anayasa Mahkemesi” şeklinde anılacaktır. Başka bir anayasa mahkemesinden bahsedilmesi halinde bu durum ayrıca belirtilecektir.

⁷⁸ AİHM, Dilipak v. Türkiye, Başvuru No: 29680/05, 15.09.2015.

⁷⁹ AİHM, Sanoma Uitgevers B.V. v. Hollanda, Başvuru No: 38224/03, 14.09.2010.

⁸⁰ AİHM, Kavala v. Türkiye, Başvuru No: 28749/18, 10.12.2019; AİHM, Fedotova v. Rusya, 73225/01, 13.04.2006.

climate of self-censorship (otosansür iklimi)⁸¹, *discouraging open discussion* (kamusal tartışma cesaretini kırma)⁸², *fear of sanctions* (yaptırım korkusu)⁸³ şeklinde tarifler de mevcuttur.

Avrupa Birliği Hukuku içtihatlarında kullanımına gelindiğinde, kavramın çoğunlukla *deterrent effect* veya *dissuading effect* şeklinde kullanıldığı görülür. Yine caydırıcı etkiyi ismen belirtmeyip dolaylı olarak tarif etme durumu Avrupa Birliği içtihatlarında da görülmektedir.⁸⁴

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında etkinin Türkçe çevirisi, ağırlıklı olarak caydırıcı etki olarak benimsenmiştir ve etki bu şekilde kullanılmaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında da çeviri tercihinde tek bir kullanım olmadığı görülmektedir. Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında etkiyi tarif etmek üzere “cezalandırılma endişesi”⁸⁵, “caydırıcı bir etki”⁸⁶, “caydırıcı bir baskı”⁸⁷, “caydırma etkisi”⁸⁸, “sınırlayıcı etki”⁸⁹, “kesintiye uğraticı bir etki”⁹⁰ ifadelerine yer verilebilmektedir.

Chilling effect ifadesinin Türkçe’ye nasıl çevrileceği konusunda doktrinde çeşitli fikir ayrılıkları mevcuttur. Baskın Oran, gazeteciler hakkında açılan davalarda yaşanan gelişmeleri ele aldığı bir köşe yazısında dikkat çektiği etkiyi, “pıstırıcı etki” olarak ifade etmiştir. Oran’a göre, “en âlâsından sansür” olan bu etki, toplum üzerinde “pıstırıcı” bir etki yaratır.⁹¹

Şirin ise, bu konuya değindiği eserinde *chilling effect* kullanımının Türkçe karşılığı olarak “ürpertici etki”yi önermektedir.⁹² Şirin’e göre, caydırıcı etki çevirisi uygun bir çeviri olsa da özellikle İngilizce literatüre odaklanıldığında caydırıcı

⁸¹ AİHM, Dilipak v. Türkiye, Başvuru No: 29680/05, 15.09.2015.

⁸² AİHM, Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda, 13778/88, 25.06.1992.

⁸³ AİHM, Akarsubaşı v. Türkiye, 70396/11, 21.07.2015.

⁸⁴ Pech, s. 26.

⁸⁵ AYM, Orhan Pala Başvurusu, 2014/2983, 15.02.2017.

⁸⁶ AYM, Selahattin Demirtaş Başvurusu (10), 2017/39885, 30.03.2022.

⁸⁷ AYM, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, 2019/10634, 01.07.2021.

⁸⁸ AYM, Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), 2013/8598, 02.07.2015.

⁸⁹ AYM, Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, 2016/5116, 18.06.2020.

⁹⁰ AYM, Mehmet Ali Aydın Başvurusu, 2013/9343, 04.06.2015.

⁹¹ Baskın Oran, “En Âlâsından Sansür: ‘Pıstırıcı Etki’”, Artı Gerçek İnternet Gazetesi, 06.04.2017, <https://artigercek.com/yazarlar/baskinoran/en-alasindan-sansur-pistirici-etki>, Erişim Tarihi: 01.11.2021

⁹² Şirin, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2, s. 117.

çevirisinin yerinde olmadığını, muhatabın caymamış olabileceğini, bu nedenle ürpertici etkinin daha doğru bir çeviri olduğunu ileri sürmektedir. Şirin’e göre ürpertme, korkunun yanı sıra tiksintiyi de içerdiğinden daha uygun bir çeviri olacaktır. Tez çalışmaları boyunca ağırlıklı İngilizce kaynakları taradığından hocamın bu görüşünün kaynağını ve neden bu çevirinin doğru olduğunu düşündüğünü anladığımı düşünüyorum. Daha çok bir benzetme, bir metafor olarak kullanılan *chilling effect* ifadesi, metaforun birebir çevirisi yapılması gerekirse kesinlikle ürpertici etki olarak çevrilmelidir.⁹³ Fakat, her ne kadar ürpertici etki, kavram için uygun çevirilerden biri olsa da *chilling effect* metaforunun birebir çevrilmesinden etkinin amacı/sonucu gözetilerek caydırıcı etki olarak çevrilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyim.

Chilling effect kavramının temeli, caydırıcılıktır.⁹⁴ *Chilling effect* kavramı, karar vermeyi önleyecek, verilmiş kararı değiştirmeye sebep olacak nitelikte bir etkiyi tarif etmektedir. Bir kişinin cesaretini kırarak harekete geçmesini önleyen, harekete geçmekten çekinmesine sebep olan, kimi davranışlarından vazgeçmesinde etkili olan bir etki, dilimizde caydırıcı etki olarak kullanılmalıdır.⁹⁵

Caydırıcı etki çevirisini tercih etmemizin bir diğer nedeni, ifade özgürlüğünün caydırılmasında amaçlanan veya ortaya çıkan sonucun çoğu zaman ceza alarak cezalandırılan bir kişinin cayması ile aynı olmasıdır. Bazı kaynaklarda bu ayrım haklı caydırıcı etki/haksız caydırıcı etki şeklinde yapılmaktadır. Yine ceza hukukunda amaçlanan caydırıcı etkiyi tarif etmek için yararlı caydırıcı etki tercihi yapılmaktadır. Barendt, ifade özgürlüğü alanındaki hukuka aykırı caydırmayı (*deterrence*), caydırıcı etki (*chilling effect*) şeklinde ifade etmektedir.⁹⁶ Tüm bu nedenlerle, *chilling effect* kavramının karşılığı olarak caydırıcı etki ifadesini kullanmayı tercih etmekteyim.

⁹³ Yalnızca şu kaynak bile Şirin’in çevirisinin yerinde olduğunu gösterebilir: Judith Townend, “Freedom of Expression and Chilling Effect”, in: Howard Tumber, Silvio Waisbord (Ed.), **The Routledge Companion to Media and Human Rights**, Routledge, 2017: Yazar makalede chilling effect’in bir metafor olduğunu, ifadenin buz gibi dondurulmasının kastedilmediğini fakat ifadenin “ürpertilmesinden” “dondurulmasına” kadar olan aralığı ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir.

⁹⁴ Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment...”, s. 689; Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 59 (1965).

⁹⁵ Kubbealtı Lugati, “caydırıcı”, <http://lugatim.com/s/caydirici>, Erişim Tarihi: 01.11.2021. Aynı yönde bkz.: Fatih Süngü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında “Chilling Effect” Kavramı”, **İnsan Hakları Yılı**, Cilt: 39, 2021, s. 111.

⁹⁶ Eric Barendt, Laurence Lustgarten, Kenneth Norrie, Hugh Stephenson, Libel and the Media: The Chilling Effect, Oxford: Clarendon Press, 1997, s. 191. Aktaran: Judith Townend, “Freedom of Expression and the Chilling Effect”, in: Howard Tumber, Silvio Waisbord (Ed.), **The Routledge Companion to Media and Human Rights**, Routledge, 2017.

c. İlgili Diğer Kavramlarla İlişkisi

i. Otosansür

İfadenin önündeki bir engel olarak ortaya çıkan otosansür, genel anlamda, kişi veya grupların kendi kendilerini sınırlaması anlamına gelir.⁹⁷ Pek çok sebepten kaynaklanabilecek durum olan otosansür, ifade özgürlüğü ve otorite ilişkisi açısından bakıldığında, bir kişi veya grubun potansiyel bir zarardan kaçınmak için, gerekliliği resmi olarak açıkça söylenmediği halde, belirli konular hakkında konuşmaktan geri durması, kendi kendini sınırlaması olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸

Keane, otosansürü şu şekilde tarif etmektedir: “Sansür çok farklı bir kılığa da bürünebilir. İçimizde yankılanabilir, benliğimize yerleşebilir, peşimizdeki casus, ‘sakın fazla ileri gitme’ diyen katibemiz olabilir. İçimizdeki sansürcü durmadan pabucun pahalı olduğunu hatırlatır bize: Şöhretimiz, ailemiz, mesleğimiz, işimiz, şirketimizin yasal durumu tehlikededir. Çenemizi kapamamıza, titrememize, hafifçe gülümseyerek bir daha düşünmemize neden olabilir.”⁹⁹

Otoritenin yaptırımından kaçınmak üzere geliştirilen bir mekanizma olarak otosansür, dikkat çekmenin zarar görmek anlamına gelebileceği bir ortamda, kişinin olağanlığı bir maske olarak kullanarak otoritenin kendisine kayıtsız kalmasını istemesi ve bu kayıtsızlığı sağlayabilmek için güçlü bir öz disiplin geliştirmesidir.¹⁰⁰

Çoğunlukla bir “tercih” görünümünde olan otosansürün, gerçekten bir tercih olabileceği durumlar, çoğunlukla konuşmama özgürlüğü ile ilişkilidir. İfade özgürlüğü konuşmayı olduğu kadar diğer ifade biçimlerini ve konuşmama hakkını da kapsar. Konuşmama hakkı, kişinin görüşleri, fikirleri, dini ve felsefi inancı da dahil olmak üzere düşüncelerini açıklamaya zorlanamamasını, kendi isteği dışında belirli bir

⁹⁷ Daniel Bar-Tal, “Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research”, **Advances in Political Psychology**, Vol. 38, Suppl. 1, 2017, s. 47.

⁹⁸ Cambridge Dictionary, “self-censorship”, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/self-censorship>, Erişim Tarihi: 20.02.2022.

⁹⁹ John Keane, **Medya ve Demokrasi**, Çev. Haluk Şahin, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993, s. 51.

¹⁰⁰ Richard Sennett, **Otorite**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 4. Baskı, 2014, s. 114.

görüşle ilişkilendirilmemesi hakkını, otoritenin görüşlerini tekrar etmeye ya da o yönde ifadelerde bulunmaya zorlanamamasını da içerir.¹⁰¹

Konuşmama ya da yayınlamama hakkı basın yönünden, örneğin bir gazetenin, yaşanan bir olaya ilişkin belirli bilgileri yayınlamamayı tercih ettiği; söz konusu bilgileri yayınlamamanın kamu yararına olacağını takdir ettiği ya da söz konusu bilginin yayınlanmasının kamuya hiçbir yarar sağlamayacağına karar verdiği durumlarda söz konusu olabilir. 1990 yılında gerçekleşen, parkta koşu yapan bir kadına tecavüz edilmesi olayına ilişkin haberlerde gazetelerin pek çoğunun mağdur kadının adını vermemeyi tercih etmesi bunun bir örneğidir.¹⁰²

Otosansürün bir tercih değil sonuç olarak ortaya çıktığı durumlar, çoğunlukla yaratılan caydırıcı etkinin sonucu olarak meydana gelen; kişi veya grupların ifade özgürlüklerini kullanmaları durumunda karşılaşacakları zarar tehlikesinden kaçınmak tercihini yaptırım korkusuyla yapmaları durumunu ifade eder. Üstelik, kişinin kendi davranışı üzerinde uyguladığı bu kısıtlama, kaçınılan sonucun meydana gelme olasılığı da hesaplandığında, ortaya çıkacak olan kısıtlamadan neredeyse her zaman daha fazladır.¹⁰³

Toplumda bir salgın haline gelebilecek otosansürün toplumsal ve bireysel sonuçları vardır. Otosansür bireysel ölçekte otosansür failinin cesaretini ve öz saygısını çalar.¹⁰⁴ Toplumsal düzeyde ise otosansür, bilginin özgürce dolaşımını, bilgi ve fikirlere serbest erişimi azaltır. Toplum için önem arz eden konularda kamunun bilgidен yoksun kalması toplumsal tartışmaların sağlıklı yürümesini engeller, kamusal tartışma ortamını zayıflatır, şeffaflık ve eleştirel görüşlerin yerini çeşitli dogmalar alır.¹⁰⁵

¹⁰¹ Robert A. Sedler, “Self-Censorship and the First Amendment”, **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, Vol. 25, 2011, s. 13-14.

¹⁰² Alex S. Jones, “Most Papers Won’t Name the Jogger”, 13.06.1990, <https://www.nytimes.com/1990/06/13/nyregion/most-papers-won-t-name-the-jogger.html>, Erişim Tarihi: 03.03.2022.

¹⁰³ James Spigelman, “The Forgotten Freedom: Freedom From Fear”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 59, No. 3, 2010, s. 545-546.

¹⁰⁴ Bar-Tal, s. 37.

¹⁰⁵ Bar-Tal, s. 56.

Yaratılan caydırıcı etki sonucu meydana gelebilecek otosansür, doğrudan olabileceği gibi zamanla yapısal bir sorun haline alabilir. Açıklamak üzere yine basından örnek vermek gerekirse; doğrudan otosansür, ifadenin ya da basılacak eserin, yaptırım korkusuyla değiştirilmesidir. Bu örneğin bir gazete/dergi editörünün basıldığı taktirde gazetenin ya da yöneticilerinin yaptırımla karşılaşacağı bilinciyle bir yazıda/haberde değişiklikler yapmasıdır.¹⁰⁶ Caydırıcılığın zamanla kökleşmesi ile karşılaşabilecek yapısal otosansür ise özellikle basın yönünden bazı konuların “tabu”, “mayınlı alan” olarak görülmesi ve o konularda editörün müdahalesine dahi gerek kalmaksızın, hiçbir haber/yazı üretilmemesidir. Bu durum, daha da derinleşen bir caydırıcı etkiyi gösterir; çünkü bu durumda artık yaptırım riskine sebep olabilecek herhangi bir ifade dahi yoktur.

Otosansürün bir başka görünümü, opak ifadelerdir. Opak ifadeler, bir konuda özellikle gazetecilerin, akademisyenlerin, keskin ve açık tespitler yapmak yerine daha tartışmaya açık ve daha üstü örtük, birden fazla anlama gelebilecek ifadeler benimsemeleridir.¹⁰⁷ Örneğin bir gazetecinin olanı iletmek, tespit yapmak yerine ileride açılacak bir davada savunmasına zemin hazırlamak üzere daha çok yorum yapmayı tercih etmesi ve üslubunu açılacak bir dava korkusuyla değiştirmesi/yumuşatması otosansürün bir diğer görünümüdür.

Caydırıcı etki doktrini, kişilerin veya grupların ifade özgürlüğünü kullanmaktan çekinmelerini, korkmalarını ve nihayetinde bu sebeple kendi kendilerini sınırlamaya yönelmelerini engellemek için geliştirilmiş bir doktrindir.¹⁰⁸ Caydırıcı etki doktrininin mahkeme kararlarında tartışılmasındaki esas gaye, kişinin, grupların ve genel olarak toplumun otosansür refleksi gösterebileceği baskı ortamının tespit edilmesidir. Bu bakımdan caydırıcı etki doktrini ve otosansür, yakından ilgili iki kavram olduklarından, sıklıkla birlikte anılmaktadır.

Otosansür, Türkiye’nin AB ile ilişkileri bağlamında 1998 yılından beri her yıl yayınlanan ve yaygın olarak İlerleme Raporu olarak bilinen ülke raporlarında da değerlendirilen bir husustur.¹⁰⁹ Bu raporlarda Türkiye, 2010 yılından itibaren düzenli

¹⁰⁶ Barendt et al., s. 191.

¹⁰⁷ Townend, s. 78.

¹⁰⁸ Pech, s. 5.

¹⁰⁹ Raporların gayri resmi çevirileri için bkz.: https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

olarak otosansür konusunda uyarılmaktadır.¹¹⁰ Basın mensuplarına sık sık dava açılmasının, muhalif gazetecilerin işlerine son verilmesinin, medyanın mülkiyet yapısının, gazetecilerin sindirilmesinin yarattığı caydırıcı etkinin doğuracağı sansüre dikkat çekilmesi ile başlayan uyarılar, 2018 yılından itibaren, yargıçların görevlerine kanun hükmünde kararname ile son verilmesinin yargıçlar üzerinde baskı ve sindirme yaratacağı, yargıçların görev yerlerinin rızaları dışında değiştirilmesinin caydırıcı etki oluşturacağı tespitleri de eklenerek devam etmiştir.

Raporlara göre, gazeteciler, yazarlar, avukatlar, akademisyenler, muhalif siyasetçiler, insan hakları savunucuları ve eleştirel seslere getirilen geniş kapsamlı kısıtlamalar ve izlemeler, söz konusu özgürlüklerin uygulanmasını olumsuz yönde etkilemekte ve bu durum otosansüre neden olmaktadır.¹¹¹ 2020 raporunda, kültürel sivil toplum örgütlerinin festival, etkinlik ve sergi düzenlerken avukatlardan hukuki görüş alma ihtiyacı hissettikleri, aldıkları hukuki görüşler üzerine otosansür uyguladıkları not edilmiştir. Raporlarda yer alan uyarılar incelendiğinde, otosansür uyarısının başta basın özgürlüğüne getirilen sınırlamalar üzerine yapılmaya başlandığı fakat daha sonra yargıçları, avukatları, sanatçıları ve toplumun genelini kapsar hale geldiği görülmektedir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Raportörlerinin ülke ziyaretleri sonrası yayınladıkları raporlarda da caydırıcı etki ile otosansür arasında bağ kurulduğu görülmektedir. Türkiye hakkında da yayınlanan bu raporlarda, Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin varlığının dahi ifade özgürlüğü üzerinde yaratacağı caydırıcılığın otosansüre varacağı uyarılarına yer verilmiştir. Raporlarda, uzun soruşturma ve kovuşturma süreçleri, savcılarının kendilerini hiçbir şekilde sınırlamaksızın, mesnetsiz olduğu çok açık olan soruşturmalar başlatmaları gibi ceza adalet sistemine ilişkin işlevsel sorunların ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturduğu ve bunun da otosansüre neden olduğu konusunda kaygılar iletilmiştir.¹¹²

¹¹⁰ AB Ülke Raporlarında Türkiye, 2010-2022 yılları arasında her yıl düzenli ve ısrarlı olarak otosansür konusunda uyarılmıştır. Bundan önceki tarihlerde yalnızca 2004 yılındaki raporda, o tarihlerde çıkarılan Basın Kanunu'nun yaratabileceği otosansüre dikkat çekilmiştir.

¹¹¹ AB Ülke Raporu, Türkiye 2022, 12.10.2022, https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/trkiye_report_2022.pdf, Erişim Tarihi: 24.10.2022.

¹¹² CommDH(2011)25, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in 27 - 29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaretini müteakiben hazırladığı Rapor", 12.07.2011, s. 2.

Caydırıcı etkinin bir sonucu olarak gelişen, korku kaynaklı otosansür, raporlarda yapılan tespitlerden de anlaşılacağı üzere, sadece belirli bir gruba veya mesleğe özgü değildir. Türkiye’de, 2020 yılında Oyuncular Sendikası ve Çağdaş Sinema Oyuncuları organizasyonları tarafından yayınlanan rapora göre, yapılan ankete katılan ve ağırlıklı sahne sanatları alanında çalışan kişilerin yüzde 63’ü meslek hayatlarında otosansür uyguladıklarını ifade etmişlerdir. Raporda otosansürün başlıca nedenleri arasında işini kaybetme korkusu, hedef gösterilme korkusu ve ceza yargılamasına maruz kalma korkusu öne çıkmaktadır.¹¹³

Yine yayıncılık alanında, Türkiye Yayıncılar Birliği, Ekim 2019- Kasım 2020 aralığını kapsayan raporunda gazetecilerin mesleki faaliyetleri sebebiyle cezaevinde olmasının otosansüre sebep olduğu ifade edilmiştir. Raporda otosansür yarattığı değerlendirilen bir diğer önemli husus, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu kararıyla “muzır” ilan edilen kitapların yayıncıları ve çevirmenleri hakkında davalar açılmasıdır. 2020 Mart ayında Türkiye Yayıncılar Birliği, Türkiye Pen ve Türkiye Yazarlar Sendikası ortak basın açıklaması yayınlarak yayıncılara ve çevirmenlere açılan bu davaların yayıncılığı otosansür kısılcasına soktuğu, yayıncılar ve yazarlar arasında otosansürün yaygınlaştığı ifade edilmiştir.¹¹⁴

Türkiye’de Ermeni yayıncılık geleneğinin temsilcilerinden olan Aras Yayıncılık’ın Genel Yayın Yönetmeni Rober Koptaş, verdiği bir röportajda, yayınladıkları bir çizgi romanda yer alan bir mizansenle ilgili olarak, hukukçulara danıştıklarını, dava açılma ihtimalinin yüksek olduğu bilgisini aldıktan sonra “sakıncalı” görülebilecek üç sayfayı çizgi romandan çıkarmak durumunda kaldıklarını, cezai takibata uğramamak için, yazarların da izniyle almak zorunda kaldıkları bu kararı okuyucularına bildirdiklerini ifade etmiştir. Koptaş tüm bu süreci “içimi yakan bir deneyim” olarak nitelemiş, yayınevinin misyonunu devam ettirememekten korktukları için bu riski alamadıklarını belirtmiştir.¹¹⁵

¹¹³ Emre Yetim, “Türkiye’de Görsel İşitsel ve Sahne Sanatları Alanında Çalışanların Sansür Algısı Anketi Sonuç Raporu: 2020 Yılı Örneği”, **Oyuncular Sendikası & Çağdaş Sinema Oyuncuları Derneği**, 2021, s. 12.; Sanatsal ifade özgürlüğü ve sanatsal ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerle ilgili daha kapsamlı bilgi için bkz.: Ulaş Karan, “Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk”, Siyah Bant, 2013.

¹¹⁴ Türkiye Yayıncılar Birliği, “Yayınlama Özgürlüğü Raporu”, Ekim 2019-Kasım 2020, s. 22-23, <https://turkyaybir.org.tr/wp-content/uploads/2021/03/Yayinlama-Ozgurlugu-Raporu-2020-1.pdf>, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

¹¹⁵ Çevirmenler Meslek Birliği, “Kitap Yayıncılığı, Sansür, Otosansür” <https://www.youtube.com/watch?v=HVSgv5-oENG>, 5:42-9:24, 30.09.2021, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Türkiye’de, yine ilerleyen bölümlerde detaylandırılacak olan, akademik ifade özgürlüğünün caydırıcı etki ve otosansür ile ilişkisi bakımından ise 2019 yılında akademisyenler hakkında yayınlanan bir rapor önem taşımaktadır. Raporda, halen görev yapan akademisyenlerin otosansür uygulayarak “hassas” konuları ders müfredatından ya da okuma listesinden çıkarmayı tercih ettikleri, derste bu konulara girmedikleri ve hatta mümkünse Türkiye ile ilgili örnekler vermekten kaçındıkları ifade edilmektedir.¹¹⁶

Araştırmaya katılan akademisyenlerin %54’ü “akademik yayınlarımda görüş ve bilgi paylaşıırken özgür hissediyorum” ifadesine katılmadıklarını belirtmiştir. Bu ifadeye katıldığını belirten akademisyenlerin oranı %22’dir. Araştırmaya katılan her üç akademisyenden biri, yayınlarında “hassas” konulara değinirken otosansür uygulamakta, bu konulara girmekten kaçınmakta ve “bazı şeyleri” dile getirmemeye çalışmaktadır. Akademik yayınlar konusunda baskıdan kaçınmak için yabancı dilde yayın yapma, “risk oluşturacak” konuları tercih etmeme ve teknik metinler yazmayı tercih etme gibi yollara başvurulmaktadır.¹¹⁷

Akademisyenlerin otosansüre yönelmelerinin sebebi incelendiğinde sıkça öne çıkan başlıklardan biri Barış İçin Akademisyenler bildirisi olarak bilinen bildiriye imza veren akademisyenler hakkında açılan davalar, işten çıkarmalar ve akademisyenlerin maruz bırakıldığı toplumsal damgalanmanın yarattığı caydırıcı etkidir.

Cezaların ve cezalandırılma korkunun otosansür ile ilişkisi Anayasa Mahkemesi tarafından sınırlı da olsa tespit edilmiştir.¹¹⁸ Mahkeme, Zübeyde Füsun Üstel başvurusunda, toplumda Barış İçin Akademisyenler Davası olarak bilinen dava

Yayıncılık alanında yaşanan otosansür pratiklerine ilişkin Yayıncılar Birliği tarafından düzenlenen 2018 tarihli panelin video kaydı için bkz.: https://www.youtube.com/watch?v=E_eN7fBi4DY 28.03.2018, Erişim Tarihi: 21.02.2022.

¹¹⁶ İnan Özdemir Taştan, Aydın Ördek, Türkiye’de Akademik Özgürlükler Araştırması Raporu, KAGED, 2019, s. 36.

¹¹⁷ Taştan, Ördek, s. 46-48.

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarında otosansür konusuna değindiği başvurular, ismi burada zikredilenler ile sınırlıdır: Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Cumhuriyet Vakfı Başvurusu, Sinem Hun Başvurusu, Zübeyde Füsun Üstel Başvurusu. Hayko Bağdat ve Hayko Bağdat (2) başvurularında ise başvurucunun, siyasetçi olan davacıya tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin otosansüre sebebiyet vereceği iddiaları mahkeme tarafından değerlendirilmemiştir.

süreçlerini ve cezaları ele almış, “otosansür refleksine hizmet eden” cezaların kamu gücünün eylemlerini sorgulanamaz hale getireceğini tespit etmiştir.

Basın özgürlüğü alanında caydırıcı etki ile otosansür ilişkisinin değerlendirildiği Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Cumhuriyet Vakfı kararında mahkeme, basının haber verme görevine dikkat çekerek, kamunun gözcüsü görevini üstlenen basın kuruluşunun yayınladığı haberler sebebiyle tazminat ödemek zorunda bırakılmasının caydırıcı etkiye sebep olacağını, caydırıcı etkinin gazetecilerin mesleki faaliyetlerini etkileyeceğini ve yaptırım korkusunun otosansüre yol açacağını tespit etmiştir.¹¹⁹ Mahkemeye göre, basın yoluyla işlenen hakaret suçlarına ilişkin olarak adli soruşturmalar açılarak hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesi de tüm basın üzerinde baskı yaratabilecek, gazetecilerin mesleki faaliyetleri üzerinde caydırıcı etki doğurabilecek ve otosansür kurumuna dönüşebilecektir.¹²⁰

Caydırıcı etki doktrini tartışmalarında ifade edildiği üzere, baskı/tahakküm ortamının tespit edilerek giderilmemesi halinde karşı karşıya kalınacak refleks, otosansür olacaktır. Pek çok yönüyle sansür başta olmak üzere diğer baskı türlerinden çok daha tehlikeli görülmesi gereken otosansür, bir toplumda demokrasinin temelini, toplumsal tartışma ortamını, bireylerin korkusuzca kendilerini ifade etmeleri halini ve alışkanlığını yerle bir edebilecektir. Türkiye örneğinde de açıkça gördüğümüz üzere, otosansürün sosyal bir norm haline gelmeye başlaması, insanların otosansürü birbirlerine telkin etme ihtiyacı hissetmesi açıkça yapılan herhangi bir müdahale veya baskıdan daha tehlikeli olabilecektir. Çünkü açık ve doğrudan bir müdahale durumunda müdahalenin tespitinin görece daha kolay olmasının yanında müdahalenin ölçülmesi, izlenmesi, raporlanması, müdahalelerin kamuoyunda tartışılması mümkün olabilecektir. Otosansür ise, düşüncenin henüz ifadeye dönüşmediği bir zamanda gerçekleştiğinden, neyin sansürlendiği çoğu zaman bilinemezdir.

Dışarıdan bakıldığında hiçbir müdahalenin olmadığı bir ortamda, kişinin kendi kendine aldığı bir karar olarak görünen korku kaynaklı otosansür, görünürde herhangi bir müdahale olmadığı için hukuki denetimin de dışında kalabilecektir. Caydırıcı etki doktrini, ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkinin sonucu olarak doğabilecek,

¹¹⁹ AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Cumhuriyet Vakfı Başvurusu, 2014/11876, 27.12.2017.

¹²⁰ AYM, Sinem Hun Başvurusu, 2013/5356, 08.05.2014.

içselleştirilmiş bir sansür mekanizması olan otosansüre varabilecek müdahalelerin tespiti için oldukça önem arz etmektedir. Caydırıcı etki doktrini bir kenara bırakıldığında ve olaylara yalnızca “müdahale yoksa özgürlük vardır” perspektifinden bakıldığında dolaylı müdahaleler, baskılar ve hatta tahakküm gözden kaçabilecektir.

ii. Ceza Hukuku Bağlamında Caydırıcılık

İfade özgürlüğü bağlamında ele aldığımız caydırıcılık, esasen yaygın olarak ceza hukukunda karşımıza çıkan bir kavramdır. “Devletin keskin kılıcı” olarak ifade edilen ceza hukuku, toplumsal düzeni bozan fiillerin saptanması ve bu fiillerin işlenmesine bir yaptırım bağlanması temeline dayanan bir hukuk dalıdır.¹²¹ Ceza ise, suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere, ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korkutucu, caydırıcı bir yaptırımdır.¹²² Caydırıcılığın özü, cezalandırılma korkusudur.¹²³

Bilindiği üzere, ancak kanun hükmüyle belirlenmiş olan sayılı fiiller, ceza yaptırımına tabi tutulabilir. Suçların belirlenmiş olması, kişilerin özgürlük alanlarının belirlenmesi için gerekli olmakla birlikte, hak ve özgürlüklerin korunması için de gereklidir. Ceza normları, kişi hak ve özgürlüklerine saldırıyı cezalandırır. Bu anlamıyla ceza hukuku anayasada yer alan hak ve özgürlükleri koruma amacına da hizmet eder.¹²⁴

Suç olarak tanımlanan fiilin cezalandırılmasının çeşitli nedenleri vardır. Toplumun suçtan korunması, suçlunun ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması gibi nedenlerle birlikte cezalandırmanın bir amacı da caydırıcılığın sağlanmasıdır. Hatta ceza hukuku teorisyenlerinden Beccaria’ya göre cezanın biricik amacı, benzer suçların işlenmesinden caydırmaaktır.¹²⁵ Beccaria, ceza hukukuna caydırıcılık odaklı bir bakış açısı sunarak caydırıcılık teorisinin kaynağını oluşturmuştur.

¹²¹ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Beta Yayınları, 4. Baskı, 2015, s. 2.

¹²² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-II**, 12. Baskı, İstanbul, 1999, s. 1309.

¹²³ Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment...”, s. 689.

¹²⁴ Zafer, s. 5.

¹²⁵ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınlar, 2016, s. 22.

Caydırıcılık teorisi, cezanın belirli nitelikleri ile (örneğin; cezanın kesinliği veya ağırlığı) cezalandırılabilir fiil olan suçun işlenme olasılığı arasında etkin bir ilişki olduğunu kabul eder. Caydırıcılık teorisine suç fiilinin karşısına cezanın konulması, suçun işlenmesi olasılığını düşürür çünkü insanların pek çoğu doğal olarak cezadan kaçınmayı tercih eder ve kişi, bu yol ile suç davranışından caydırılmış olur. Caydırıcılığın daha da önemli kısmı, caydırıcılığın sağlanması için ceza alma fikrinin bile çoğu durumda yeterli olmasıdır. Fiilinin karşılığı olarak ceza beklentisi olan kişi, cezalandırılmadığı halde caydırılmış olur; önemli olan bu beklentinin oluşturulmasıdır.¹²⁶

Caydırıcılığın etkililiği, suç fiilini işleyecek olan kişinin ceza hakkındaki bilgisine ve sadece o yaptırımın ağırlığına değil, kendisinin o yaptırımla karşılaşma olasılığını tartma yeteneğine de dayanır.¹²⁷

Ceza hukukunda caydırıcılık genel ve özel (bireysel) caydırıcılık olarak ikiye ayrılır.¹²⁸ Genel caydırıcılık insanların cezalandırılan kişiyi, cezanın o kişi üzerindeki etkisini gözlemleyerek suç işlemenin bedelinin faydasından daha ağır bastığı kanaatine varmaları ve suç işlemekten caymaları esasına dayanır. Suç işlediğine hükmedilen kişinin cezalandırılması, toplumun diğer bireyleri üzerinde cezaya maruz kalma korkusu yaratarak onları suç işlemekten caydırır.¹²⁹

Özel (bireysel) caydırıcılık ise, işlediği suç dolayısıyla kişinin cezalandırılması ve bu yol ile o kişinin gelecekte de suç işlemesinin önüne geçilmesi anlamına gelir. Bu teoriye göre cezanın amacı geleceğe yönelik olarak cezalandırılan kişinin tutum ve davranışlarının yönlendirilmesidir.¹³⁰ Suç işlediği takdirde yakalanıp belirli bir ceza aldığını, cezadan kaçamadığını tecrübe eden kişi tekrar suç işlemekten cayacaktır.

¹²⁶ Jeffrey Fagan, Tracey L. Meares, "Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities", **Ohio State Journal Of Criminal Law**, Vol: 6, 173, 2008, s. 181.

¹²⁷ Fagan, Meares, s. 183.

¹²⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 706.

¹²⁹ Nurullah Kunter, "Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?", **Siyasi İlimler Mecmuası**, Sayı 145, 1943, s. 17.

¹³⁰ Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi**, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001.

Kanunla suç olarak düzenlenen fiiller üzerinde devletin yaptırım uygulayarak caydırıcı etki doğurma yetkisi vardır ve bu yetkiyi kullanması devletten beklenir. Devletin var oluş sebeplerine bakıldığında kamu düzeninin korunması ve güvenliğin sağlanması ihtiyacı ilk sıralarda yer alır. Bir suç işlendiğinde yargı mekanizmasının harekete geçerek ceza prosedürünü başlatması, gerekiyorsa koruma tedbirlerine başvurması gerekir. Caydırıcılık, devlet otoritesinin ve yaptırım gücünün bir sonucu olarak doğar. Suç fiilini işleyen kişi hakkında başvuru önlemler ve nihayetinde verilen ceza hem suçu işleyen kişi üzerinde hem de toplumun geneli üzerinde bir caydırıcılık doğurur.

Ceza hukuku anlamındaki caydırıcılığı ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etkiden ayıran nokta, yaptırım gücünü elinde bulunduran devlet otoritesinin, “keskin kılıcı” olan ceza hukukunu ve diğer yaptırımları ve dolayısıyla yaptırım gücünü amacı dışında kullanması, keyfi müdahaleleri ile hak ve özgürlüklerin kullanımı üzerinde baskı yaratması ve hatta anayasal olarak korunan hak ve özgürlükleri kullanmaktan caydırmasıdır. İfade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki, devlet otoritesinin müdahale etmemesi gereken ifade özgürlüğü alanı üzerinde baskı oluşturmamasını, kişilerin ifade özgürlüklerini kullanmak konusunda cesaretlerinin kırılmasını, caydırılmasını ifade eder.

Ceza hukukunda amaçlanan caydırıcılık ile ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etkinin farkı, doktrinde farklı ayrımlarla açıklanmaktadır. Bu ayrımlardan ilki; haklı (meşru) caydırıcı etki-haksız (meşru olmayan) caydırıcı etki ayrımıdır.¹³¹ Haklı caydırıcı etki, devletin hak ve özgürlükler konusunda ve müdahale yetkisi olan alanla ilgili usulüne uygun kural koyması ve kuralın ihlal edilmesi halinde otoritesini kullanarak önceden belirlenmiş cezayı uygulayarak caydırıcılık yaratmasıdır. Bu, ceza hukukunda amaçlanan caydırıcı etki olup, devletin cezalandırma yetkisini usulüne ve amacına uygun olarak kullanması sonucu kişide ve toplumda doğan etkiyi ifade eder.

Haksız caydırıcı etki ise anayasal olarak korunan özgürlüklerin kullanımının çeşitli şekillerde ve haksız yere caydırılmasıdır.¹³² Kişinin caydırılmasındaki haksızlık, caydırıcılığın devletin anayasal olarak korunan ifade özgürlüğü alanına keyfi

¹³¹ Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment...”, s. 690.

¹³² Townend, s. 77.

müdahalesi ile kişi, topluluk veya toplum üzerinde, hakkın kullanımı konusunda yaratılmasından kaynaklanır. Schauer’e göre haksız (meşru olmayan) caydırıcı etkinin yarattığı tehlikenin temelinde, kişilerin hukuken kullanabilecekleri ve hatta kullanmaları gereken hak ve özgürlüklerini kullanmaktan, bir şeyi söylemekten, yayınlamaktan kaçınmaları yatmaktadır. Bir hakkın kullanıl(a)mamasından kaynaklanan zarar, hakkını kullanamayan kişinin kaybı olduğu kadar genel olarak toplum açısından da bir kayıptır.¹³³

Yine kaynaklarda ceza hukuku terimi olarak caydırıcı etkiden “yararlı caydırıcı etki” veya “izin verilen/istenen caydırıcı etki” olarak bahsedildiğini görmek mümkündür. Aynı şekilde ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etki bazı kaynaklarda “olumsuz caydırma” olarak zikredilmektedir.¹³⁴

iii. SLAPP

Türkçe’de “kamu katılımına karşı stratejik dava” olarak isimlendirilebilecek SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation), caydırıcı etki kavramıyla çok yakından ilgili olan, hatta zaman zaman iç içe geçen bir başka kavramdır. SLAPP, toplumda ekonomik ve/veya siyasi açıdan güçlü kişilerin yargı mekanizmasını kullanarak, özellikle çok yüksek tazminat talepli davalar yoluyla, gazeteciler, sivil toplum örgütü temsilcileri, akademisyenler, avukatlar gibi kamu yararına, kamuyu bilgilendirmeye yönelik pozisyon alan kişi ve kuruluşlara karşı izlediği yıldırma taktiklerinden biridir. SLAPP, kamunun tartışmasına açık bir konuda yargının bir araç olarak kullanılarak davalının önemli ölçüde dezavantajlı konumda bırakıldığı davalardır.

SLAPP davacısı, çoğunlukla herhangi bir gerçek tazminat beklentisi olmaksızın, hatta açtığı davanın herhangi bir şekilde lehine sonuçlanması beklentisi içinde olmaksızın, sadece karşı tarafı dava süreçleri içine çekmeyi, davalı tarafın kaynaklarını, kamuyu bilgilendirmeye ayırdığı zamanını tüketmeyi, davalıyı yalnızlaştırmayı ve caydırmayı amaçlar. Bir başka deyişle SLAPP, toplumda “güçlü” olarak bilinen gerçek ve tüzel kişilerin, kamuya kendileri ve faaliyetleri hakkında bilgi

¹³³ Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment...”, s. 693.

¹³⁴ Townend, s. 77.

sağlayan kişiler ve diğerleri üzerinde caydırıcı etki oluşturmak, baskı kurmak, göz dağı vermek, yıpratmak ve ekonomik olarak zor duruma düşürmek amacıyla yargılama sistemini kötüye kullanmalarıdır. SLAPP, davalıda korku yaratarak, davalıyı yüksek yargılama giderleriyle, uzun süren yargılamalarla ve yüksek bir tazminat ödeme riskiyle uğraşmaktansa eleştiriye ve kamuyu bilgilendirmeyi bırakmaya sevk eden bir metottur.

SLAPP belki de en açık şekilde kendisi hakkında haber yapan gazetecilere karşı çok yüksek bedellerle tazminat davası açmasıyla da bilinen, Amerika Birleşik Devletleri'nin 45. Başkanı Donald Trump'ın ifadeleriyle anlatılabilir. Trump, kişilik haklarına saldırı sebebiyle gazeteci Timothy O'Brien'a karşı açtığı tazminat davasını, *“Yasal giderler için birkaç dolar harcadım, onlarsa çok daha fazlasını harcadılar. Bunu onun hayatını perişan etmek için yaptım, ki bu beni mutlu ediyor.”*¹³⁵ şeklinde tarif ederek asıl amacının iş dünyası hakkında haber yapan gazeteciyi “perişan etmek” olduğunu ilan etmiştir.

SLAPP terimini ilk kez kullanan iki akademisyenden biri olan Penelope Canan, iki yüz yirmi sekiz SLAPP davası inceleyerek, davacıların dava açma sebeplerinin dört başlıkta toplanabileceğini belirtmiştir. Canan'a göre, davacıların genel motivasyonları şu şekildedir: a) Kamu yararını ilgilendiren bir konudaki muhalefete misilleme yapma niyeti, b) kamu yararını ilgilendiren konularda yakın gelecekte gerçekleşebilecek muhalefeti engelleme niyeti, c) gözdağı verme ve genel olarak muhalefetin cezalandırılacağına dair bir mesaj gönderme niyeti ve d) siyasi ve/veya ekonomik savaşı kazanma stratejisinde mahkeme sisteminin ve yargılamanın bir araç olarak kullanılması.¹³⁶

Araştırmanın sonuçlarından da anlaşılabileceği üzere, bu tür davalar kamuyu bilgilendirme görevi üstlenen kişi veya organizasyonlara karşı açıldığından, sadece davalıyı ve davacıyı ilgilendiren davalar değildir. Davanın sonunda varılan hüküm taraflar için bağlayıcı olsa da hükmün etkileri davalının bulunduğu pozisyonda olan veya gelecekte olacak olan diğerleri üzerinde caydırıcı etki yaratır ve aslında

¹³⁵ “New York’s Chance to Combat Frivolous Lawsuits”, The New York Times, 04.11.2020, <https://www.nytimes.com/2020/11/04/opinion/new-york-slapp-lawsuits.html> , Erişim Tarihi: 22.11.2021.

¹³⁶ Penelope Canan, “The SLAPP from a Sociological Perspective”, **Pace Environmental Law Review**, Volume 7, Issue 1, 1989, s. 23-32, s. 30.

amaçlanan tam da budur. Caydırıcı etki, davalının perspektifinden görünenden daha geniştir. Aktivistlerin, gazetecilerin, akademisyenlerin SLAPP davası riskiyle karşı karşıya kalmamak için haber konusu olayı takip etmekten, kamusal tartışmalara katılmaktan, eylem yapmaktan caymaları söz konusu olabilecektir.¹³⁷ Kamusal tartışmalara katılan kişiyi politik/siyasi alandan mahkeme salonlarına çekme, kişiyi uzun ve masraflı dava süreçleri ile uğraştırma taktiğinin kamusal tartışma ortamı ve siyasi tartışma özgürlüğü üzerinde, siyasi konulara katılım isteği üzerinde ortaya çıkardığı caydırıcı etki bugün önemli olmakla beraber, sessiz kalmaya alışan insanların oluşturduğu toplumda çoğulcu demokrasinin geleceği bakımından da tehdit yaratır.¹³⁸

SLAPP, iyi niyetli bir hak kullanımı görüntüsünün arkasında, davalıyı, davalı gibi hareket eden diğerlerini veya gelecekte o konuyla ilgilenecek kişileri caydırmak amacını taşır. 2017 yılında öldürülmesinden önce hakkında yaklaşık 40 SLAPP davası açılan Maltalı gazeteci Daphne Caruana Galizia, verdiği bir röportajda, SLAPP'i davalılar gözüyle anlatmıştır: *“Gereksiz yere dava açanların, davayı kaybetmeler dahi, ödemeleri gereken bir bedel yoktur. Buna karşın, hakkında dava açılan gazeteci, kendisini savunması için bir avukata ödeme yapmak, yargılama giderlerini ödemek ve birkaç yıl boyunca birçok duruşmaya gitmek zorundadır. Gazeteci kendisine yöneltilen iddialardan aklansa bile stres, boşa harcanan zaman ve harcanan para açısından yine de ağır bir bedel ödemiştir.”*¹³⁹

Yargının bir yıldırma aracı olarak kullanılmasının önüne geçmek için Amerika Birleşik Devletleri'nde otuzdan fazla eyalette, Kanada ve Avustralya'da anti-SLAPP yasaları çıkarılmıştır.¹⁴⁰ Anti-SLAPP yasaları dolayısıyla mahkemeler, davanın daha ilk aşamalarında davalıya bu davanın bir SLAPP olduğunu izah etme imkânı vermekte ya da davacının davanın esasına ilişkin inandırıcı deliller ortaya koymasını istemektedir. Mahkemenin davanın SLAPP niteliğinde olduğunu tespit etmesi ile dava

¹³⁷ Thomas A. Waldman, "Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation," **UCLA Law Review**, Vol 39, No. 4, 1992, s. 991; Paola Rosà, Claudia Pierobon, "Croatia and Italy, The Chilling Effect of Strategic Lawsuits", Osservatorio Balcani e Caucaso, 29.10.2019, <https://www.balcanicaucaso.org/eng/Areas/Croatia/Croatia-and-Italy-the-chilling-effect-of-strategic-lawsuits-197339>, Erişim Tarihi: 20.11.2022.

¹³⁸ George W. Pring, Penelope Canan, **SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out**, Philadelphia: Temple University Press, 1996, s. 2.

¹³⁹ "Q&A: The Abuse of Libel Laws in Malta", International Press Institute, 01.02.2017, <https://ipi.media/qa-the-abuse-of-libel-laws-in-malta/>, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

¹⁴⁰ Public Participation Project, State Anti-SLAPP Laws, <https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection>, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

reddedilerek yargılama süreci daha en başından sona erdirilmekte, hatta bazı durumlarda SLAPP davacısına para cezaları verilebilmektedir. Korkutma ve yıldırma amaçlı bu davalar konusunda mahkemelerin hızlı karar alabilmesi kamu katılımında bulunacak diğerleri üzerinde de bir emniyet hissi yaratacaktır.¹⁴¹

Örneğin, Anti-SLAPP yasaları olan Ontario’da¹⁴², bir şirketin, hayata geçirmek istediği proje ile ilgili olarak, sivil toplum örgütünün “yapılacak projenin bölgede ekolojik ve çevresel hasara yol açacağını” ifade etmesi nedeniyle açtığı dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Temyiz incelemesini yapan Kanada Federal Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin, şirketin kamu yararı gütmeyen dernek aleyhine açtığı 6 milyon dolar zarar talep edilen davanın SLAPP niteliğinde olduğu tespitine katılmıştır. Mahkeme, ele alınan olayda dava açma hakkının, kamuyu bilgilendirmek üzere hareket eden kişilerin kamusal tartışmalara katılımının engellenmesini sağlamak üzere bir araç olarak kullanılmak istendiğini, yargı sisteminin bir misilleme aracı olarak kullanılamayacağını vurgulamıştır.¹⁴³

Henüz bir Anti-SLAPP yasası kabul etmemiş olan Ohio eyaletinde ise Eyalet Yüksek Mahkemesi, kömür madeni sahibi başvurucunun, maden işçilerinin işten çıkarılmasını protesto eden bir grupla röportaj yapan ve olayı haberleştiren gazete aleyhine açtığı tazminat davasını ele almış, davayı açıkça SLAPP olarak niteleyerek Anti-SLAPP yasalarının gerekliliğine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre, temyiz incelemesi yapılan dava, kendi eyaletlerinde de Anti-SLAPP yasası çıkarılması gerekliliğini bariz şekilde ortaya koymaktadır. Bu davalar, özellikle gerçek kişi davalılar veya ekonomik gücü oldukça sınırlı gazeteler üzerinde yıkıcı etki yapmaktadır. Muhaliflerin, kamusal tartışmaların ve genel anlamda ifade özgürlüğünün caydırılmasını amaçlayan davalar, çıkarılan Anti-SLAPP yasaları ile hızlı şekilde reddedilebilecektir. Protestoyu haberleştiren gazete aleyhine dava açılması üzerine gazetenin internet sitesinden ilgili haberlerin kaldırılması ve maden

¹⁴¹ Justin Borg-Barthet, Benedetta Lobina, Magdalena Zabrocka, “The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society”, European Union, 2021, s. 48.

¹⁴² Protection of Public Participation Act, 2015, S.O. 2015, c. 23- Bill 52, 03.11.2015, <https://www.ontario.ca/laws/statute/S15023>, Erişim Tarihi: 22.08.2022.

¹⁴³ Supreme Court of Canada, 1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association, 2020 SCC 22, Karar Tarihi: 10.09.2020.

sahibi başvuruçunun isminin geçtiği diğer haberlerden bu ismin silinmesi, davanın yarattığı caydırıcı etkiyi ortaya koymaktadır.¹⁴⁴

Kamu katılımına karşı stratejik dava açma uygulaması Avrupa ve Türkiye’de de pekâlâ olmakla birlikte terimin kullanımı oldukça sınırlıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında SLAPP, daha çok bir pozitif yükümlülük olarak, devletlerin kamu katılımına teşvik edici bir ortam yaratması gerekliliği olarak tarif edilmektedir. Bir SLAPP davası olarak nitelenebilecek Independent Newspapers (Ireland) Ltd v. İrlanda davasında mahkeme, hükmedilen yüksek tazminatın, caydırıcı etkiye sahip olabileceğini bu nedenle çok dikkatli incelemeyi ve çok güçlü gerekçelendirmeyi gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁴⁵

SLAPP, açıkça bir terim olarak ve anti-SLAPP yasaları tartışmaları bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında karşımıza çıkmamakla birlikte, Avrupa Parlamentosu’nun konuyla ilgili çalışmaları mevcuttur. Bu kapsamda anti-SLAPP yasalarının AB ve Birleşik Krallık hukuk sistemlerine kazandırılması çalışmaları devam etmektedir. Avrupa Birliği’nde, üye devletlerde sayısı gün geçtikçe artan SLAPP davalarının engellenmesi konusunda sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne dayanılmasının hem bireysel SLAPP iddialarını değerlendirmek bakımından hem de devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından yetersiz olacağı, ayrıca bir yasa çıkarılması gerektiği görüşleri kuvvetle dile getirilmektedir.¹⁴⁶ Avrupa Birliği Hukukun Üstünlüğü Raporları’nda da bazı AB ülkelerinde gazeteciler hakkında açılan SLAPP niteliğindeki davaların, gazetecilerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sebep olduğuna dair uyarılara yer verilmektedir.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Murray v. Chagrin Valley Publishing Co., 2014-Ohio-5442.

¹⁴⁵ AİHM, Independent Newspapers (Ireland) Limited v. Ireland, 28199/15, 15.06.2017.

¹⁴⁶ Justin Borg-Barthet, Benedetta Lobina, Magdalena Zabrocka, “The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society”, European Parliament, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, 2021;

Judit Bayer, Petra Bárd, Lina Vosyliute, Ngo Chun Luk, “Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union: A Comparative Study”, Eu-Citizen: Academic Network On European Citizenship Rights, 2021, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/slapp_comparative_study.pdf, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

¹⁴⁷ “2020 Rule of Law Report: The Rule of Law Situation in the European Union”, European Commission, Brussels, COM(2020) 580, 2020, s. 20.

Türkiye, SLAPP davalarının açıldığı ve henüz bir anti-SLAPP yasasına sahip olmayan ülkelerden biridir. Türkiye’de hükümete yakınlığı ile bilinen bir iş adamının lüks evini konu alan haberin kişilik haklarının ihlal edildiğini öne sürerek Cumhuriyet Gazetesi muhabiri Hazal Ocak ve imtiyaz sahibine karşı açtığı bir milyon TL zarar konulu tazminat davası¹⁴⁸; hükümete yakınlığı ile bilinen bir medya grubu sahibinin, o dönemde kamuoyunda tartışılan ve Paradise Papers (Cennet Belgeleri) olarak bilinen iddialarla ilgili paylaştığı Twitter gönderisi sebebiyle akademisyen Yaman Akdeniz’e karşı açtığı yüz bin TL manevi zarar konulu tazminat davası¹⁴⁹; off-shore yatırımları haberleştirmesi sebebiyle haberde adı geçen eski meclis başkanı ve başbakan siyasetçi ile oğlunun, Cumhuriyet Gazetesi finans editörü Pelin Ünker’e karşı açtığı beş yüz bin TL manevi tazminat davası¹⁵⁰ SLAPP davalarına örnek olarak verilebilir.

Yine Türkiye’de önde gelen araştırmacı gazetecilerden biri olan Çiğdem Toker’e karşı, haberleri sebebi ile aynı şirket grubu tarafından açılan, toplamda 3 milyon Türk lirası manevi tazminat talep edilen tazminat davaları¹⁵¹ gazetecilere karşı açılan SLAPP davalarına verilebilecek en bariz örneklerden biridir. Açılan davalardan bazıları reddedilirken bazıları ise tamamen veya kısmen kabul edilmektedir. Anti-SLAPP yasalarının olmayışı, kamuoyunu bilgilendiren kişilerin, özellikle araştırmacı gazetecilerin tazminat davalarına karşı etkin korunamaması sonucunu doğurmaktadır. Türkiye uygulamasında açılan, SLAPP niteliğinde daha pek çok tazminat davası olmakla birlikte gazetecilere yönelik caydırıcı etki yaratmayı amaçlayan davaların daha çok cezai nitelikte olduğu göz önüne alınmalıdır.¹⁵²

¹⁴⁸ “Mehmet Cengiz’in Cumhuriyet’ten Tazminat İstemine Ret”, [¹⁴⁹ “Turkey: SLAPP Lawsuit Filed Against Academic Yaman Akdeniz Over Paradise Papers Tweet” <https://ifex.org/turkey-slapp-lawsuit-filed-against-academic-yaman-akdeniz-over-paradise-papers-tweet/>, Erişim Tarihi: 30.11.2021.](https://m.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/238206-mehmet-cengiz-in-cumhuriyet-ten-tazminat-isteminde-ret#:~:text=Cengiz%27in%20gazetecilere%20yönelik%20‘basın,Asliye%20Hukuk%20Mahkemesi%27nde%20görüldü,26 Ocak 2021, Erişim Tarihi: 01.12.2021.”</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁵⁰ <https://expressioninterrupted.com/tr/pelin-unker/> Erişim Tarihi: 30.11.2021.

¹⁵¹ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/gazeteciye-1-5-milyon-liralik-dava-40711022>, <https://www.diken.com.tr/bayburt-grupun-tokerle-sinavi-cumhuriyet-yazarina-1-5-milyon-liralik-bir-dava-daha/>, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

¹⁵² Türkiye’de gazetecilere yönelen SLAPP davalarına ilişkin daha fazla örnek için bkz.: Barış Altıntaş, Gökçer Tahincioğlu, “Yargının Namlusu Gazetecilere Doğrulduğunda SLAPP davaları: Muktedir Gazeteciye Karşı”, Justice for Journalists Foundation (JFJ) & Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği (MLSA), 2022.

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN DOĞUŞU VE İLK UYGULAMALARI

İfade özgürlüğü davalarında uygulanmak üzere geliştirilmiş bir doktrin olan caydırıcı etki, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri hukuk literatüründe ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*)¹⁵³ kararlarında karşımıza çıkmaktadır. Kavram, ortaya atılması ve ilk uygulamalarından kısa bir süre sonra Avrupa hukuk sistemi tarafından da benimsenmiş ve pratiğe geçirilmiştir. Doktrin bugün Amerikan hukuk sisteminin yanı sıra, Kıta Avrupası hukuk sisteminde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da sıklıkla değerlendirilmektedir.

Caydırıcı etki doktrini doğru anlayabilmek ve kapsamını ortaya koyabilmek için, doktrinin hangi koşullarda ve neden ortaya çıktığının anlaşılması çok önemlidir. Doktrin ortaya çıkışını, ulusal ve uluslararası çapta çalkantılı bir siyasi döneme ve ifade özgürlüğünün mahkeme kararlarındaki inişli çıkışlı gelişim seyrine borçludur.

Bu başlıkta, caydırıcı etki kavramının ortaya çıkışına neden olan soğuk savaş atmosferinden yola çıkılarak Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü davalarındaki yaklaşımına, zamanla geliştirilen ifade özgürlüğü doktrinlerine değinilecek ve bu doktrinlerden biri olan caydırıcı etki doktrini açıklanacaktır. Doktrinin usul ve esas bakımından hukuk sisteminde oynadığı rolü izah etmek üzere, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin öne çıkan çeşitli kararları incelenecektir.

1. İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Siyasi Atmosfer ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı

Amerika Birleşik Devletleri'nde ifade özgürlüğü, Amerikan Anayasası'na 1791 tarihinde eklenen 1. madde ile anayasal koruma altına alınmıştır. Ek 1. maddeye göre Kongre, ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, insanların barışçıl bir şekilde toplanma ve hükümete şikayetlerinin giderilmesi için dilekçe verme hakkını ihlal eden kanunlar

¹⁵³ Mahkeme'nin ismi tezimizin devam eden kısımlarında "Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi" veya "Yüksek Mahkeme" şeklinde anılacaktır.

yapamaz.¹⁵⁴ Maddenin amacı, demokratik bir toplumda geçerli olacak bir ifade özgürlüğü sistemi oluşturmaktadır. Buna göre, federe devletler, federal devlet ve Kongre, ifade özgürlüğünü kısıtlayacak düzenlemeler yapmaktan menedilmiştir.

Yine Anayasa'nın ek 14. maddesine göre hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalıklarını veya bağımsızlıklarını kısıtlayacak herhangi bir yasa çıkaramaz veya uygulayamaz ve hiçbir eyalet bir kişiyi hukuka uygun usul ve esas işletilmeksizin (*Due Process Clause*)¹⁵⁵ yaşamından, özgürlüğünden veya malından yoksun bırakamaz.

İfade özgürlüğü hakkının genel çerçevesi oldukça geniş ve özgürlükçü bir bakışla belirlenmiş olsa da -diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi- uygulama bakımından asıl önemli konu elbette hakkın nasıl sınırlanacağıdır. Ülke içinde ve dışında yaşanan siyasi, ekonomik, sosyal gelişmeler ifade özgürlüğünün seyri bakımından önem arz etmiştir. Yaşanan dünya savaşları ve savaş halinin yarattığı korkular, haklara bakış üzerinde ve özellikle ifade özgürlüğü üzerinde oldukça belirleyici olmuştur.

Amerika'da, iki dünya savaşı döneminde de yayılan komünizm korkusu ve ülkeyi bu gibi “zararlı” fikirlerden korumak için atılan sert adımlar, ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemek bakımından zorlu bir tartışma ortamı oluşmasına neden olmuştur. “Zararlı” fikirler ve bu fikirleri ileri süren kişiler hakkında ifade özgürlüğünün nasıl uygulanacağı temel sorunlardan biri haline gelmiştir. Ülkede komünizm başta olmak üzere “düzen karşıtı” fikirleri savunanlar hakkında davalar açılması, davalarda ileri sürülen ifade özgürlüğü argümanları ve içinde bulunulan siyasi atmosfer, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'ni ifade özgürlüğü bakımından ilk defa gerçek bir sınava tabi tutmuştur.¹⁵⁶

Birinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında açılan bu casusluk, kışkırtma ve anarşist faaliyet davalarının, Amerika Birleşik Devletleri'nde ifade özgürlüğünün bir

¹⁵⁴ 1789 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın tam metni için bkz.: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

¹⁵⁵ Due Process kavramı ile ilgili daha geniş bilgi için bkz: Kerem Altıparmak, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı 1, 1996.

¹⁵⁶ David S. Yassky, “Eras of the First Amendment”, **Columbia Law Review**, Vol. 91, 1991, s. 1721.

anayasal hak olarak gelişmeye başlamasında en önemli nokta olduğu kabul edilir.¹⁵⁷ Savaş döneminde ifade özgürlüğünün nasıl sınırlanacağı, hangi ifadelerin anayasal koruma alanında kaldığı, devletin kabullerine ve tezlerine aykırı ifadelerin statüsünün ne olacağı ve “aykırı” fikirlere sahip kişilere hangi yaptırımların uygulanacağı bu dönem ifade özgürlüğü tartışmalarının başlıca sorularıdır.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında caydırıcı etkinin tespitine kadar olan sürecin başlangıcında, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları döneminde yayılan komünizm fikri ve bu fikre Amerika Birleşik Devletleri’nde verilen tepki yer almaktadır. Caydırıcı etki, esasen İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan bir kavram olmakla beraber, konunun hem fikri alt yapısı hem de hukuki alt yapısı Birinci Dünya Savaşı ve sonrasındaki dönemde çıkarılan yasalarda, alınan önlemlerde, yargı kararlarında ve bu kararlarda ortaya çıkan hukuki tartışmalarda atılmıştır. Bu dönemde çıkarılan yasalar, caydırıcı etki doktrininin uygulandığı ilk davaların ağırlıklı konusunu oluşturmaktadır.

a. Dönemin Siyasi Atmosferi: Birinci Dünya Savaşı ve I. Kızıl Korku

Birinci Dünya Savaşı sürerken gerçekleşen Bolşevik Devrimi (1917) ile komünizm fikrinin bir ülkenin yönetiminde uygulanır hale gelmesi, Amerika Birleşik Devletleri’nde derin bir komünizm korkusuna yol açmıştır.¹⁵⁸ Bir yandan Almanya’ya karşı sürdürülen savaşın ortasında yaşanan devrim, fikri anlamda da yeni bir cephenin açılmasına sebep olmuştur. Esasen ne olduğu bilinen ama devlet yönetimi bakımından artık gücünün neye yetebileceği öngörüleemeyen bu fikri düşmana karşı, çoğu zaman rasyonellikten uzaklaşarak, tedbirler almaya girişilmiştir.

Komünizmin etkilerinin önüne geçilmesi, fikrin adeta ülke sınırları dışında bırakılması için sert önlemler alınmaya başlanmıştır. Halkı ve devleti, komünizm, sosyalizm gibi “zararlı” fikirlerden korumak için geniş kapsamlı yasalar çıkarılmıştır. Komünistlerin askeri faaliyetlere müdahale edeceği, ulusal posta sistemi aracılığıyla halk arasında komünizmi yayacağı, eğitim sistemini ele geçireceği, halkı devlete karşı

¹⁵⁷ Robert A. Sedler, “The “Law of the First Amendment” Revisited”, 58 **Wayne Law Review**, 1003, 2013, s. 1022.

¹⁵⁸ Robert K. Murray, **Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920**, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955, s. 223.

kışkırtacağı korkularıyla ve bu yolları tıkamak üzere çıkarılan yasalarda, toplumun genelinin kabulüne uymayan fikirlerle mücadele fikri daha ağır basmış, ifade özgürlüğü başta olmak üzere temel insan haklarına getirilen ağır sınırlamalar göz ardı edilmiştir.¹⁵⁹

Komünist casusların askeri işleyişe sızacağı korkusuyla çıkarılan yasalardan en önemlisi, 1917 tarihli Casusluk Yasası (*Espionage Act of 1917*)’dır. Bu yasa ile ülkede casusluk, askeri işleyişe zarar vermek, savaşa asker, mühimmat gibi kaynak sağlamak üzere alınan tedbirleri baltalayıcı hareketlerde bulunmak, emre itaatsizlik, sadakatsizlik, isyan veya kamu görevinin reddine kasten sebep olmak veya teşebbüs etmek ve askere alma hizmetini kasten engellemek faaliyetleri ile; ülkenin savunması ile ilgili olan ve Amerika Birleşik Devletleri’nin zararına veya herhangi bir yabancı ulusun yararına kullanılabilecek bir bilgiyi edinmek, fotoğrafını kaydetmek veya bilgileri kopyalamak yasaklanmıştır. Yasaya göre bu fiiller için on bin Amerikan dolarına kadar para cezası ve yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.¹⁶⁰

Yine 1918 yılında, Casusluk Yasası’nda değişiklik yaparak yaptırımları güçlendirmek üzere çıkarılan Kışkırtma Yasası (*Sedition Act of 1918*) ile hükümete, anayasaya, bayrağa, asker üniformasına, hükümete yönelik sadakatsiz, saygısız, küfürlü veya hakaret içeren ifadelerde bulunan kişilere yaptırım uygulanması kabul edilmiştir.¹⁶¹

Alınan orantısız ve şiddetli önlemlerin de etkisiyle aslında olduğundan daha yoğun olarak algılanan ve “kızıl korku” adı da verilen bu korkunun ve alınan önlemlerin muhtemelen en cesaret kırıcı etkisi, ifade özgürlüğü üzerinde görülenidir. Kızıl korku toplumun yaşam biçimi üzerinde ve özgürlükler üzerinde belirleyici

¹⁵⁹ Yasaların dışında, başkanlık kararları ile de alınan önlemler oldukça sıklıdır. Örneğin; dönemin ABD başkanı Wilson tarafından, yasaları ihlal eden veya başka herhangi bir şekilde ihaneti teşvik eden herhangi bir yazılı materyalin posta ile gönderilmesi yasaklanmış, şüpheli görülen materyallerin yerel posta müdürlükleri tarafından merkeze bildirilmesi istenmiştir. David Asp, “Espionage Act of 1917 (1917)”, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1045/espionage-act-of-1917>, Erişim Tarihi: 31.05.2021.

¹⁶⁰ 1917 tarihli Casusluk Yasası’nın tam metni için bkz.: <https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/americas-involvement-world-war-i/espionage>, Erişim Tarihi: 02.06.2021.

¹⁶¹ 1918 tarihli Kışkırtma Yasası metni için bkz.: https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=3903, Erişim Tarihi: 21.09.2021; Bu yasalar ile birlikte, 1902 yılında çıkarılan Anarşi Suçları Yasası ile 1918 tarihli Göç Yasası da bu dönemde sıkça uygulama alanı bulmuştur.

olmuştur. Bu korkunun teşvik ettiği mutlak ideolojik uyumluluğu sağlamak üzere devlet memurları, öğretmen ve akademisyenler için devlete sadakat yemini zorunlu kılınmış, okul ders kitapları “ayıklanarak” Amerikan olmayan unsurlardan arındırılmıştır. Alınan tedbirler ve yaratılan endişe atmosferinin etkileri, parti üyeliği davranışında da açıkça görülmektedir. 1920 yılında Komünist Parti’nin üye sayısı yaklaşık yetmiş binden on altı bine kadar düşmüştür. 1927 yılına gelindiğinde Parti’nin üye sayısı sekiz bindir.¹⁶²

Toplumdaki korkuya ek olarak, düzen bozucu fikirlerin toplumdan ayıklanması çabasında federal devlet ile birlikte federe devletlerin ve başsavcılığın adeta öfke yarışına girmesi, çıkarılan yasaların ve yaptırımların ağırlığını artırmıştır.¹⁶³ Sonuç olarak temel hak ve özgürlüklerin tümünden gerilemesine sebep olan bu tutum, bazen kamuoyunda baskın olan fikirlerle ters düşmek pahasına da olsa, makullüğü elden bırakmadan temel özgürlüklerin koruyucusu olması beklenen mahkemelerin kararlarına da yansımıştır.¹⁶⁴

Birinci Dünya Savaşı döneminde, özellikle komünist, anarşist, devrimci fikirleri ileri sürenler hakkında çok sayıda dava açılmıştır. Bu fikirleri savunmak için çıkarılan gazeteler, manifestolar, yazılar ve hatta kişilerin kendi imkanları ile çoğaltıp dağıttıkları el ilanları dahi meşru hükümeti devirmeye teşebbüs etmek, ülkede anarşi yaratmak, komplo kurmak, casusluk gibi suçlamalarla karşılaşmıştır.¹⁶⁵ Yapılan yargılamalar incelendiğinde, yasalar tarafından konulan yasaklayıcı hükümlerin oldukça geniş yorumlandığı, yasaların agresif şekilde uygulandığı görülmektedir.

Savaşın etkilerinin devam ettiği bir ortamda açılan davaların bir kısmı, karara bağlanmak üzere Yüksek Mahkeme önüne taşınmıştır. Mahkeme, kararlarında ifade

¹⁶² Murray, s. 269-277.

¹⁶³ Amerikan Başsavcısı A. Mitchell Palmer’in görev yaptığı 1919-1920 yıllarında çok sayıda komünizm yanlısı yabancı gözaltına alınarak Sovyetler Birliği’ne sınır dışı edilmiştir. Bolşevik Devrimi’nin yıl dönümünde gerçekleşen ve başsavcının ismiyle anılan “Palmer Baskınları” ile bir günde 30’dan fazla eyalette üç binden fazla kişi için yakalama kararı çıkartılmış, yaklaşık on bin kişi gözaltına alınmış, bazı kişiler sadece yabancı aksanlarından dolayı şüpheli görülmüştür. Başsavcının, 1 Mayıs 1920’de Amerika’da devrim yapılacağı fikrine dayanan baskınlar, 1 Mayıs günü herhangi bir olayın gerçekleşmemesi üzerine son bulmuş, bu durum başsavcının şöhreti ile birlikte kızıl korku fikrini de zayıflatmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Gregory Dehler, “Palmer Raids”, Britannica Ansiklopedisi, 5 Mayıs 2020, <https://www.britannica.com/topic/Palmer-Raids>, Erişim Tarihi: 27.01.2022; Murray, s. 210 vd.; Christopher M. Finan, **From the Palmer Raids to the Patriot Act: A History of the Fight for Free Speech in America**, Boston: Beacon Press, 2007, s. 3 vd.

¹⁶⁴ Murray, s. 224.

¹⁶⁵ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925); Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

özgürlüğünün varlığı ve anayasa ile korunduğunu saptamakla birlikte, ifade özgürlüğünün sanıklara nasıl ve ne kadar uygulanması gerektiği konusunda, sıkça değişen kriterler uygulamıştır. Uygulanan kriterler, “belirli görüşteki kişiler” için ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına hizmet etmiş; ifade özgürlüğünün “devlete zarar veren” fikirlere sahip kişiler için tanınmasına genel olarak sıcak bakılmamıştır. Sanıkların mahkeme önünde ileri sürdükleri ifade özgürlüğü tezleri çoğunlukla kabul görmemiş, verilen kararlarda devleti koruma eğilimi ağır basmıştır.

b. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, Birinci Dünya Savaşı sonrası çıkarılan yasalara dayanarak açılan davalara kadar, ifade özgürlüğü sorunlarını sıklıkla ve derinlemesine ele alan bir mahkeme değildir.¹⁶⁶ Mahkeme, federe devletlerin yetki alanında kaldığına inanarak ifade özgürlüğü sorunları ile ilgilenmemiş, sınırlı sayıdaki başvuruda da ifade özgürlüğü ile ilgili bir sorun görmemiştir.¹⁶⁷

Birinci Dünya Savaşı sonrası ise, Yüksek Mahkeme kararlarında yeni bakış açıları sunulmuş olsa da mahkeme genel olarak ifade özgürlüğü üzerinde kurulan baskıyı tartışmamış, hükümetin ifadeyi sınırlama yetkisine ve muhalif konuşmaları cezalandırma yetkisine işaret ederek ifade özgürlüğü savlarını reddetmiştir.¹⁶⁸ Kararlarda çoğunlukla, sanıkların dava konusu edilen ifadelerine odaklanılmış ve bu ifadelerin yarattığı tehlike değerlendirilmiştir. Genel olarak kararlarda iki ifade özgürlüğü doktrininin öne çıktığı bu dönemde ağırlıklı olarak, ceza hukukundan anayasa hukukuna kazandırılan açık ve mevcut tehlike doktrini ile kötü eğilim doktrini uygulama alanı bulmuştur.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Yassky, s. 1717-1718.

¹⁶⁷ Elizabeth Zoller, “The United States Supreme Court and the Freedom of Expression”, **Indiana Law Journal**, Vol. 84, 2007, s. 888.

¹⁶⁸ Yassky, s. 1718.

¹⁶⁹ Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz.: Şule Özsoy, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBB Dergisi**, Sayı 56, 2005.; Elizabeth Zoller, “The United States Supreme Court and the Freedom of Expression”, **Indiana Law Journal**, Vol. 84, 2007; Geoffrey R. Stone, “The Origins of the “Bad Tendency” Test: Free Speech in Wartime”, **The Supreme Court Review**, 2002.

İlk kez 1919 yılında karara bağlanan Schenk v. Birleşik Devletler¹⁷⁰ davası ile ortaya atılan açık ve mevcut tehlike doktrinine göre; bir kişi tarafından dile getirilen ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığının anlaşılması için ifadelerin, Kongre'nin önleme hakkı bulunan önemli zararlara yol açacak açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılması gerekir. Açık ve mevcut bir tehlike yaratan ifadelerin sınırlandırılması, hukuka aykırılık oluşturmamaktadır.

Mahkeme adına kararı kaleme alan Yargıç Holmes, ifadelerin doğurabileceği tehlikenin içinde bulunulan ortamda açık ve mevcut olması durumunda ifade özgürlüğü kapsamında kalmayacağını ifade etmiştir. Buna göre, normal şartlarda özgürlükler kapsamında olan ifadelerin, savaş devam ettiğinden, açık ve mevcut tehlike doğurduğu kabul edilmelidir.

Davada, Casusluk Yasası'nı ihlal etmekle suçlanan sosyalist parti genel sekreteri sanık, diğer sanıklarla birlikte bastırıp dağıttığı, askere alımları eleştiren on beş bin el ilanı¹⁷¹ sebebiyle itaatsizliğe neden olma, askere alım faaliyetlerini engelleme, komplo kurma, yasalara aykırı materyalleri posta ile gönderme suçlarından yargılanmış ve suçlu bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, ifadelerin dile getirildiği ortam, bir savaş ortamı olduğundan, sanığın ifade ettiği gibi, savaş aleyhtarı ve savaşın yürütülmesini engelleyici hareketlere teşvik etmek, Kongre'nin önlemesi gereken açık ve mevcut bir tehlike doğurmaktadır. Mahkeme, sanığın ifadelerini kalabalık bir tiyatro salonunda “yangın var!” diye bağırarak panik yaratmaya benzetmiştir. Böyle bir ortamda, “yangın var!” sözünün yaratacağı panik ve dolayısıyla tehlike, açık ve mevcuttur.

¹⁷⁰ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁷¹ “Sanık tarafından dağıtılan el ilanı; askere alınma ile hüküm giyme arasında çok büyük bir fark olmadığını, askere almanın despotluğun en kötü hali olduğunu ve Wall Street'teki seçilmiş bir grup insanın çıkarı için yapılan büyük bir yanlışlık olduğunu ifade etmektedir. Metinde “gözdağı verenlere teslim olunmaması” istenmekte ve en azından şekil olarak kanunun değiştirilmesi için dilekçe vermek gibi barışçı yöntemlere başvurulması teşvik edilmektedir. Broşürün daha sonradan basılan arka yüzünde “Haklarınız konusunda ısrarlı olun” yazılmaktaydı. Metinde askerlik hizmetine karşı itirazını dile getirip haklarını talep etmeyen herkesin Anayasaya karşı geldiği iddia edilmekte ve hakların talep edilmesini desteklemeyen herkesin hakların sınırlandırılmasına rıza gösterdiği ve bunun aksinin ise her Amerikan vatandaşının hakkı olduğu belirtilmekteydi. Metinde diğer taraflı düşüncelerin sahtekâr politikacıların ve bunların paralı askerlerinin söylemi olduğu ifade edilmekte ve askere alınmaya karşı sessiz kalınmasının bile tamamen bir ihlâl olduğu söylenmekteydi. Metinde vatandaşlarımızın yabancı kıyılara gönderilerek diğer ülkelerin insanlarını öldürmeye zorlanmaları yetkisi reddedilmekte, dahası bu tip bir zalimliği tanımlayacak sözcük bulunamayacağı belirtilmekteydi.” “Schenck v. United States (1919)”, Çev. Bora Balcı, in: Der. Zühtü Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 3.

Yine 1919 yılında karara bağlanan *Abrams v. Birleşik Devletler* davası¹⁷², dağıtılan el ilanlarının açık ve mevcut tehlike yarattığı gerekçesiyle ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakıldığı kararlardan biridir. İfade özgürlüğü içtihadı bakımından bir diğer önemli yönü açık ve mevcut tehlike testine yeni kriter eklenmesi önerisidir. ABD’de yaşayan beş Rus sanığın özellikle mühimmat fabrikasında çalışan işçileri greve ve Rus devrimine destek vermeye çağırdığı, anonim olarak yazılmış beş bin el ilanı Casusluk Yasası’na aykırı bulunmuş, sanıklara yirmi yıl hapis cezası verilmiştir. Mahkeme, *Schenck* davasında yargıç Holmes’un ortaya koyduğu açık ve mevcut tehlike testini uygulayarak dağıtılan el ilanlarının amacının ülkede hoşnutsuzluk yaratmak, ayaklanma ve isyan çıkarmak, devleti küçük düşürmek ve devletin planlarını bozmaya teşebbüs etmek, ülkeyi itibarsızlaştırmak, mühimmat üretimini azaltmak olduğunu belirterek sanıkların ifade özgürlüğü savunmalarını reddetmiştir.

Yargıç Holmes bu kararda karşı oy yazarak “saçma sapan” olarak nitelediği el ilanları dolayısıyla kişilerin cezalandırılmasının hukuki olmadığını belirterek, açık ve mevcut tehlikenin aynı zamanda “yakın” bir tehlike olması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıç Holmes’un, piyasa rekabetindeki görünmez el kuramının ifade özgürlüğü alanında uygulanmasını savunan bu görüşüne göre, hakikat düşünce ve ifadelerin serbest rekabetinden doğar. Serbest piyasada nasıl iyi mal kötü malı kovuyor ve denge bu şekilde sağlanıyorsa, aynı durum pekâlâ ifadelerin yarışması bakımından da geçerli olabilir. Yargıç Holmes’e göre komünist fikirlerin toplumun görüşlerini belirlemek bakımından bir şansı yoktur ve zaten toplumda elenecek olan bu fikir bir zaman sonra ortadan kaybolacaktır.¹⁷³

Yargıç Holmes’un değişen ve ifade özgürlüğüne nispeten alan açan yaklaşımına karşın mahkeme, güvenlik ve devleti koruma endişesi ile bazı kararlarda mahkemenin önceden beri uyguladığı kötü eğilim testi üzerinden değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Kötü eğilim testine göre önemli olan, ifadelerin, engellenmeye çalışılan zarara, çok zayıf da olsa, katkı sağlayıp sağlamadığıdır.¹⁷⁴ Bu teste göre iyi etki doğurma eğilimindeki konuşmalar anayasal güvence altındayken; anayasal, toplumsal

¹⁷² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁷³ Tolga Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 1**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020, s. 66-67.

¹⁷⁴ Şule Özsoy, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, s. 36.

düzeni, ahlakı tehdit etme gibi kötü etki doğurmaya eğilimli konuşmalar sınırlanabilmektedir.¹⁷⁵

1925 yılında ele alınan *Gitlow v. New York* ¹⁷⁶ kararında da uygulanan teste göre, dava konusu ifadenin hukuka uygunluğunun değerlendirmesinde, konuşmanın sebep olabileceği zarar ihtimalinin ne kadar mümkün olduğu ya da bu zararın yakın bir tehlike mi arz ettiği soruları bir kenara bırakılarak konuşmacının ifadelerine odaklanılmıştır.¹⁷⁷ Sosyalizmi savunan on altı bin yazılı materyali yayınladığı için Anarşi Suçları Yasası uyarınca sanığın cezalandırılmasına yönelik davada mahkeme, devletin cezalandırma yetkisini ön plana çıkararak anayasal düzene karşı bir fikre çağıran ifadelerin bizatihi taşıdığı kötülük sebebiyle cezalandırılmasını anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkemeye göre, sanığın ifadelerinin taşıdığı kötülük eğilimi ve muhtemel etkisi yasama organının önlemeye yetkili olduğu bir zarar olduğundan, ifadelerin anayasal koruma dışında bırakılması hukuka uygundur.

Mahkemenin değerlendirmesinde sanıkların ifadelerinin normal bir zamanda ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceği belirtilmişse de terazinin diğer kefesine ülkenin içerisinde bulunduğu savaş ortamı konularak değerlendirme yapılmıştır. Sanıklar tarafından dile getirilen ifadelerin/görüşlerin toplumda ne kadar karşılık bulabileceği, ifadelerin soyut nitelikte oluşu göz ardı edilmiştir.

Kötü eğilim testi, sivil toplum örgütlerinin ve siyasi partilerin faaliyetleri dolayısıyla açılan ceza davalarında da uygulanmıştır. Bir sanığın Komünist İşçi Partisi'ni kurarak sendikalara ve sendikal faaliyetlere ilişkin bilgi vermesi sebebiyle yargılandığı davada mahkeme, bir kişinin aktif olarak katıldığı organizasyonun faaliyetlerinin kamu refahını, barış ortamını tehlikeye atmak, hükümeti tehlikeye atmak gibi kötü eğilimlere katkıda bulunması halinde, kişinin cezalandırılabileceğine hükmetmiştir.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü s. 35.

¹⁷⁶ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

¹⁷⁷ Şirin, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2, s. 110.

¹⁷⁸ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Konumuzla ilgisi bakımından kararda Yargıç Brendais’in yazdığı karşı oy’a ayrıca değinilmelidir. Yargıcın kaleme aldığı karşı oy, ifade özgürlüğü tarihinde önem arz eden bir metin olmakla birlikte, ifadeleri yaptırımlarla karşılaşmanın zararlarına, kişilerin cezalandırma tehdidi altında tutulmasının sonuçlarına değinmesi dolayısıyla caydırıcı etki doktrininin temel fikri ile paralel bir bakış sunmaktadır: “Bağımsızlığımızı kazananlar, devletin nihai amacının yetilerini geliştirmek konusunda insanları özgür kılmak ve devlet yönetiminde aklın gücünün keyfiliğe üstün gelmesi olduğuna inandılar. Özgürlüğe hem araç hem de amaç olarak değer verdiler.

Siyasi ifadeler ve faaliyetler bakımından kötü eğilim testinin uygulaması Debs v. Birleşik Devletler¹⁷⁹ davasında karşımıza çıkmaktadır. Ülkede oldukça tanınan, başkan adayı sosyalist siyasetçi, yaptığı savaş karşıtı konuşmanın kötü eğilim yarattığının kabul edilmesi sebebiyle Kışkırtma Yasası'na aykırılıktan on yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır.¹⁸⁰ Mahkemeye göre sanığın yaptığı savaş karşıtı konuşma, askere alımları engelleme niyetinde, kötü eğilime hizmet edecek bir konuşmadır. Bu sebeple sanığın cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu dönemde Yüksek Mahkeme, devam eden savaş ortamını ve kızıl korkuyu da göz önüne alarak, düzen karşıtı olarak görülen ifadelerin cezalandırılmasında hukuki bir sorun görmemiştir. İfade özgürlüğü oldukça dar yorumlanarak, ifade özgürlüğü sadece devlet politikaları ile uyumlu görüşler için sağlanmıştır. Mahkeme'nin yaklaşımı bugünden bakıldığında hak ve özgürlükleri korumak temelinde olmaktan ziyade, devlet organlarının “düşman” fikirlerle mücadelesinde devleti koruma tarafında yer almakla eleştirilebilir. Caydırıcı etki doktrininin ortaya çıkış süreci bakımından bakıldığında ise, mahkemenin yaklaşımının “haklı/haksız” olmasından çok yarattığı neden sonuç ilişkisi önemlidir. Mahkemenin, kamu otoritesinin ifade özgürlüğü ile ilişkisinde neredeyse tamamıyla kamu otoritesi lehine sonuca varması,

Özgürlüğün, mutluluğun; cesaretin de özgürlüğün temeli olduğuna inandılar. İsteddiği gibi düşünmenin ve konuşmanın hakikatin ortaya çıkarılmasında ve yayılmasında gerekli olduğuna, ifade ve toplanma özgürlükleri olmaksızın tartışmaların beyhude bir uğraş olduğuna, özgürlüklerin varlığının zararlı fikirlerden korumak için yeterli bir koruma sağladığına, özgürlüklere karşı en büyük tehdidin hareketsizleşmiş bir halk olduğuna, kamusal tartışmanın siyasi bir görev olduğuna ve bunun Amerikan hükümetinin esas prensibi olması gerektiğine inandılar.

(...) [Onlar] düzenin yalnızca cezalandırılma korkusuyla sağlanamayacağını, düşüncüyü, umudu ve hayalleri caydırmanın tehlikeli olduğunu, korkunun baskıyı doğurduğunu, baskının nefreti beslediğini ve asıl, nefretin hükümet için tehdit oluşturacağını, güvenliğin yolunun şikayetleri ve çözüm önerilerini özgürce tartışmaktan geçtiği biliyorlardı.

Kamusal tartışma yoluyla sağlanan aklın gücüne inanarak yasanın zorladığı sessizlikten kaçındılar. (...) İnsanlar, cadılardan korktu ve kadınları yaktı. İnsanları, mantıksız korkuların esaretinden kurtarmak ifadenin işlevidir. Cesaretli, kendine güvenen, halka dayalı hükümet mekanizmaları yolu ile uygulamaya konan özgür ve korkusuz aklın gücüne güven duyan insanlar için, ifade özgürlüğünden kaynaklanan açık ve mevcut hiçbir tehlike yoktur.”

¹⁷⁹ Debs v. United States, 249 US 211 (1919). Karar, açık ve mevcut tehlike testinin ortaya atıldığı Schenk davasından yalnızca bir hafta sonra karara bağlanmasına ve aynı hâkim tarafından kaleme alınmasına rağmen, davada kötü eğilim testinin uygulanması, Mahkeme'nin tutarsız ifade özgürlüğü doktrini uygulamalarına örnek gösterilebilir. Debs davasında, bir hafta önce Schenk davasında ortaya konan açık ve mevcut tehlike doktrini yerine kötü eğilim testinin uygulanmasına yönelik eleştiri için bkz.: Forrest Revere Black, “Debs. The United States: A Judicial Milepost to the Road to Absolutism”, **The University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 81, No. 2, 1932.

¹⁸⁰ Konuşmanın tam metni için bkz.: <https://history.hanover.edu/courses/excerpts/111debs.html>, Erişim Tarihi: 13.02.2022.

ifadeleri sebebiyle kişilerin cezalandırılması uygulamasında hiçbir yönden fren görevi görmemesi, ilerleyen süreçte ifade özgürlüğü başta olmak üzere hak ve özgürlüklerin daha fazla baskı altına alınmasına yol açmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında “düzen karşıtları” için uygulanan yaptırımlar, zamanla daha fazla kişiyi, meslek grubunu ve toplumun genelini etkiler hale gelmiştir.

2. İkinci Dünya Savaşı Döneminde Siyasi Atmosfer ve Yüksek Mahkeme’nin İfade Özgürlüğü Yaklaşımı

İkinci Dünya Savaşı’nda Sovyetler Birliği’nin önemli bir askeri güç olduğunun görülmesi, Doğu Avrupa’da çok sayıda ülkenin Sovyetler Birliği tarafından işgal edilmesi Amerika’da kızıl korkuyu tekrar uyandırmıştır.¹⁸¹ Savaş sonrası iki ülke arasındaki başlayan soğuk savaş dönemi, genel olarak hak ve özgürlükler anlayışında olduğu gibi, ifade özgürlüğünün gelişim seyri bakımından da oldukça belirleyici olmuştur.

a. Dönemin Siyasi Atmosferi: İkinci Kızıl Korku ve McCarthycilik

İlk dünya savaşı döneminde olduğundan çok daha güçlü şekilde hissedilen kızıl korku, yönetimde etkili konumlarda bulunan komünist casusların, Amerikan politikalarını Sovyetler Birliği lehine yönlendirdiği iddialarından kaynaklanmaktaydı.¹⁸² Bu sebeple özellikle 1940’lı yılların başından itibaren iç güvenlik endişesiyle önlemler almaya girişilmiş, komünist propaganda ve komünist parti örgütlenmeleri, hükümeti kasten, güç kullanmak suretiyle devirmeyi telkin ettikleri gerekçesiyle yasaklanmıştır.¹⁸³

¹⁸¹ Jonathan Michaels, **McCarthyism: The Realities, Delusions and Politics Behind the 1950s Red Scare**, New York: Routledge, 2017, s. 42.

¹⁸² Landon R.Y. Storrs, **The Second Red Scare and the Unmaking of the New Deal Left**, New Jersey: Princeton University Press, 2013, s. 2.

¹⁸³ Tolga Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 2**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021, s. 103.

i. İkinci Kızıl Korku ve Alınan Önlemler

İkinci kez yayılan kızıl korku, Birinci Dünya Savaşı döneminde yayılandan farklıdır. Ülkenin komünist fikirlerin etkisi altında kalacağı ve bu düzen karşısı fikirler engellenmezse nihayetinde, ülkede kurulu düzenin yıkılma tehlikesiyle karşılaşacağı düşüncesine dayanan kızıl korku fikri bu kez toplumda önemli ölçüde yaygınlık kazanmıştır. Korkunun nasıl bir güç olduğunu, ülke yönetiminde ve hakların sınırlandırılmasında ne kadar etkili şekilde kullanılabileceğini “keşfeden” bazı siyasiler, televizyonun yaygınlaşmasından da yararlanarak¹⁸⁴ tehlikeyi olduğundan çok daha büyük göstermiş, korkuyu köpürtmüştür.

Arslan’ın “politik paranoya” olarak nitelediği bu dönemde toplum içinde dost-düşman ayrışması kesinleştirilmiş, düşmanın gücü olduğundan fazla gösterilerek korku politikalarına meşruiyet kazandırılmak istenmiştir. Böylece sadece devletin karar alma mekanizmaları değil, toplumun hemen her kesimi korkunun ve onun arkasındaki tehdidin esiri haline gelmiştir.¹⁸⁵

Caydırıcı etki, işte bu dönemde verilen kararlarda değerlendirilmeye başlanmıştır. Birinci Dünya Savaşı döneminde belirli sayıda kişiyi etkileyen ve gelişmelerden nispeten daha az kişinin haberdar olduğu baskı ortamı, mahkeme kararları bakımından da bir engelle karşılaşmamıştır. Soğuk savaş döneminde ise mağdur sayısı ilk dönemle kıyaslanamayacak kadar artmış, “gelişmeler” yeni medya kanallarıyla daha çok insana ulaştırılmıştır.¹⁸⁶

Devletin meşru olarak kabul ettiği görüşleri paylaşmayan kişilerin “başına ne geldiği” medyanın her günkü konusunu teşkil etmiştir. Bu durum korkuyu artırmış, korku toplumda ayrışmanın ve güvensizliğin artmasına sebep olmuştur. Mahkeme, bu dönemde verdiği kararlarda caydırıcı etki kavramını geliştirerek, sadece mağdur üzerinde değil, toplumun geneli üzerinde oluşturulan etkiye dikkat çekmiştir.

¹⁸⁴ Edwin R. Bayley, **Joe McCarthy and the Press**, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1981, s. 176.

¹⁸⁵ Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 20.

¹⁸⁶ Thomas Doherty, **Cold War, Cool Medium: Television, McCarthyism, and American Culture**, New York: Columbia University Press, 2003, s. 132.

Kızıl korkunun daha güçlü şekilde hissedildiği bu dönemde, ülke yönetimini ele geçirmeyi, hükümeti devirmeyi amaçladıkları iddia edilen kişileri tespit etmek, cezalandırmak, sindirmek, ülke yönetiminden, ülke yönetimine etki edebilecek herhangi makamdan ve hatta kamu görevlerinden uzaklaştırmaya çalışmak ana hedef haline gelmiştir.¹⁸⁷ Bu amaçla, açılan soruşturmalar başta olmak üzere alınan diğer tüm tedbirlerle halihazırda komünist olan, hayatının bir döneminde komünist olan, komünist olduğundan şüphelenilen veya bilmeden, düzen karşıtı olarak ilan edilen dernek ve organizasyonlara üye olan pek çok insan işten atılmıştır.¹⁸⁸ 1939 yılında devlete sadakati zorunlu kılmak üzere devlet memurları hakkında çıkarılan Hatch Yasası ile devlet memurlarının tüm hareketleri, potansiyel bağlantıları Federal Soruşturma Bürosu (FBI) tarafından yakından izlenmiştir.¹⁸⁹

Devlete sızdıkları iddia edilen casuslarla mücadele edebilmek için 1940'lı yılların başlarında kurulan ve 1947 yılında resmi hale getirilen Federal Memur Sadakat Programı, kamu görevinde halihazırda bulunan kişilerin ve kamu görevlerine kabul edilecek kişilerin görüşlerinin, dernek üyeliklerinin, özel hayatlarının tümüyle araştırılmasını amaçlamaktadır. Programda, belirsiz ve değişken “sadakat standartları”na göre inceleme yapılmıştır. Federal Memur Sadakat Programı’nın icrai kurulu olan Sadakat Kurulu’nun başlattığı soruşturma süreçleri şüphelilerden tamamen gizli yürütülmüştür. Yargılamalar sonucunda kurulan hükümlerde, soruşturmalarda görev alan FBI muhbirlerinin ifadelerine dayanılmış, hakkında soruşturma yapılan kişilere bu muhbirlerle yüzleşme imkânı sunulmamıştır. Tüm bu adımlar, ülkede genel olarak özgürlüklerin özellikle de ifade ve toplanma özgürlüklerinin keyfi olarak kısıtlandığı bir atmosfer oluşturmuştur.¹⁹⁰

Federal Sadakat Programı dışında, Amerika Birleşik Devletleri’nde komünizm tehlikesini bertaraf edebilmek için kurulan bir diğer komite Temsilciler Meclisi’nde oluşturulan Amerikan Karşıtı Faaliyetleri İzleme Komitesi (*House Un-American Activities Committee- HUAC*)’dir. Komite, kamu görevlilerini, organizasyonları ve genel olarak herkesi soruşturabilecek şekilde yetkilendirilmiştir. Komite’nin tek

¹⁸⁷ Ray Feldman, **Manufacturing Hysteria: A History of Scapegoating, Surveillance, and Secrecy in Modern America**, New York: Pantheon Books, 2011, s. 241.

¹⁸⁸ Storrs, s. 1.

¹⁸⁹ Alan D. Harper, **The Politics of Loyalty: The White House and the Communist Issue 1946-1952**, Connecticut: Greenwood Publishing Corporation, 1969, s. 14.

¹⁹⁰ Landon R.Y. Storrs, s. 4.

amacı, görüşleri sebebiyle özgür Amerika için tehlike teşkil eden “kıızıl”ların teşhir edilmesidir. Komite’nin duruşma açarak aldığı ifadelerde susma hakkının kullanılması suçluluğa karine sayılmış, susma hakkını kullanan kişi mahkemeye saygısızlık suçundan cezalandırılmıştır.¹⁹¹ Düzen karşıtı ilan edilen organizasyonlar ile halen bir bağı olan, daha önceki bir dönemde bağı olan, komünizmle bağı olduğundan şüphelenilen veya komünizmle bağı olanlarla bağı olduğundan şüphelenilen pek çok kişi hakkında soruşturma açılmıştır.¹⁹²

Devlete sızan casusları temizleme faaliyeti özel sektöre hatta Amerikan sinema sektörüne kadar uzanmıştır. Komünist Parti etkisinde kaldığı iddia edilen ve Amerikan Karşıtı Faaliyetleri İzleme Komitesi tarafından yargılanan yaklaşık 300 oyuncu, senarist ve sinema çalışanının ismi kara listeye alınmış ve sinema sektöründe çalışmaları yasaklanmıştır.¹⁹³

1940 yılında çıkarılan Smith Yasası ile hükümeti devirmeyi amaçlayan fikirlerin savunulması, bu fikirlerin yazıya dökülmesi, basılması, yayılması, satılması ve başka herhangi bir şekilde kamuya sunulması yasaklanmıştır. Yine bu fikri savunanların herhangi bir formda bir araya gelmesi, bir araya gelinmesine yardımcı olması suç olarak düzenlenmiş para ve hapis cezası öngörülmüştür.¹⁹⁴

ii. McCarthycilik

Bahsettiğimiz bu zaman aralığında en önemli siyasi figürlerden biri hiç kuşkusuz Wisconsin Eyaleti Senatörü Joseph McCarthy’dır. Kıızıl korkunun yayılmasında McCarthy’nin etkisi büyüktür. İleriki yıllarda kendi adıyla anılacak bu dönemde McCarthy, “komünistlerin devlete sızmasını” engellemek amacıyla pek çok kişi hakkında asılsız suçlamalarda bulunarak siyasi gücünü artırmıştır.¹⁹⁵

¹⁹¹ Jonathan Michaels, **McCarthyism: The Realities, Delusions and Politics Behind the 1950s Red Scare**, New York: Routledge, 2017, s. 24.

¹⁹² Harry S. Truman Presidential Library, <https://www.trumanlibrary.gov/education/presidential-inquiries/house-un-american-activities-committee>, Erişim Tarihi: 10.07.2021.

¹⁹³ David Schultz, “House Un-American Activities Committee” <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/815/house-un-american-activities-committee>, Erişim Tarihi: 13.07.2021; Feldman, s. 201.

¹⁹⁴ 54 Stat. 670, 1940 tarihli Smith Kanunu’nun tam metni için bkz.: http://homepages.gac.edu/~arosenh/395/Smith_Act_of_1940.pdf, Erişim Tarihi: 16.10.2021.

¹⁹⁵ Paul J. Achter, “McCarthyism”, <https://www.britannica.com/topic/McCarthyism>, Erişim Tarihi: 15.06.2021.

Senatör McCarthy'nin bu dönemde komünizm karşıtlığı kampanyalarına başlaması ve devlete sızan casusların devlete ait özel bilgileri sızdırdığı iddialarını ortaya atması, başlatılan bu “cadı avı” sürecini körüklemiştir. Haklarında suçlamalarda bulunulan veya şaibe yaratılan kişiler kara listeye eklenmiştir.¹⁹⁶ Yaftalamalar, görevden uzaklaştırmalar ve yargılamalar zamanla çok daha fazla sayıda insanı etkiler hale gelmiştir. Yaratılan korkunun büyümesi ve giderek kurumsallaşmasıyla, herhangi bir şüphe duyulan kişiler dahi yaptırımla karşılaşmıştır.¹⁹⁷

Bu suçlamaların bir örneği, Senatörün 1950 yılında yaptığı bir konuşmada bahsettiği, Dış İşleri Bakanlığı'nda çalışan ve devletin politikalarını belirleyen mevkilerde görev alan iki yüz beş komünist olduğu iddiasıdır. İddia günlerce medyada tartışılmış, iddiaları araştırmak üzere meclis komisyonu kurulmuştur. McCarthy ilerleyen zamanda yaptığı konuşmalarında iki yüz beş komünist ifadesini iki yüz beş güvenlik riski taşıyan kişi olarak değiştirmiş; daha sonra bu ifadelerini de elli yedi Komünist Parti üyesi olarak değiştirmiştir. Dış İşleri Bakanlığı, Senatörden isimleri açıklamasını istemişse de talep yanıtızsız kalmıştır. “57 Reds Hiding In State Dept., Senator Says”, The Pittsburgh Press, Volume 66, No: 229, 11.02.1950, s. 1, <https://news.google.com/newspapers?nid=1144&dat=19500211&id=clwbAAAAIABAJ&sjid=S00EAA-AABAJ&pg=1386,3885095>, Erişim Tarihi: 10.7.2021.

Senatör, konuyla ilgili Meclis Komisyonunda, iddialıyla ilgili kendisine soru yönelten senatörlerin kendilerini küçük düşürdüklerini ifade etmiş ve “aptalca” olarak nitelediği sorulara cevap vermemiştir. Bu yöntem McCarthy tarafından pek çok kez uygulanmıştır. 1953 tarihli bir gazete yazısı, Senatör McCarthy'nin tekrar ettiği; insanlar hakkında asılsız ve sansasyonel iddialarda bulunmak, bu iddiaları sürekli olarak tekrar etmek ve kendisini eleştirenleri hafife/alaya alarak sorulara cevap vermekten kaçınmak şeklindeki yöntemi, “McCarthyizm'in Mekanığı” olarak tarif etmiştir. Yazıya göre, basit cevapların ve birini günah keçisi ilan etmenin en kabul edilebilir olduğu yıllarda topluma her ikisini de sağlayan McCarthy, popülerliğini günden güne artırmıştır. “Man of Extravagance Senator McCarthy and His Accusations”, The Age, No: 30.593, 20.05.1953, s. 2. <https://news.google.com/newspapers?nid=1300&dat=19530520&id=5bQUAAAAIABAJ&sjid=TMMDAAAAIABAJ&pg=7018,2228857>, Erişim Tarihi: 01.07.2021

¹⁹⁶ Ellen Schrecker, **Many are the Crimes: MvCarthyism in America**, New York: Little, Brown and Company, 1998, s. 21.

¹⁹⁷ Doherty, s. 127.

Haksız suçlamaların dalga dalga yayılmasına Owen Lattimore yargılaması ve bu yargılamanın etkileri örnek olarak gösterilebilir: Casusların ülkeyi ele geçirdiği propagandasının en güçlü olduğu dönemde Senatör McCarthy çeşitli yerlerde yaptığı konuşmalarda, Johns Hopkins Üniversitesi'nde Sinoloji araştırmaları yürüten Owen Lattimore'un yüksek rütbeli bir Sovyet ajanı olduğunu iddia etmiştir. Meclis komisyonu tarafından hakkında soruşturma başlatılan Lattimore, suçlamaları kesin olarak reddetmiş, yargılama sonucunda varılan hükümle beraat etmiştir. Lattimore, yargılama esnasında doğrudan McCarthy ve yandaşlarına seslenerek bu yargılamaların bir histeri ürünü olduğunu, muhbirliği kendisine meslek edinmiş kişilerin sözlerine dayanılarak yargılama yapıldığını ifade etmiştir. Lattimore hakkında, Senatör McCarthy'nin etkisiyle, ilk karardan yaklaşık bir yıl sonra bu defa da mahkemede yalan ifade vermek suçlamasıyla soruşturma başlatılmıştır. Delil yetersizliğinden bu davadan da beraat eden Lattimore'un bu süreçte kariyeri ve itibarı oldukça zarar görmüştür. Nihayetinde ülkeyi terk etmek zorunda kalan Lattimore, çalışmalarını Birleşik Krallık'ta sürdürmüştür. Joseph McCarthy Charges That Owen Lattimore is a Soviet Spy”, 26.03.1950, <https://www.history.com/this-day-in-history/mccarthy-charges-that-owen-lattimore-is-a-soviet-spy>, Erişim Tarihi: 15.07.2021.

Haksız suçlamaların ve görevden uzaklaştırmaların bu dava bakımından bir diğer dalgası, Dış İşleri Bakanlığı çalışanı Francis Carpenter ile ilgilidir. Dış İşleri Bakanlığı'nda görev yapan ve aynı zamanda Stanford Üniversitesi'nde Sinoloji alanında tez yazan Francis Carpenter, tez sürecinde danışmanlığını yürüten hocalarının görüşleri nedeniyle Dış İşleri Bakanlığı'ndaki görevinden atılmıştır. Tez danışmanlarının suçlandığı konu tek konu, Senatör McCarthy'nin bir konuşmasında adını geçirerek casuslukla suçladığı meslektaşları Owen Lattimore'a destek vermeleridir. Hocalarının, meslektaşlarına destek vermeleri sebebiyle şüpheli görülen Carpenter, arafta kalan bir yıl ve yalan makinesinin de dahil

Halkın desteğini arkasına aldığına inanan Senatör McCarthy, asılsız suçlamalarla itibar sahibi pek çok insan hakkında karalama kampanyası başlatmıştır. Devlet yetkilileri, deniz aşırı yayın hizmetindeki dilbilimciler, mühendisler, hukukçular, akademisyenler, gazeteciler, sendika lider ve üyeleri, işçiler, sanatçılar, askerler, itfaiye görevlileri, yerel toplu konut yetkilileri, kapıcılar, güreşçiler gibi her meslekten insan suçlamalarla karşılaşmış, işinden atılmış, kendilerinden devlete sadakatlerini ispat etmeleri istenmiştir. Üniversitelerin siyasi faaliyetleri yakından izlenmiştir. İşçi sendikaları, komünizme duydukları sempati veya düşmanlığa göre makbul görülmüş ya da yaptırımlarla karşılaşmıştır. Sıradan insanlar, günlük yaşamlarını devam ettirebilmek ve herhangi bir yaptırımla karşılaşmamak için siyasi faaliyetlerini çoğunlukla sona erdirmiş, “tehlikeli” konuları konuşmayı kesmiş ve zamanla “görüşlerini kendine saklamayı” öğrenmiştir.¹⁹⁸

Casus oldukları iddia edilen kişilere karşı başlatılan keyfi soruşturmaların, işten çıkarmaların, daha önemsiz görülen kamu görevine atamaların bir yüzü de toplumsal damgalanma ile ilgilidir. Hakkında soruşturma başlatılan veya güvenlik riski doğurduğu iddia edilen kişiler, çoğunlukla, toplumda kendisinden uzak durulması gereken, güvenilmez kişiler olarak görülmeye başlanmıştır. Suç şüphesi altındaki kişiyle en ufak bir temas bile şüpheli görüldüğünden, çevresi tarafından suç işlemediği bilinen kişiler, absürt suçlamalarla karşılaşan kişiler dahi damgalanmış, toplumdan dışlanmıştır.¹⁹⁹ Başlatılan soruşturma/yargılama süreci devam eden pek çok kişiyle, akrabaları, iş arkadaşları, komşuları ve hatta aileleri iletişimi koparmıştır.²⁰⁰

McCarthycilik sadece Joseph McCarthy’nin hayatını, kariyerini ve görüşlerini belirtmekle kalmamış, zamanla daha geniş bir anlam kazanmıştır. McCarthycilik genel anlamda, komünizm tehlikesini bertaraf etmek üzere hareket eden politikacılar, bürokratlar, komünist karşıtı aktivistler, komünist karşıtı organizasyonlar ve medyanın birlikte yarattığı bir dönemi ifade etmektedir. Kızıl korku, pek çok yönden birbirinden

olduğu duruşmalardan sonra işine dönebilmiş, iş yaşamı boyunca dikkatleri üzerine çekmemeye çalışmış ve tezini hiçbir zaman bitirememiştir. Schrecker, s. 277.

¹⁹⁸ Richard M. Fried, **Nightmare in Red: The McCarthy Era in Perspective**, New York: Oxford University Press, 1990, s. 3.

¹⁹⁹ Alex Kingsbury, How The Red Scare Destroyed a Small-Town Teacher, 04.02.2016, <https://www.bostonglobe.com/magazine/2016/02/04/how-red-scare-destroyed-small-town-teacher/OyzaMTsxMsx54liP1YX9I/story.html>, Erişim Tarihi: 04.02.2022.

²⁰⁰ Storrs, s. 176-178.

farklı olarak görülen siyasi figürlerin, anti-komünizm amacı ile hareket etmesinden beslenmiştir. McCarthy döneminde meydana gelen siyasi, ekonomik, hukuki baskılar kolektif bir üründür ve ikinci kıvıllı korkuyu ilkinin göre daha baskıcı kılan, içinde barındırdığı bu çeşitliliştir. Birbirinden çok farklı ve birbirlerinden bağımsız çalışıyorlarmış gibi görünen bu unsurlar, eylemleri ile birbirlerini desteklemiştir.²⁰¹

McCarthy Dönemi, savaş atmosferinden doğan korkunun siyasi amaçlar için köpürtülmesi, korkunun nesnesi olan insan grubunun şeytanlaştırılması ve bu yol ile genel anlamda ve tüm toplum üzerinde baskı yaratılması anlamına gelmektedir. Makbul görülmeyen fikirdeki insanların “başına gelenler”, tüm toplum için “ibret-i alem” olmuştur. Yaratılan bu ortamda muhaliflik hainlikle eş değeri tutulmuş, kamusal politik tartışmaların alanı daraltılmıştır.

b. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin Değişen İfade Özgürlüğü Yaklaşımı ve Caydırıcı Etki Doktrini

Korkunun tetiklediği baskı ortamı, anayasa ile korunan ifade özgürlüğü alanını belirsiz hale getirmiştir. Herkesin en basit bağlantısı ve/veya ifadesi sebebiyle suçlanabileceği, görevinden uzaklaştırılabileceği, toplumsal olarak damgalanabileceği bir ortamda, ortalama bir insanın hangi faaliyet ve ifadelerin suç teşkil etmediğini tespit etmesi gerekir hale gelmiştir.

Mahkeme’nin ilk dünya savaşı sonrası devleti koruyan bir yaklaşım geliştirip ifade özgürlüğü argümanlarını kabul etmemesi, İkinci Dünya Savaşı sonrası tekrar yayılan komünizm korkusunu toplum üzerinde baskı aracı olarak kullanmak isteyen kişiler için bir “fırsat” olmuştur. Fakat mahkeme bu dönemden itibaren, ifade özgürlüğüne bakışta iki ileri bir geri tavrını zaman zaman sürdürse de, ifade özgürlüğünü diğer haklar arasında özel bir konumda görmeye başlamış ve ifade özgürlüğünü korumak üzere yeni kriterler geliştirmiştir. Yaşanan değişimde Senatör McCarthy’nin toplum nezdinde itibar kaybetmesinin, komünistlere yönelik baskının azalmasının²⁰² ve insan haklarının uluslararası alanda güç kazanmaya başlamasının etkisi olduğu da bir gerçektir.

²⁰¹ Schrecker, s. 85.

²⁰² Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 25.

“Hakikatin bekçiliği” rolünden sıyrılmaya başlayan mahkemenin bu yeni bakış açısına göre, halkı zararlı düşünce akımlarına, öğretilere karşı korumak devletin ne hakkı ne de görevidir. İfade özgürlüğünün anayasa ile korunmasının amacı, kamu otoritesinin basını, özgür konuşmayı ve dini düzenleyerek kamu aklının koruyuculuğunu üstlenmesini engellemektir. Anayasa koyucular doğruyu yanlıştan ayırmada hiçbir hükümete güvenmediklerinden gerçeğin aranmasında herkes, kendi bekçisidir.²⁰³

i. Mahkemenin Uyguladığı İfade Özgürlüğü Doktrinleri

Mahkemenin ifade özgürlüğü davalarında geliştirdiği açık ve mevcut tehlike doktrini, bu dönemde yeni kriterlerle tekrar düzenlenerek uygulanmaya devam etmiştir. Açık ve mevcut tehlike doktrini zamanla yeni kriterlerin eklendiği, uygulanan bazı kriterlerin terk edildiği sürekli gelişen bir doktrin haline gelmiştir. Özellikle söylemler ile eylemler arasında ayırım yapılması kriteri doktrine eklenmiş, soyut bir düşüncenin ürünü olarak hükümetin kuvvet kullanarak yıkılması propagandası ile bu amacı gerçekleştirmek için harekete geçmek arasında bir ayırım yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Yates v. United States²⁰⁴ kararında uygulandığı haliyle, açık ve mevcut tehlike doktrini bakımından önemli olanın somut fiiller olduğu görüşü kabul edilmiştir. Propaganda içeren bir ifade kışkırtıcı, tahrik edici olsa dahi, bir fiili doğurması mümkün değilse sadece propagandanın açık ve yakın tehlike doğurduğu gerekçesiyle cezalandırılmaması gerekir. Mahkeme, doktrine kazandırdığı bu yeni anlamla, ifade ve toplanma özgürlükleri üzerinde ağır müdahalelere sebep olan Smith Yasası’nı dar yorumlayarak yasanın uygulama alanını sınırlandırmıştır.

Mahkemenin uyguladığı bir başka ifade özgürlüğü doktrini, caydırıcı etki tartışmalarında çok önemli sütunlardan birini oluşturacak aşırı genişlik doktrinidir (*broadness*).²⁰⁵ Yüksek Mahkeme’nin kararlarında belirtildiği üzere, ifade

²⁰³ Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945) (Hâkim Black ve Hâkim Murphy’nin ayrık oyu).

²⁰⁴ Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

²⁰⁵ Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz.: Richard H. Fallon, “Making Sense of Overbreadth”, **Yale Law Journal**, Vol. 100, 1991.

özgürlüğüne nefes alacak bir alan tanınması gerekir.²⁰⁶ İfade özgürlüğünün nefes almasını engelleyecek düzenlemeleri tespit etmek üzere geliştirilen doktrinlerden biri aşırı genişlik doktrini. Mahkeme'nin geliştirdiği aşırı genişlik doktrinine göre, hükümet, anayasal olarak sınırlanması mümkün olan bir hakkı sınırlamak için veya hukuk sisteminde meşru olan bir amacı gerçekleştirmek için, anayasal korumadan yararlanan alana da uzanabilecek aşırı geniş yasal düzenlemeler yapamaz.²⁰⁷

1940 yılında karara bağlanan *Thornhill v. Alabama* davası²⁰⁸, aşırı genişlik doktrininin kaynağıdır. Davaya konu olayda uygulanan mevzuat, herhangi bir kişinin haklı bir sebep olmaksızın, yapılan işe müdahale etmek, yavaşlatmak, engellemek amacıyla bir iş yerinin civarına gitmesi veya iş yeri civarında “oyalanması”nı suç fiili olarak düzenlenmiştir. Başvurucu işçilerin hak talebi sebebiyle iş yeri çevresinde toplanması bu mevzuat uyarınca cezalandırılmıştır. Mahkeme, aşırı geniş lafzıyla hukuken korunan ifade özgürlüğü alanına da müdahale edebilecek nitelikte olan ve sayısız davranış biçimini yasaklayan mevzuatın aşırı geniş olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁹

Caydırıcı etki tartışmalarında oldukça önem taşıyan bir diğer doktrin, pek çok yönüyle aşırı genişlik doktriniyle benzeşen belirsizlik doktrini. Belirsizlik doktrini, içeriği açıkça ifade edilmemiş, sınırları anlaşılır şekilde belirlenmemiş mevzuatın tespit edilmesi amacı ile geliştirilmiştir. Bir yasal düzenlemenin belirsiz olmaması, hakkın etkin kullanımının sağlanması ve keyfi uygulamaların engellenmesi açısından önem taşır. Belirsiz bir yasa, uygulayıcıya, onun yetki alanından çok daha fazlasını devretmek anlamına gelecektir.

Belirsizliğin yaratacağı bir diğer sonuç, kişilerin hukuken korunan özgürlük alanından uzaklaşmasıdır. Yasağın hangi noktada başladığının belirli olmaması, caydırıcı etki yaratarak özgürlüğün tam olarak hayata geçmesini engeller. Kişiler sürekli sınırları belli olmayan bir “yasak alan”a girme korkusu yaşayacaklarından, ifade özgürlüğünün çok daha sınırlı şekilde, adeta “diken üstünde” yaşanması söz konusu olacaktır.²¹⁰ Belirsizlik doktrini, aşırı genişlik doktrini ile birlikte, Birinci ve

²⁰⁶ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

²⁰⁷ Martin H. Redish, "Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine", *Northwestern University Law Review*, 78, no. 5, 1983-1984, s. 1034.

²⁰⁸ *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

²⁰⁹ Aynı yönde, bkz.: *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972).

²¹⁰ *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360, 372 (1964).

İkinci Dünya Savaşı dönemlerinde çıkarılan ifade özgürlüğüne ağır sınırlamalar getiren, kapsamı aşırı geniş, suç fiillerinin belirsiz olduğu yasaların anayasaya uygunluğu ele alınan davalarda uygulanmıştır.

İfade özgürlüğü üzerinde keyfi müdahaleleri tespit etmek için kullanılan her iki doktrin de yasaların ifade özgürlüğü üzerinde yaratacağı caydırıcılığı önlemek için, yasaların iptalini kolaylaştırmak üzere uygulanmıştır. Mahkeme, aşırı genişlik veya muğlaklık içeren yasaların anayasaya aykırılığının öne sürülebilmesi konusunda caydırıcı etki doktrini temelinde usuli kolaylıklar sağlamıştır.²¹¹

Mahkeme, yasanın anayasa ile korunan haklar alanına uzanabilecek şekilde aşırı geniş ve belirsiz olduğu durumlarda yasanın varlığının dahi caydırıcı etki yaratabileceğini ifade etmiştir.²¹² Aşırı geniş veya belirsiz nitelikli yasalar, kişilerin ifade özgürlüklerini kullanmaları konusunda cesaretlerini kıracağından mahkemeye başvuru koşulları esnetilmelidir.²¹³ Çünkü mevcut sisteme göre, bir kişinin, yasanın anayasaya aykırılığının öne sürülebilmesinin tek yolu kişinin önce mağdur olmasıdır.²¹⁴ Mahkemeye göre, bir yasa caydırıcı etki doğuruyorsa pek çok kişi o yasayla düzenlenen fiilden kaçınacaktır. Bu durumda hukuka aykırı mevzuatın çok uzun bir süre hukuk sisteminde varlığını sürdürmesi, hatta, mahkeme önüne hiç taşınmaması söz konusu olabilecektir. Mahkeme, aşırı geniş ve belirsiz olması nedeniyle caydırıcı etki yaratan mevzuata karşı kişilerin adeta “kamu hizmeti” üstlenerek, yasayı mahkeme önüne getirebilmesini mümkün kılmıştır.²¹⁵

²¹¹ David H. Gans, “Strategic Facial Challenges”, **Boston University Law Review**, Vol 85, 2005, s. 1337.

²¹² NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

²¹³ Aynı yönde, bkz.: Thornhill v. Alabama 310 U.S. 88 (1940); Carmichael v. Allen, 267 F. Supp. 985 (N.D. Ga. 1967).

²¹⁴ “The Chilling Effect in Constitutional Law”, **Columbia Law Review**, Vol. 69, No. 5, 1969, s. 811-812.

²¹⁵ Şirin, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2, s. 98. Mahkeme, ifadeleri anayasal korumadan yararlanmayan kişilerin aşırı genişlik doktrinini bir cezadan kaçış yöntemi olarak benimsemesi dolayısıyla kriterleri değiştirmiş, Broadrick v. Oklahoma 413 U.S. 601 (1973) kararında aşırı genişlik doktrinini “güçlü bir ilaç” şeklinde niteleyerek son çare niteliğinde değerlendirilmesini karara bağlamıştır.

ii. Caydırıcı Etki Doktrini

Hükümet politikalarına aykırı faaliyetlerde bulunan kişilerin cezalandırılması amacıyla ifade özgürlüğünün her yönüyle aşındırıldığı bir atmosferde, Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne nefes alacak alan açmak için uyguladığı ifade özgürlüğü doktrinlerinden en önem arz edenlerinden biri, caydırıcı etki doktrini'dir. Yüksek Mahkeme, bu dönemde, ifade özgürlüğünü ağır şekilde sınırlayan yasa ve uygulamaların cezalandırılma korkusu yaratarak, kişileri haklarını kullanmaktan caydırabileceğini kararlarında tespit etmeye başlamıştır.

Caydırıcı etki doktrininin uygulandığı ve birbirinden çok farklı görünen davaların ortak özelliği, nefes alacak alan bırakılması gereken hakların kullanımına yönelik keyfi bir müdahalenin varlığıdır. Mahkeme, bir yasanın anayasaya uygunluğunu esas bakımından denetlerken, yasanın nasıl uygulanacağını ve etkilerini de denetleme yoluna gitmiştir.²¹⁶

Caydırıcı etki doktrininin izleri ilk defa ifade özgürlüğü kararlarını ele alan 1951 tarihli bir makalede karşımıza çıkmaktadır.²¹⁷ Kavramın hukuk sisteminde önemli bir rol oynamaya başlaması ise mahkemenin 1952 yılında karara bağladığı *Wieman v. Updegraff*²¹⁸ davasında, Hâkim F. Frankfurter'ın, Hâkim Douglas'ın da katıldığı ayrık gerekçesinde karşımıza çıkması ile hız kazanmıştır.²¹⁹ Davaya konu olay, soğuk savaş döneminde getirilen kamu görevine kabul edilme şartları ile ilgilidir. İlgili mevzuata göre, kamu görevine kabul edilecek kişilerin, kamu görevine kabul tarihinden önceki beş yıl içinde, Amerika Birleşik Devletleri Başsavcısı (*Attorney General of the US*) tarafından ilan edilen, “komünizmle bağlantılı olarak değerlendirilen ve düzen karşıtı faaliyetler gösteren” kuruluşlara üye olmamaları gerekmekte ve devlete karşı düzen karşıtı faaliyetlere girişmeyeceklerine dair sadakat yemini²²⁰ etmeleri istenmektedir.

²¹⁶ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

²¹⁷ Paul A. Freund, *The Supreme Court and Civil Liberties*, **Vanderbilt Law Review**, 4, 533, 1951, s. 539.

²¹⁸ *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952).

²¹⁹ Jonathon W. Penney, “Understanding Chilling Effects”, 106 **Minnesota Law Review**, 2022, s. 1464

²²⁰ Bahsi geçen sadakat yemini şu şekildedir: “Herhangi bir yabancı siyasi kurum, parti, örgüt veya Hükümet ile veya Amerika Birleşik Devletleri Başsavcısı veya Amerika Birleşik Devletleri'nin diğer yetkili kurumu tarafından komünist bir cephe olarak resmen belirlenen herhangi bir kurum, parti, örgüt, dernek veya grup ile veya düzen karşıtı organizasyona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olmadığımı; savaş veya ulusal acil durum zamanında gerekirse Amerika Birleşik Devletleri'ni savunmak için silah alacağımı; bu yemin (veya tasdik) alınmasından hemen önceki beş (5) yıl içinde Amerika Birleşik Devletleri Başsavcısı veya Amerika Birleşik Devletleri'nin diğer yetkili kamu kurumu tarafından

Başvurucular, yaşadıkları eyalette, kamu görevine başlamadan önce sadakat yemini etmeyi reddeden öğretmenlerdir.

Hâkim F. Frankfurter ayırık gerekçesinde, bir toplumda özellikle öğretmenlerin kendilerini özgür hissetmelerinin önemine vurgu yapmış ve özgürlüklere getirilen keyfi engellemelerin sadece davacı öğretmenler üzerinde değil, tüm öğretmenler üzerinde ve hatta gelecekteki aynı mesleği yapacak kişiler üzerinde caydırıcılık doğuracağını belirtmiştir.²²¹

Bu ilk karardan sonra Mahkeme, sivil toplum örgütleri üzerinde yaratılan caydırıcı etkiyi tespit etmek üzere toplanma özgürlüğü ile ilgili davalarda da caydırıcı etki değerlendirmesi yapmıştır. Gibson v. Florida²²² davasında Mahkeme, siyah kişilerin kurduğu dernek kayıtlarının, kendilerine ya da derneğe yöneltilen hiçbir suçlama olmadığı halde istenmesini ve kayıtları teslim etmeyen dernek yöneticilerine hapis cezası verilmesini anayasaya aykırı bulmuştur. Davada hâkim Goldberg, yaşadıkları çevrede zaten popüler olmayan bir konu hakkında hak savunuculuğu yapan kişilerin listesinin hiçbir suçlama olmaksızın istenmesinin, hak savunucuları üzerinde caydırıcı etki yaratacağını, böyle bir talep karşısında ifade ve toplanma özgürlüklerinin korunmasının daha acil ve önemli olduğu vurgulanmıştır. Yine aynı konuda verilen bir başka kararda mahkeme, yasadan kaynaklı sürekli ceza tehdidinin, cezanın uygulanması kadar caydırıcı olduğunu tespit etmiştir.²²³

Bir hakkın kullanımının cezalandırılmasının, cezalandırılan kişi ve diğerleri üzerindeki etkisini değerlendiren mahkemenin, kararlarında caydırıcılığın önemli bir nedeni olarak var olan komünizmle mücadele yasalarını işaret etmesi, aşırı geniş ve belirsiz bu yasaların varlığının dahi caydırıcı etki yaratabileceğini tespit etmesi,

komünist cephe veya düzen karşıtı örgüt olduğu resmi olarak belirlenen herhangi bir kurum, parti, örgüt, dernek veya gruba üye olmadığımı... (yemin ederim).”

²²¹ “Öğretmenlerin özgür ruhları üzerindeki bu tür haksız engellemeler, yalnızca [davanın tarafı olup] Mahkeme’nin huzurunda bulunan başvuranları etkilemez. [Bu engellemelerin] Tüm öğretmenlerin özellikle geliştirmesi ve tatbik etmesi gereken o özgür ruhlarını caydırmaya yönelik açık bir eğilimi vardır”

Karar, caydırıcı etki doktrininin başlangıç noktasını işaretlemesi bakımından önemli olduğu gibi, toplanma hakkının ayrı bir hak olarak ele alındığı, toplanma hakkının ayrıca zikredildiği ilk dava olma özelliğini de taşır. Yine bahsi geçen karşı oyda hakimler, belirli organizasyonlara üye olmadığına dair yemin etme zorunluluğunu ifade özgürlüğüne ve toplanma hakkına aykırı görmüşlerdir. Sait Güran, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969, s. 26.

²²² Gibson v. Florida Legislative Investigation Comm., 372 U.S. 539 (1963).

²²³ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

caydırıcı etki doktrininin usule ilişkin kullanımına kapı aralamıştır.²²⁴ Önceleri ifade özgürlüğü üzerindeki keyfi müdahalelerin tespitinde, esasa ilişkin konularda değerlendirilen caydırıcı etki, daha sonra mahkemeye başvuru kurallarının esnetilmesi gibi usule ilişkin konularda da karşımıza çıkmaya başlamıştır.²²⁵

Mahkeme, yukarıda belirtildiği gibi, caydırıcı etki yaratan aşırı geniş ve belirsiz yasalar söz konusu olduğunda başvuru koşullarını esnetmekle beraber, mağdurluk statüsüne ilişkin bakışında da farklılığa gitmiştir. Siyah kişilerin seçim hakları ve ırk ayrımı (*segregation*) konularında hak savunuculuğu yapan organizasyona yönelik müdahaleleri değerlendiren Mahkeme, henüz haklarında yargı kararı verilmemiş kişilerin mağdurluk statüsünü kabul etmiştir.²²⁶ Mahkemeye göre hak savunma faaliyetleri sebebiyle bir organizasyonun aranması, belgelerine el konulması, yöneticilerinin tutuklanması organizasyonun faaliyetlerini felç edeceği gibi, organizasyonun potansiyel üyeleri ve destekçileri üzerinde de caydırıcı etki yaratır. Açılacak bir kamu davası, toplumda çok da popüler olmayan bir konuda faaliyet gösteren kişilerin kimliklerinin teşhir olması tehlikesini doğurur. Mahkeme bu sebeplerle, kişilerin mağdurluk statüsünü caydırıcı etki doktrini temelinde kabul etmiştir.

Birinci Dünya Savaşı sonrası çıkarılan, komünizm propagandası yapan materyallerin postayla gönderilmesinin engellenmesine ilişkin mevzuatın uygulamaları, caydırıcı etki doktrininin uygulandığı önemli davalardır. Komünizmle ilgili görülüp el konulan postanın, ancak alıcının yazılı talebi halinde teslim edilmesini öngören mevzuatın caydırıcı etki doğurduğu tespit edilmiştir. Mahkeme'ye göre, devlet yetkililerinin “ihnet tohumu” olarak nitelediği fikirleri içeren postayı teslim almak için yazılı beyan istenmesi, özellikle yaşamını idame ettirebilmek için “temiz

²²⁴ “The Chilling Effect in Constitutional Law”, **Columbia Law Review**, Vol. 69, No. 5, 1969, s. 820.

²²⁵ Mahkeme, 1965 yılında karara bağladığı *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 davasında yerleşik olarak uyguladığı müdahale etmeme ilkesine caydırıcı etkiyi bir istisna kılmıştır. Müdahale Etmeme İlkesi (*Doctrine of Abstention*), federe devlet yargı yetkisine giren konularda devam eden cezai süreçlere federal müdahalenin engellenmesi amacını taşır. *Ashwander v. Tennessee Valley Auth.*, 297 U.S. 288 (1936). Mahkeme *Dombrowski* kararı ile, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşması durumunda müdahale etmeme ilkesinin uygulanmayacağını karara bağlamıştır. “The Chilling Effect in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 69, No. 5, 1969, s. 811 Yine Mahkeme'nin yargısal emir (*injunction*) verme nedenlerinden biri, yasaların kötü niyetle uygulanmasından kaynaklanan caydırıcı etkidir. A.g.e, s. 814.

²²⁶ *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

kâğıdı” almak durumunda olan memurlar veya sözleşmeye tabi olarak çalışan işçiler üzerinde caydırıcı etki yaratabilecektir.²²⁷

Mahkeme, caydırıcı etki doktrini, fikirlerin yayılması ve topluma ulaştırılmasındaki engelleri kaldırmak üzere, esasa ilişkin yeni kriterler getirmek üzere de uygulamıştır. Basın özgürlüğü tarihinin en önemli davalarından biri olan ve Dworkin’e göre Amerikan ifade özgürlüğünün modern temelini oluşturan New York Times v. Sullivan²²⁸ davası, toplumda önde gelen kişilerin kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesiyle gazetelere açtığı tazminat davalarını ele almıştır.²²⁹ Martin Luther King ve diğer protestoculara yönelik sert müdahaleleri eleştiren “Yükselen Seslerine Kulak Verin (*Heed Their Rising Voices*)”²³⁰ başlıklı ilan yayınlayan gazeteyle karşı, kamu yöneticilerinin açtığı tazminat davasında Mahkeme, hakarete ilişkin mevzuatın basın üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre, yayıncının sorumluluğunun doğabilmesi için dava konusu yayının yanlış ve zarar verici bilgiler içermesinin yetmeyeceğini; bunun ötesinde gerçek bir zarar verme kastının bulunması veya gerçeğin araştırılması konusunda umursamazlık sergilenmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.²³¹

Caydırıcı etki doktrini temel alınarak ispat yükünün yer değiştirdiği karar, Amerikan basınına o zamana kadar olduğundan çok daha özgür hale getirmiş, basın üzerindeki sürekli temkinli, çekingen hali kaldırmıştır.²³² Kararın etkisiyle, kamu görevlilerinin basına karşı açtığı hakaret davası sayısı oldukça düşmüştür. Sürekli bir tazminat davası açılması korkusunun ortadan kalkması, otosansür uygulanması riskini de oldukça azaltmıştır.²³³

Gelişen caydırıcı etki doktrini, özellikle ifade özgürlüğünün, müdahale ile karşılaştığı herhangi bir noktada keyfiliği denetlediği bir araç olarak karşımıza çıkmıştır. Müdahalenin kesin olarak yasaklanmadığı, aksine bazı durumlarda

²²⁷ Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965).

²²⁸ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

²²⁹ Ronald Dworkin, **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**, Oxford University Press, 1996, s. 196.

²³⁰ İlan metni için bkz.: <https://www.archives.gov/exhibits/documented-rights/exhibit/section4/detail/heed-rising-voices-transcript.html>, Erişim Tarihi: 30.11.2021.

²³¹ Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 42.

²³² Dworkin, s. 195.

²³³ Anthony Lewis, **Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment**, New York: Vintage Books, 1992.

müdahalenin gerekli kabul edildiği haklar söz konusu olduğunda Mahkeme, hak ve özgürlükler alanını korumak üzere, müdahalenin doğuracağı etkileri de denetlemiştir.

Caydırıcı etkinin uygulandığı kararlara bakıldığında Mahkeme'nin zamanla caydırıcı etki uygulamasını ifade özgürlüğü temelinde genişlettiği görülür. Mahkeme, bir eserin yayınından önceki sınıflandırma prosedürünü hukuka uygun bulmakla birlikte²³⁴, uzun, külfetli ve pahalı ön prosedürlerin caydırıcı etki yaratabileceğine dikkat çekmiştir.²³⁵

Mahkeme, İkinci Dünya Savaşı sonrası değişen atmosferle birlikte, ifade özgürlüğüne bakışını değiştirmiş, ifade özgürlüğünü korumayı amaç edinmiş ve diğer hakların üzerinde konumlandırmıştır. Önceleri Mahkeme'nin hukuki aktivizmini haklılaştıracak bir doktrin olarak görülen ve karşıtları tarafından “duygusal” bir argüman²³⁶ olmakla eleştirilen caydırıcı etki, içtihatlarda, korunan hak ve özgürlükler alanına yönelebilecek keyfi müdahaleleri tespit etme anlamına kavuşmuştur. Mahkeme, uygulaması her zaman tutarlı olmamakla birlikte, caydırıcı etkiyi pek çok kararında değerlendirmiş; çok sayıda mevzuat, caydırıcı etki yaratması sebebiyle anayasaya aykırı bulunmuştur.

İfade özgürlüğü başta olmak üzere insan hak ve özgürlükleri üzerinde keyfi müdahaleler sorunu, elbette sadece bu döneme ve bu ülkeye ait bir sorun olmamakla birlikte kavramın doğuşu ve ilk uygulamaları bu şekilde özetlenebilir. Yüksek Mahkeme, Birinci Dünya Savaşı sonrası yaklaşımından oldukça uzaklaşmış, daha özgürlükçü ve aktivist bir yargı organı olarak karşımıza çıkmıştır. Özgürlükler üzerinde ciddi tahribat yaratan savaş ve korku atmosferinin etkilerini azaltma, kişilerin korkmadan kendilerini ifade etmelerini sağlama, bir amaç etrafında organize olabilmelerinin önündeki engelleri kaldırma hedefi kararlardan okunabilmektedir. Birinci Dünya Savaşı sonrasındaki dönemde çoğunlukla karşı oylarda kalan özgürlükçü bakış, bu dönemde Mahkeme'nin kararlarında da yer bulabilmiştir. Caydırıcı etki doktrini Mahkeme'nin, hakların hayata geçirilmesi denetiminde ve hukuka uygun olmayan müdahalelerin etkilerini tespit etmesinde önemli bir araç olarak uygulanmıştır.

²³⁴ Times Film Corp. v. City of Chicago, 365 U.S. 43 (1961).

²³⁵ Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965).

²³⁶ Townend, s. 74.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİ

Birleşik Devletler’de, ifade özgürlüğü üzerinde oldukça uzun süre devam eden ve giderek ağırlaşan baskıların tespitinde ve giderilmesinde bir araç olarak geliştirilen caydırıcı etki doktrini, Amerikan iç hukuk sisteminde alt derece mahkemeleri tarafından benimsenmenin ötesine geçerek, diğer pek çok ülke ve mahkeme tarafından da benimsenmiştir.²³⁷ Bugün Common Law sisteminde ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde de benimsenen caydırıcı etki, pek çok uluslararası anlaşmada, raporda, tavsiye metninde zikredilen bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa hukuk sisteminde pek çok anayasa mahkemesi kararında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında değerlendirilen etki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kullanımından ilhamla, Türk Anayasa Mahkemesi’nin de aralarında olduğu, pek çok anayasa mahkemesinin kararlarında yer almaya başlayan bir kavramdır. Kavramın Avrupa hukuk sisteminde uygulanmasında, Birleşik Devletler uygulaması ve perspektifi, yargı kararlarına ışık tutmuştur.²³⁸

Birleşik Devletler hukuk sisteminde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da caydırıcı etki doktrini, esas bakımından, hukuken sınırlanması mümkün olan ve fakat uygulanabilmesi için nefes alma imkânı tanınması gereken hakların ele alındığı davalarda uygulanmıştır. Hukuken, herhangi bir müdahalenin o hakkı ihlal etmek anlamına geleceği işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişinin din vicdan düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması, suç ve cezaların geriye yürütülememesi ve suçsuzluk

²³⁷ Doktrinin dünyadaki kimi uygulamalarına ilişkin örnekler için bkz.: Hindistan Anayasa Mahkemesi- Gautam Bhatia, “The Information Technology Rules and the Bombay High Court’s Stay Order”, 13.10.2021, <https://indconlawphil.wordpress.com/category/free-speech/chilling-effect/>, Erişim Tarihi: 13.09.2022; Meksika ve Güney Kore Anayasa Mahkemeleri- Yoomin Won, “How Dare You! A Comparative Analysis of Constitutional Court Decisions Regarding Insult Laws in Mexico and South Korea”, **Mexican Law Review**, Vol. 13, No. 1, 2020; Büyük Britanya Yüksek Mahkemesi- Judith Townend, “Freedom of Expression and the Chilling Effect”, in: Howard Tumber, Silvio Waisbord (Ed.), **The Routledge Companion to Media and Human Rights**, Routledge, 2017; Polonya Anayasa Mahkemesi – Katarzyna Kos, “Evolution or Entropy of the Concept of Chilling Effect? – Polish Perspective”, **Vilnius University Press**, Vol. 110, 2019; Güney Afrika Anayasa Mahkemesi – “South Africa: Wrongfulness, The “Chilling Effect” And Establishing Delictual Liability On The Part Of Public Bodies”, <https://www.clydeco.com/en/insights/2021/09/south-africa-wrongfulness-the-chilling-effect-and>, 02.09.2021, Erişim Tarihi: 13.09.2022.

²³⁸ Kos, s. 170.

karinesi gibi mutlak haklar, caydırıcı etki değerlendirmeleri dışındadır. İfade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı gibi haklar ise gerekli şartlar sağlandığında meşru olarak müdahale edilebilmesi mümkün haklardandır; hayata geçirilebilmesi için hakkın ihlal edilmemesi ile birlikte keyfi müdahalelere karşı da etkin olarak korunması gereklidir.

Meşru hak kullanımlarının meşru olmayan bir fiil gibi muamele görmesi, yaptırımla karşılaşması ve bu durumun demokratik bir ülkede hakların uygulanabilirliği üzerindeki etkisi elbette Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde de caydırıcı etki doktrini ile ele alınan temel sorunlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, caydırıcı etki doktrini saptanırken, tek tek kişilerin haklarının korunması ile birlikte fakat bunun ötesinde demokratik toplum vurgusuna, demokratik toplum düzeninin korunması hususuna özellikle vurgu yapıldığı görülür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde caydırıcı etki tespitlerinde göze çarpan bir diğer husus, mesleğinin bir gereği olarak ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin özgürlüklerinin korunmasının önemine özellikle dikkat çekilmesidir.

Caydırıcı etki doktrini bakımından önemli bir diğer uygulama alanı ise caydırıcı etki doktrininin usul kurallarının esnetilmesi amacıyla uygulanmasıdır. Federal Mahkeme, -kapsamı ve uygulaması zamanla değişmekle birlikte- ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğuran yasal düzenlemelere karşı düzenlemeden etkilenebilecek herkesin mahkemeye başvurabileceğini kabul etmiştir.²³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise içtihatlarında -usul kurallarının katı yorumlanmaması ilkesi gereği- özellikle mağdurluk statüsü ve önemli zarar kriteri bakımından caydırıcı etki temelinde bir sapmaya izin vermektedir.

Bir iç hukuk mahkemesi olan Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında ortaya atılan caydırıcı etki doktrininin, uluslararası bir mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında uygulanması ve bu içtihatların yine iç hukuk mahkemeleri olan anayasa mahkemeleri kararlarını etkilemesi detaylı olarak ele alınmalıdır. Kıta Avrupası sisteminde caydırıcı etki doktrini konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni takip eden anayasa mahkemelerinin, özellikle yasaların

²³⁹ Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965). Konuyla ilgili detaylı okuma için bkz.: Jonathan R. Siegel, "Chilling Injuries as a Basis for Standing", **The Yale Law Journal**, Vol. 98, No. 5, 1989, s. 909 vd.

anayasaya uygunluğunun denetiminde caydırıcı etki doktrininin nasıl uygulayacağı sorunu ayrıca incelenmeye değerdir.

Tezimizin ilk kısmında doğuşu, demokratik toplumdaki yeri ve anlamı, ilgili diğer kavramlarla ilişkisi açıklanan caydırıcı etki doktrininin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde nasıl uygulandığı ve doktrinin Türk hukuk sistemindeki görünümü tezimizin ikinci kısmında ele alınacaktır. İkinci kısmın ilk bölümünde caydırıcı etki doktrininin genel olarak uygulamasından bahsedilecek, doktrinin hangi hak ve özgürlükler bakımından değerlendirildiği ortaya konulacak, caydırıcı etki doktrininin usul kurallarını esnetmek amacıyla kabul edilebilirlik kriterlerinde nasıl uygulandığı açıklanacak ve caydırıcı etkinin norm denetimi kararlarında yetersiz kullanımı incelenecektir. İkinci kısmın ikinci bölümünde ise caydırıcı etki doktrininin Türk hukukundaki görünümü, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı ayrımlar baz alınarak, ulusal ve uluslararası raporlar, örnekler ve mahkeme içtihatları üzerinden detaylı şekilde ele alınacaktır.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında caydırıcı etki, hak ihlali değerlendirmesinin çeşitli aşamaları ve kısımlarında yer almaktadır. Mahkeme'nin ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etkiyi bir müdahale olarak değerlendirdiği, ifade özgürlüğünü kullandığı için yaptırım tehdidi altında tutulan kişiyi mağdur kabul ettiği, caydırıcı etkiyi önemli bir zarar olarak nitelediği, ölçülülük incelemesinde bir dengeleme aracı olarak kullandığı kararları mevcuttur.

Tezimizin ikinci kısmına ait ilk genel başlığında caydırıcı etki doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında hangi hak ve özgürlükler hakkında uygulandığı açıklanacak, caydırıcı etki doktrininin usul kurallarını esnetmek amacıyla kabul edilebilirlik kriterlerinde nasıl uygulandığı ele alınacak ve caydırıcı etki doktrininin, Anayasa Mahkemesi norm denetimi kararlarında yetersiz kullanımı tartışılacaktır.

1. Caydırıcı Etki Doktrinin Kapsamı

a. Caydırıcı Etki Doktrininin Ortaya Çıkışı ve İlk Uygulamaları

Avrupa’da ilk olarak, Federal Alman Yüksek Mahkemesi kararında değerlendirilen caydırıcı etki doktrini²⁴⁰, çok geçmeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemine kazandırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında caydırıcı etki kavramı, ilk kez 1996 yılında, bir ifade özgürlüğü davası olan Goodwin v. Birleşik Krallık²⁴¹ kararı ile karşımıza çıkmaktadır.²⁴² Gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanması sebebiyle açılan davada mahkeme, demokratik bir toplumda bir gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanmasının ifade özgürlüğü üzerindeki potansiyel caydırıcı etkisine değinerek caydırıcı etki doktrinini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemine dahil etmiştir. Mahkemeye göre, kimliğinin gizli tutulacağı düşüncesiyle gazeteciye haber sağlayan bir kişinin bilgilerinin açıklanması için gazeteciye baskı yapılması, doğal olarak, kişileri kamuoyunu bilgilendirmek konusunda basına yardımcı olmaktan caydırabilecektir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından caydırıcı etki doktrinin değerlendirilmeye başlanması ise ifade özgürlüğü içtihadına göre daha yakın bir zamanda gerçekleşmiştir. Mahkeme’nin 2006 yılında karara bağladığı bir kararda, izinsiz toplantı ve gösteriler düzenlemesi nedeniyle bir siyasi partinin geçici süre ile yasaklanması kararı ele alınmıştır. Mahkeme, seçimlerin arifesinde verilen yasaklama kararının, -karar geçici nitelikte bile olsa- siyasi parti başvurusunun ifade özgürlüğünü kullanma ve siyasi amaçlarını devam ettirme hakkı üzerinde caydırıcı etkiye sebep olduğunu tespit etmiştir.²⁴³

²⁴⁰ J. Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung: Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Mohr Siebeck GmbH and Co. KG, 2016, Aktaran: Pech, s. 8.

²⁴¹ AİHM, Goodwin v. Birleşik Krallık, 17488/90, 27.03.1996.

²⁴² Etki, daha önceki tarihli bazı kararlarda da (“deter”) ifadesi ile değerlendirilmekle birlikte burada baz alınan kullanım, caydırıcı etki ifadesinin “*chilling effect*” şeklindeki ilk kullanımıdır. Her iki kullanıma ilişkin açıklamalar için “Çeviri Sorunu” başlığına bakınız. Etkinin “deter” kelimesi ile ifade edildiği bir örnek için bkz.: AİHM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 08.07.1986.

²⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi internet sitesinde yer alan kararlar içinde “chilling effect” anahtar kelimesi ile yapılan arama sonuçlarına göre AİHM, Christian Democratic People's Party v. Moldova, 28793/02, 14.02.2006 kararı, caydırıcı etkinin değerlendirildiği ilk karardır. Daha eski tarihli Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 24838/94, 23.09.1998 davasında caydırıcı etki başvurusular tarafından ileri sürülmekle birlikte, bu iddia mahkeme tarafından değerlendirilmediğinden “ilk karar” olarak esas alınmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında caydırıcı etki doktrininin uygulanması incelendiğinde genel olarak, Birleşik Devletler hukuk sisteminde olduğu gibi, caydırıcı etkinin özellikle ifade özgürlüğü davalarında uygulanması eğiliminin devam ettirildiği görülmektedir. Gerek Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında gerekse Avrupa uygulamasında caydırıcı etki denildiğinde akla ifade özgürlüğü gelmektedir. Birleşik Devletler’de akademik özgürlüklere ilişkin davalarda uygulanmaya başlanan doktrin zamanla basın özgürlüğüne dair davalarda da uygulama alanı bulmuştur. Bu uygulama Avrupa hukuk sisteminde aynı sırayı takip etmese de doktrininin uygulama alanının çoğunlukla aynı kapsamda olduğu göze çarpmaktadır.

i. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulanmasına Dair Genel Tespitler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında 1960’lı yıllardan beri yer almakla birlikte, caydırıcı etki doktrini, sınırlı olarak çalışılmış ve sınırlı sayıda yayına konu olmuş bir doktrin olduğundan, konuyla ilgili daha geniş açıklamalara geçmeden önce caydırıcı etki doktrininin mahkeme kararlarında uygulanmasına dair birkaç tespit yapılmalıdır.

İlk olarak, caydırıcı etki doktrini, hukuka uygun müdahaleler hakkında uygulanmamaktadır. Kararlarda, yaptırım korkusunun ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğuracağı kabul edilmekle birlikte, mevcut davanın koşullarında aşırı olmayan, adil görülebilecek yaptırımların caydırıcı etkiye neden olmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin; istinaf mahkemesi üyesi başvurucunun, temyiz mahkemesi başkanı hakkında kaleme aldığı yazı nedeniyle meslek kurallarını ihlal ettiği tespiti yapılması ve bu tespitin başvurucunun dosyasına konulması, ifade özgürlüğünü ihlal eder nitelikte bulunmamıştır.²⁴⁴ Yine, bildirim yapılmaksızın düzenlenen bir gösteride belirli bir süre sonra göstericilerin kalabalıklaşmaya başlaması üzerine toplanmanın dağıtılması hukuka aykırı olmayan bir müdahale olarak nitelenmiştir. Mahkeme’ye göre, olayda hem süre bakımından hem de toplantının sona erdirilme şekli bakımından gerekli tolerans gösterildiğinden, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımında

²⁴⁴ AİHM, Panioglu v. Romanya, 33794/14, 08.12.2020.

caydırıcı etki yaratılmamış, göstericilerin ileride benzer toplantılar düzenlemek konusunda cesaretleri kırılmamıştır.²⁴⁵

Caydırıcı etki doktrinin mahkeme kararlarında değerlendirilmesine ilişkin öne çıkan bir diğer husus, caydırıcı etkinin gerekçelendirilmesi gerekliliğidir. Özellikle mahkemeye başvuru hakkı üzerinde caydırıcı etki yaratıldığına ilişkin iddialar bakımından uygulanan bu kriter, başvurucunun mahkemeye başvuru hakkı üzerinde hangi sebeple caydırıcı etki oluştuğunu açıklamasını gerekli kılmaktadır.

Caydırıcı etkinin yalnızca ileri sürülmesinin yeterli olmadığı, hangi sebeple caydırıcı etki doğacağına dair açıklama yapılması gerekliliğine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından karara bağlanan Elçi ve Diğerleri davasında²⁴⁶ değinilmiştir. Mahkeme, başvuru avukatların kötü muameleye maruz kalmaları sebebiyle kendilerinin ve müvekkillerinin mahkemeye başvuru hakları üzerinde bir caydırıcı etki oluştuğu iddialarını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre caydırıcı etkinin hangi durumda meydana geldiği açıklığa kavuşturulmadan, caydırıcı etkinin yalnızca iddia edilmesi yeterli değildir. Başvurucuların maruz kaldıkları kötü muamele, sadece bu kişiler üzerinde değil tüm Türkiye’de ceza davalarında savunma yapan avukatları, insan hakları için emek veren kişileri bu faaliyetlerinden kaçınılmaz olarak caydıracak nitelikte olmasına rağmen mahkemeye başvuru hakkı özelinde caydırıcı etkinin neden doğabileceği açıklığa kavuşturulmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında caydırıcı etki değerlendirmelerinde özellikle vurgulanan husus, demokratik toplumun ve demokratik toplum düzeninin korunmasıdır. Mahkeme, ifade ve toplanma özgürlüklerine müdahale edilmesinin müdahaleye uğrayan kişiler ve toplumu oluşturan diğer kişilerin hak kullanma pratikleri üzerinde caydırıcı etki oluşmasının demokratik toplumda gerekli olan çok sesliliğe büyük bir zarar vereceği kanaatindedir.

Mahkeme’nin bu yaklaşımıyla paralel olarak kararlarında yer verdiği caydırıcı etki değerlendirmelerinde, müdahalenin etkileri bakımından üç ayrı gruba ilişkin tespitler yapmaktadır. Mahkemenin bazı kararlarında müdahalenin, başvurucunun

²⁴⁵ AİHM, Éva Molnár v. Macaristan, 10346/05, 07.10.2008.

²⁴⁶ AİHM, Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, 23145/93, 25091/94, 13.11.2003; AİHM, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft ve Diğerleri v. İsviçre, 68995/13, 12.11.2019.

hakları üzerindeki caydırıcı etkisinden bahsettiği görülürken bazı kararlarda daha geniş bir bakış açısıyla müdahalenin toplum üzerindeki etkilerine değinilmektedir. Mahkeme'nin üçüncü olarak değindiği grup ise başvuru ile aynı durumda olan; örneğin, başvuru ile benzer siyasi görüşe sahip olan, başvuru ile aynı mesleğe sahip olan diğer kişilerdir. Mahkeme'nin bu ayrımı hangi kritere göre yaptığı kararlardan net olarak anlaşılamasa da kararlarda bu üç grup bakımından değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları tarandığında göze çarpan bir diğer önemli husus, mahkemelerin kararlarında caydırıcı etkinin, ağırlıklı olarak demokratik toplumda gereklilik kriteri bakımından yapılan değerlendirme sırasında, ihlal kararına ek bir argüman olarak kullanılmasıdır. Bu kullanımında mahkeme caydırıcı etki değerlendirmesine, zaten ihlal sonucuna vardığı ağırlıklı ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda çoğunlukla ihlal tespitinden bir önceki paragrafta yer vermektedir. Caydırıcı etkinin ek bir gerekçe olarak görüldüğü, caydırıcı etkinin değerlendirildiği kararların ezici çoğunluğunda ihlal kararı verilmesinden anlaşılabilmektedir. Mahkemenin caydırıcı etki değerlendirmesi yaptığı fakat ihlal kararı vermediği karar sayısı oldukça azdır.²⁴⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında, başvurunun caydırıcı etkiyi başvurusunda ileri sürmesi, kararın gerekçesinde caydırıcı etki değerlendirmesi yapılması anlamına gelmemektedir. Örneğin; eylem yasağına rağmen sendikal faaliyetler kapsamında basın açıklaması yapılmasının cezalandırılmasına ilişkin başvuruda caydırıcı etki iddiaları, tarafların görüşlerinde yer almış, mahkeme

²⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pedersen ve Basgaard v. Danimarka, 49017/99, 17.12.2004 kararında, gazetecilere verilen para cezasının hukuka aykırı olmadığını, cezanın miktarının ölçsüz olmadığını, bu sebeplerle ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğmadığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin caydırıcı etki değerlendirmesi yaptığı halde ihlal kararı vermediği bir başka karar Bitiyeva ve X v. Rusya, 57953/00, 37392/03, 21.07.2007 kararıdır. Başvurucunun, devlet görevlileri tarafından ağır insan hakları ihlallerine maruz kaldıkları iddialarını mahkemeye sunduktan sonra öldürülmelerinin ele alındığı davada mahkeme, meydana gelen olayların diğer kişiler üzerinde mahkemeye başvurmak konusunda kaçınılmaz olarak caydırıcı etki oluşacağını tespit etmiş fakat iddiaları, mahkemeye başvuru hakkıyla doğrudan bağlayacak bir kanıt olmadığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında durum farklı olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi içtihatları tarandığında Mahkeme'nin ihlal kararı vermeyeceği bir başvuruda, caydırıcı etki değerlendirmesine neredeyse hiç başvurmadığı görülür. Mahkeme'nin, ihlal kararı verilmeyen Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu [GK], 2017/15845, 21.01.2021 ve kararında caydırıcı etki doktrinine ilkesel olarak değindiği, somut olayda caydırıcı etki değerlendirmesi yapmadığı görülmektedir. Aynı şekilde Mahkeme'nin kabul edilemezlik kararı verdiği Tuncay Öcalan ve Dilber Yener Başvurusu, 2016/14273, 07.04.2021 başvurusunda caydırıcı etki doktrinine "genel ilkeler" başlığında yer verilmiş, somut olay özelinde değerlendirme yapılmamıştır.

tarafından karar gerekçesinde tartışılmamıştır.²⁴⁸ Aynı şekilde, parlamentoda eylem yapan milletvekillerine para cezası verilmesine ilişkin davada da caydırıcı etkiye başvuruda ve üçüncü taraf görüşünde değinilmesine rağmen mahkeme gerekçesinde caydırıcı etki değerlendirmesi yapılmamıştır.²⁴⁹ Yine Anayasa Mahkemesi kararları bakımından da benzer bir durum söz konusu olabilmektedir.²⁵⁰ Bu ihtimallerde caydırıcı etki iddialarının mahkeme tarafından hiç göz önüne alınmaması durumu söz konusu iken mahkeme bazı kararlarında da caydırıcı etkinin yalnızca öne sürülmesinin yeterli olmayacağını açıkça ifade ettiği görülmektedir.

Caydırıcı etki hemen her zaman mağdur başvuruçular tarafından ileri sürülmekte ise de nadiren davalı devlet tarafından da caydırıcı etki öne sürüldüğü vakidir. 2016 yılında Macaristan, bir bireysel başvuruda mahkemeye sunduğu görüşünde caydırıcı etki kavramını alışılmadık bir şekilde kullanmıştır. Görüşe göre, başvuruçunun, uzun süredir aldığı maluliyet ödeneğini mevzuat değişikliği sebebiyle alamamasının hakkaniyete aykırı olduğu ve ödeneği almakta meşru bir beklentisi olduğu iddialarının kabul edilmesi meşru beklenti kavramının genişletilmesi ve devletlere aşırı bir mali yük getirmesi anlamına geleceğinden, ulusal yasama organları üzerinde caydırıcı etki yaratacaktır.²⁵¹

ii. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Tutarsızlıklar

Caydırıcı etki yukarıda belirtildiği üzere ifade özgürlüğü başta olmak üzere pek çok hak bakımından değerlendirilmekle birlikte, doktrine hangi durumlarda ihtiyaç duyulduğu ve değerlendirmeye ilişkin ölçütlerin neler olduğu tam olarak net değildir. Bununla birlikte mahkemelerin caydırıcı etki doktrinini uygulama pratikleri de her zaman tutarlı olmayabilmektedir.

²⁴⁸ AİHM, Ögrü v. Türkiye, 19631/12, 17.10.2017.

²⁴⁹ AİHM, Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan [GK], 42461/13 ve 44357/13, 17.05.2016.

²⁵⁰ AYM, Mümtazer Türköne Başvurusu, 2017/17839, 27.11.2019; AYM, Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu (2), 2015/2461, 30.10.2018.

²⁵¹ AİHM, Béláné Nagy v. Macaristan, 53080/13, 13.12.2016.

Mahkeme kararlarında caydırıcı etkiye tutarlı şekilde yer verilmediği tespitine, Voskuil v. Hollanda²⁵² ve Tillack v. Belçika²⁵³ davalarında verilen kararlar arasındaki farklılık örnek gösterilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konusu bakımından birbirine çok benzer olan; gazetecilerin gizli belgeleri yayınlamasının ardından kaynaklarını açıklamaya zorlanmalarının ele alındığı her iki davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat sadece beş gün arayla verilen ve farklı daireler tarafından karara bağlanan davaların birinde caydırıcı etki değerlendirmesine yer verilirken diğerinde yer verilmediği görülmektedir. Konusu ve dava sonucunda verilen karar bakımından çok benzer olan bu iki mahkeme kararında caydırıcı etki değerlendirmesi bakımından ortaya çıkan bu farklılığın sebebi anlaşılamamıştır.

Caydırıcı etkinin kararlarda değerlendirilmesi ya da değerlendirilmemesi tercihi bakımından ortaya çıkan bu farklılığın, mahkemenin dairelerinin tercihlerinden kaynaklandığı düşünülebilirse de durumun böyle olmadığı mahkemenin aynı dairesinin yakın tarihlerde verdiği diğer kararlar incelendiğinde görülebilir. Örneğin, Mahkeme'nin birinci dairesinin karara bağladığı, konu bakımından birbirine oldukça yakın olan Mechenkov v. Rusya²⁵⁴ ve Fedotova v. Rusya²⁵⁵ başvurularında, mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiği tespitinin yer aldığı kararların birinde caydırıcı etki tespitinin açıkça yapıldığı görülürken, diğer kararda bu tespite yer verilmemiştir.

²⁵² Voskuil v. Hollanda, 64752/01, 22.11.2007: “65. (...) Böyle bir koruma olmadan, kaynaklar, kamuyu ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmek için basına yardım etmekten caydırılabilir. Sonuç olarak, basının hayati önem taşıyan kamu bekçiliği rolü baltalanabilir ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneği olumsuz etkilenebilir. Gazetecilik kaynaklarının korunmasının demokratik bir toplumda basın özgürlüğü açısından önemi **ve kaynağın ifşası emrinin bu özgürlüğün kullanılması üzerindeki potansiyel caydırıcı etkisi dikkate alındığında**, böyle bir tedbir, kamu yararına ağır basan bir gereklilikle gerekçelendirilmedikçe, Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olmaz. (vurgu yazara aittir.)

²⁵³ Tillack v. Belçika, 20477/05, 27.11.2007: “53. (...) Böyle bir koruma olmadan, kaynaklar, kamuyu ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmek için basına yardım etmekten caydırılabilir. Sonuç olarak, basının hayati önem taşıyan kamu bekçiliği rolü baltalanabilir ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneği olumsuz etkilenebilir. Gazetecilik kaynaklarının korunmasının demokratik bir toplumda basın özgürlüğü açısından önemi dikkate alındığında, böyle bir tedbir, kamu yararına ağır basan bir gereklilikle gerekçelendirilmedikçe, Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olmaz.

²⁵⁴ AİHM, Mechenkov v. Rusya, 35421/05, 07.02.2008: “116. (...) “Her türlü baskı” ifadesi, yalnızca başvuranlara veya yasal temsilcilerine yönelik doğrudan zorlama ve alenen korkutma eylemlerini değil, aynı zamanda onları Sözleşme yollarına başvurmaktan vazgeçirmek veya cesaretlerini kırmak için tasarlanmış diğer uygunsuz dolaylı eylemleri veya temasları ya da **başvuranların ve temsilcilerinin bireysel başvuru hakkını kullanmaları üzerinde sebep olunan “caydırıcı etki”yi de** kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. (vurgu yazara aittir.)

²⁵⁵ AİHM, Fedotova v. Rusya, 73225/01, 13.4.2006: “48. (...) “Her türlü baskı” ifadesi, yalnızca başvuranlara veya yasal temsilcilerine yönelik doğrudan zorlama ve alenen korkutma eylemlerini değil, aynı zamanda onları Sözleşme yollarına başvurmaktan vazgeçirmek veya cesaretlerini kırmak için tasarlanmış diğer uygunsuz dolaylı eylemleri veya temasları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Doktrinin uygulanması bakımından bir diğer tutarsızlık, caydırıcı etki doktrininin uygulama kapsamına giren ve eldeki kararda uygulanabileceği öngörülen bazı kararlarda caydırıcı etkiye değinilmemesidir. Bu duruma hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça rastlanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2021 yılında karara bağladığı Mammadov ve Abbasov v. Azerbaycan kararı²⁵⁶ bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Davaya konu olay, bir gazetenin sivil polisler tarafından basılması üzerine gazetecilerin haklarını korumak için kurulmuş olan bir sivil toplum örgütünde görev yapan başvuruçuların olay yerinde video kaydı almaları nedeniyle göz altına alınmalarına ilişkindir. Başvuruçulardan biri, yaklaşık bir saat polis aracına alınmış, bu sırada görüntüler silinmiştir. Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiği bu olayda, caydırıcı etki tespitlerine yer verilmemiştir.

Caydırıcı etkiye ilişkin tespitlerin yer almadığı bir diğer karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin basın özgürlüğü içtihadı bakımından oldukça önem arz eden Özgür Gündem v. Türkiye²⁵⁷ davasıdır. Gazetecilere, dağıtıcılara ve gazete ile bağlantılı kişilere yönelen saldırıların, gazeteye yönelik cezai takibat ve yaptırımların ele alındığı davada Mahkeme, devletin hakları korumak konusundaki pozitif yükümlülüklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre devlet yetkilileri, gazetenin ve gazetecilerin hedef gösterilmesine, bu kişilerin maruz kaldığı şiddet olaylarına, gazetenin dağıtımının engellenmesine dair bilgi sahibi olmalarına rağmen gerekli adımları atmamış, ifade özgürlüğünü koruma altına alma sorumluluğunu yerine getirmemiştir. İfade özgürlüğünün bu ve diğer pek çok yönden ihlal edildiğinin tespit edildiği kararda, devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin neden olacağı caydırıcı etkiye ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı Ahmet Kadri Gürsel başvurusu²⁵⁸, Mahkeme'nin ihlal kararı verdiği ve fakat caydırıcı etki tespitlerine yer vermediği bir örnektir. Dava konusu olayda, Cumhuriyet gazetesinde köşe yazarı ve yayın danışmanı olan başvuruçu hakkında, örgüt hiyerarşisine dâhil olmamakla birlikte örgüte yardım

²⁵⁶ AİHM, Mammadov ve Abbasov v. Azerbaycan, 1172/12, 08.07.2021.

²⁵⁷ AİHM, Özgür Gündem v. Türkiye, 23144/93, 16.03.2000.

²⁵⁸ AYM, Ahmet Kadri Gürsel Başvurusu [GK], 2016/50978, 02.05.2019; Aynı yönde, bkz.: AYM, Ali Bulaç Başvurusu [GK], 2017/6592, 03.05.2019.

etme, bir kişi hakkında silahlı terör örgütüne üye olma, bir kişi hakkında ise silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçlamalarıyla tutuklama kararı verilmiş, yargılama sonucunda 2 yıl 6 ay hapis cezasına hükmedilmiştir. Başvurucunun konutunda, iş yerinde arama yapılmış, cep telefonuna, tablet ve bilgisayarına el konulmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmesinde, suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan, temelde gazetede ki yazısına dayanılarak, başvuru hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Kararda bu tedbirlerin başvuru cunun gelecekteki faaliyetleri üzerindeki ya da diğ er gazeteciler üzerindeki caydırıcı etkisine yer verilmemiştir.

b. Caydırıcı Etki Doktrininin Uygulandığı Diğ er Hak ve Özgürlükler

Birleşik Devletler hukuk sisteminde, ifade özgürlüğünü korumak üzere formüle edilmiş caydırıcı etki doktrininin etki alanı zamanla genişleyerek, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı başta olmak üzere, sendikal haklara ilişkin davalarda ve kürta ja ilişkin davalarda uygulanmaya başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında caydırıcı etki ağırlıklı olarak ifade ve toplanma özgürlüğü davalarında uygulanmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine, mahkemeye başvuru hakkını düzenleyen 34. maddesine ve haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılmasını düzenleyen 18. maddesine ilişkin davalarda da karşımıza çıkmaktadır.

İfade özgürlüğü ve toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri ilerleyen bölümde detaylı olarak inceleneceğinden bu başlıkta caydırıcı etki doktrininin özel hayata saygı hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, mahkemeye başvuru hakkı ve haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılmasına ilişkin 18. madde bakımından uygulaması açıklanacaktır.

i. Özel Hayata Saygı Hakkı

Caydırıcı etki, ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı dışında, özel hayata saygı hakkı bağlamında, özellikle kürtaj hakkı ve evde doğum hakkı davalarında gerek karar metninde gerekse karşı oylarda tartışılmıştır. Örneğ in; 2010 yılında ele alınan A, B ve C v. İrlanda davasında, ülkelerinde kürtaja çok sınırlı

hallerde izin verilen başvuruçuların iddiaları üzerine değerdendirilen caydırıcı etki, ÷lkedeki belirsiz yasalardan ve uygulamalardan kaynaklanmaktaydı.²⁵⁹ Çeşitli sağıık sorunları ya da riskli gebelik yaşıayan başvuruçular, ÷lkelerindeki k÷rtaj yasalarının ve uygulamalarının belirsizliğı nedeniyle k÷rtajı gerçekteştirebilmek için yurt dışına seyahat etmek zorunda kalmışlardır. Mevcut k÷rtaj yasaları gereğince kendilerinin içinde bulunduğı durumda k÷rtajın yasal olup olmadığını tespit edemeyen başvuruçulara bu konuda herhangi bir bilgi de verilmemiştir. Yasal olarak ancak annenin sağıığının tehlikeye düşmesi halinde uygulanabilen k÷rtaj, diğerd tüm hallerde çocuk düşürtme suçu yaptırımını ile karşılaştırmıştır. Bu durum hem kadınlar hem de hapis cezası ve disiplin cezaları ile karşı karşıya olan hekimler üzerinde caydırıcı etki yaratmış, ÷lkede k÷rtaj fiilen neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

Evde doğum hakkının tartışıldığı Dubská ve Krejzová v. Çek Cumhuriyeti başvurusunda da evde doğum yapmak isteyen kadınlara devlet tarafından ebe sağıılanmaması ve bu yolla evde doğumun fiilen engellenmesi söz konusudur. Mahkeme başvuruçuların iddia ettiğı, özel hayata sayğı hakkının ihlal edildiğı fikrine katılmamış ve kararda caydırıcı etki iddialarını değerdendirmemiştir. Karşı oy bildiren hakimler gerekçelerinde, tıbbi müdahaleyi sağıık kuruluşlarıyla sınırlayan yasayla “yasaya aykırı şekilde tıbbi hizmet sağılayan” kişilere yüksek para cezaları getirilmesinin, ebeleri evde doğumu sağılamaktan alıkoyduğunu ve bu durumun, evde doğum yapmak isteyen anneler üzerinde caydırıcı bir etki doğuracağını belirtmişlerdir.²⁶⁰

Caydırıcı etkinin özel hayata sayğı hakkı kapsamında şeref ve şöhdretin korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiğı davalarda da değerdendirildiğı gör÷lmektedir. Mahkeme bu iki hak arasında bir denge kurmaya çalışırken, özel hayata sayğı hakkını korumak üzere verilen kararların ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturmamasını engellemek istemektedir. Caydırıcı etki, bu davalarda esasen yine ifade özgürlüğü üzerinden değerdendirilmekle birlikte, ifade özgürlüğünün özel hayata sayğı hakkı ile bir teraziye konulduğı davalarda bir dengeleme unsuru olarak da değerdendirilmektedir.²⁶¹

²⁵⁹ AİHM, A, B ve C v. İrlanda, 25579/05, 16.12.2010.

²⁶⁰ AİHM, Dubská ve Krejzová v. Çek Cumhuriyeti, 28859/11 28473/12, 15.11.2016 (Hakimler András Sajó, Işıl Karakaş, George Nicolaou, Julia Laffranque ve Helen Keller’in karşı oyu).

²⁶¹ AİHM, Ömür Çağdaş Ersoy v. Türkiye, 19165/19, 15.06.2021; AYM, Safure Güneş Başvurusu, 2016/24905, 08.09.2020.

ii. Mahkemeye Başvuru Hakkı

Caydırıcı etki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde taraf devletlerin de hiçbir surette engel olmayacaklarını ayrıca taahhüt ettikleri 34. maddeye ilişkin davalarda da karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, halihazırda gözaltı/tutuklama tedbiriyle veya hükümlü olarak devlet gözetiminde olan kişilerin ve müvekkilleri adına başvuru yapmak isteyen avukatların mahkemeye başvururken keyfi müdahaleler ile karşılaşmaları ve haklarını kullanmaktan caydırılmaları daha olasıdır.²⁶²

Mahkeme'nin 2008 yılında karara bağladığı Mechenkov v. Rusya²⁶³ davasında, tüberküloz hastası olan hükümlü başvuru, tutulduğu cezaevi koşullarının gerekli sağlık hizmetini alması için müsait olmadığını, kötü şartlarda tutulduğunu belirterek şartlı tahliyesini talep etmiştir. Başvuru, taleplerinin iç hukuk yollarında reddedilmesi üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne durumunu anlatan bir mektup göndermiştir. Mahkemeye başvurusundan önceki üç yıldan fazla bir sürede toplam altı kez disiplin hücresine konulan başvuru, Mahkeme'ye başvurusundan itibaren bir yıl içerisinde, belirlenen alan dışında sigara içmek, görevliye küfretmek, cezaevinin belirli alanlarına izin almadan girmek, izin almadan başsavcıya şikâyet dilekçesi göndermek gerekçeleriyle dokuz kez disiplin hücresine konulmuştur. Başvuru, bu süreçte cezaevi yetkililerine Mahkeme'ye gönderilmek üzere başvuru süreci ile ilgili mühürlü bir mektup teslim etmiştir. Cezaevi yetkilileri bu mektubun içeriğini başvuru ile konuşmak üzere “toplantılar” düzenlemişlerdir. Şikâyet sebebini yahut mektubun içeriğini anlatmaktan kaçınan başvuru, bu görüşmeler sırasında tehdit edilmiştir.

Karar gerekçesinde Mahkeme'ye başvurmanın ve Mahkeme ile özgürce iletişime geçebilmenin önemi tekrar vurgulanmıştır. 34. madde kapsamında bireysel başvuru sisteminin etkili şekilde işleyebilmesi için devletlerin her türlü baskıdan uzak durması azami derecede önemlidir. “Her türlü baskı” ifadesi, başvuru ve başvuru sahiplerinin yasal temsilcilerine zorlama yapılmamasını, göz dağı verilmemesini

²⁶² AİHM, Cotlet v. Romanya, 38565/97, 03.06.2003.

²⁶³ AİHM, Mechenkov v. Rusya, 35421/05, 07.02.2008.

ifade ettiği gibi, dolaylı olarak kişileri Mahkeme'ye başvurmaktan caydırabilecek ya da onların cesaretlerini kırabilecek uygunsuz davranışlardan kaçınılması anlamını da taşır. Başvurunun geri çekilmesine ya da değiştirilmesine yönelik herhangi bir baskı ve iletişim de bu kapsamdadır.²⁶⁴ Başvuruculara ya da yasal temsilcilerine karşı bu davranışlardan kaçınılmaması, Mahkeme'ye bireysel başvuru hakkının kullanımı üzerinde caydırıcı etki yaratacaktır. Mevcut olayda başvurunun sağlık durumunun seyri üzerinde belirleyici etkisi olan cezaevi görevlilerinin, başvuru ile yaptığı "konuşmalar"ın, başvurunun bireysel başvuruda bulunması üzerinde caydırıcı etki yaratması kuvvetle muhtemeldir.

Yine, örneğin, başvuru ve avukatı tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru sonrası, başvurunun adil tazmin talebi üzerine polis, hiçbir şüphe olmamasına rağmen, evrakların başka bir dile çevrilmesine ilişkin giderlerin nasıl ödendiğine, tercümanın vergi beyannamesinde bu ödemeye yer verip vermediğine ilişkin vergi incelemesi başlatmıştır. İnceleme kapsamında başvurunun, avukatının ve tercümanın ifadeye çağırılması, incelemenin vergi dairesi memurları tarafından değil de polis tarafından yürütülmesi ve bir vergi incelemesinin çerçevesini aşar nitelikte araştırma yapılması, başvuru mahkemeye başvuru konusunda cesaretlerini kırma girişimi olarak nitelenmiştir.²⁶⁵

iii. Din ve Vicdan Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, din ve vicdan özgürlüğünün caydırıcı etki doktrini kapsamı dışında bırakıldığı gibi bir izlenim edinilebilirse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2020 yılında karara bağladığı bir davada din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin bir caydırıcı etki değerlendirmesi yaptığı görülmektedir.

Caydırıcı etki doktrini, din ve vicdan özgürlüğü bakımından Korostelev v. Rusya davasında değerlendirilmiştir. Mahkeme önüne gelen olayda, Müslüman bir başvurunun cezaevi günlük programına göre uyumaya ayrılan zamanda namaz

²⁶⁴ Aynı yönde, bkz.: Rasul Jafarov v. Azerbaycan, 69981/14, 17.03.2016; AYM, Candaş Kat Başvurusu, 2015/18467, 19.11.2019.

²⁶⁵ AİHM, Fedotova v. Rusya, 73225/01, 13.04.2006; Aynı yönde, AİHM, Mechenkov v. Rusya, 35421/05, 07.02.2008.

kılması dolayısıyla disiplin cezasına çarptırılması söz konusudur. Başvurucu, Ramazan ayı olması dolayısıyla gece ibadetinin özel bir önemi olduğunu, tek kişilik bir hücrede tutulması nedeniyle kimseyi rahatsız etmediğini, belirtilen saatler arasında uyumanın bir yükümlülük değil bir hak olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, başvurunun gece vakti namaz kılmasının cezaevi düzenine veya güvenliğine karşı bir risk oluşturmadığına, başvurunun ibadeti sırasında tehlikeli aletler kullanmadığına veya geniş bir grupta toplu olarak ibadet etmeye çalışmadığına dikkat çekerek yaptırım ile fiil arasında adil bir denge kurulmadığını ifade etmiştir.

Başvurucunun sağlığına, cezaevi düzenine, cezaevi görevlilerine herhangi bir zarar vermeyen, bir riske, gürültüye, kokuya neden olmayan bir ibadetin yerine getirilmesinin kınama cezası yaptırımıyla karşılaşması başvurunun erken tahliye, infaz şartlarının hafifletilmesi ihtimallerini olumsuz etkilemekle birlikte, cezaevindeki diğer mahkumların haklarını uygulamaları üzerinde caydırıcı etki yaratmaktadır.²⁶⁶

iv. Haklara Getirilecek Kısıtlamaların Sınırlanması

Caydırıcı etkiye ilişkin değerlendirmeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, haklara getirilecek kısıtlamaların, öngörülükleri amaç dışında kullanılmasını yasaklayan 18. maddesine ilişkin değerlendirmelerde de karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18. maddeye ilişkin kararlarında, hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların öngörülükleri amaca uygun yapıp yapılmadığının denetiminde, hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki yaratılıp yaratılmadığı inceleme kriterlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlgili kararlara bakıldığında, 18. madde değerlendirmesi yapılırken hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki yaratılıp yaratılmadığının bir kriter olarak incelendiği fakat caydırıcı etkinin tek başına 18. maddenin ihlal gerekçesi olarak kabul edilmediği görülmektedir. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sabuncu ve Diğerleri davasında, terör suçlamasıyla yapılan operasyonla Cumhuriyet gazetesi yazar ve çalışanları hakkında göz altı ve tutuklanma kararı verilmesinin, gazeteciler

²⁶⁶ AİHM, Korostelev v. Rusya, 29290/10, 12.05.2020.

hakkında ceza yargılaması başlatılmasının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yarattığını, bu sebeple ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini tespit etmiştir.

Mahkeme'ye göre, başvuruçuların terör suçları gibi ciddi suçlamalarla tutuklanmaları, bu kişilerin görüşlerini kamuyla paylaşmak konusunda caydırıcı bir etki yaratmakta hatta güncel siyasi konular hakkında, hükümetin ülkeyi yönetimi hakkında haber, yorum yapmak isteyen diğer gazeteciler üzerinde de otosansüre neden olabilecektir. Mahkeme bu tespitleri ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken bu bulguların 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermek için yeterli olmadığına hükmetmiştir.²⁶⁷

2019 yılında karara bağladığı Osman Kavala davasında²⁶⁸ ise, başvuruçunun haklarına getirilen sınırlamaların birtakım siyasi saiklerle yapılıp yapılmadığını 18. madde kapsamında ele alırken caydırıcı etki değerlendirmesine de yer veren Mahkeme, 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuruya konu olayda, 2013 yılında gerçekleşen Gezi Parkı protestolarını finanse etmekle suçlanan sivil toplum örgütü lideri başvuruçu, protestolardan yaklaşık beş yıl sonra hükümeti devirmeye teşebbüs etmek suçlamasıyla gözaltına alınmış ve tutuklanmış, başvuruçunun ofisi aranmış ve elektronik eşyalarına el konulmuştur. Mahkeme, başvuruçu aleyhine açılan davaya dayanak iddianamede başvuruçunun Gezi eylemleri sebebiyle cezai sorumluluğuna gidilmesine sebep olan olguların açıklanmadığına, olağan ve meşru faaliyetlerin suçluluğa delil olarak gösterildiğine değinmiş ve başvuruçunun tutuklanmasının Gezi eylemlerinden beş yıl, darbe girişiminden bir yıl sonra gerçekleşmesinin açıklanmadığına dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre, iddia makamının tutumu ve alınan tedbirlerin, başvuruçuyu susturmak, diğer kişileri benzer olaylarda rol almaktan kaçınmaya yöneltmek ve ülkedeki sivil toplumu felç etmek amacına yöneldiğini teyit etmek mümkündür.

Merabishvili davasında²⁶⁹ mahkeme, siyasi iktidarın el değiştirmesinin ardından eski başbakan olan başvuruçudan bilgi almak üzere baskı kurmak amacıyla zimmete para geçirmek, yetkisini kötüye kullanmak gibi fiiller ile suçlanarak tutuklanmasının,

²⁶⁷ AİHM, Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye, 23199/17, 10.11.2020; AİHM, Şık v. Türkiye (No. 2), 36493/17, 24.11.2020.

²⁶⁸ AİHM, Kavala v. Türkiye, 28749/18, 10.12.2019.

²⁶⁹ AİHM, Merabishvili v. Gürcistan, 72508/13, 28.11.2017.

kişilerin siyasi, ekonomik amaçlarla açılan ceza kovuşturmalarına, davalara tabi tutulmasının, Sözleşme’de belirtilen meşru amaçlar dışında bir amaç gütmek anlamına geleceğini tespit etmiştir. Oysa gözaltı ve tutuklama gibi tedbirlerin kişiler üzerinde manevi bir baskı kurmak amacıyla kullanılması, devlet organlarının yetkisi dahilinde olan güçleri art niyetli, siyasi saiklerle kullanması ve buna müsamaha gösterilmesi demokrasilerde iktidar sahiplerine açık çek vermek anlamına geleceğinden, demokrasi üzerinde caydırıcı etkiye sebep olur ve toplumun genelini kamusal tartışmalara katılmaktan caydırması sebebiyle demokratik kurumların işleyişini tehlikeye atar.

Ağırlıklı ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlükleri bakımından uygulanan caydırıcı etki doktrini, zamanla diğer haklara ilişkin mahkeme kararlarında yer bulmuştur. Caydırıcı etki doktriniyle kürtaç, evde doğum hakkı gibi önemli birtakım haklara yalnızca mevzuatta yer verilmekle yetinilmeyip uygulanabilirliğinin de sağlanması gerektiğine işaret edilmiştir. Yine mahkemeye başvuru hakkı konusunda caydırıcı etki doktrini uygulanarak yalnızca doğrudan engellemelerin değil başvuru hakkı üzerinde yaratılan negatif etkilerin de müdahale olarak değerlendirileceği içtihatlarla ortaya konmuştur.

Haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılmasına ilişkin 18. madde bakımından içtihatlar henüz çok yakın tarihli olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında haklar üzerinde yaratılan caydırıcı etkinin bir kriter olarak değerlendirildiği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yakın tarihli, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin kararında ibadetlerin yerine getirilmesinin engellenmesinin neden olacağı caydırıcı etkiye işaret edilmiştir.

c. Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etki ve Norm Denetimi Kararlarında Caydırıcı Etki Doktrininin Yetersiz Kullanımı

Caydırıcı etkinin en bilinen sebeplerinden biri hak ve özgürlüklerin kullanımının yaptırımla karşılaşmasıdır ve belirli bir hakkın, belirli bir yasa ile müdahaleye uğramasının caydırıcı etki yaratması pek çok halde mümkündür. Bununla birlikte bir kişilerin haklarını özgürce kullanabilmesinin önündeki tek caydırıcı engel müdahaleler değildir. Lafzı, kapsamı belirli ve öngörülebilir olmayan yasaların neden olduğu

belirsizlik sebebiyle kişilerin haklarını tespit edememesi, ne türlü bir yaptırımla karşılaşabileceğini öngörememesi, kişileri haklarını kullanmaktan caydırabilecektir.

Bu kısımda yasaların sebep olduğu caydırıcı etki ortaya konacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin caydırıcı etkiye sebep olduğunu işaret ettiği yasalardan örnekler verilecek ve Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararlarında caydırıcı etki doktrininin uygulamasındaki yetersizlikler ele alınacaktır.

i. Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etki

“Korku cezadan çok daha beterdir, çünkü ceza bellidir, ağır da olsa, hafif de. [Ceza] hiçbir zaman belirsizliğin dehşeti kadar, o sonsuz gerilimin ürkünçlüğü kadar kötü değildir.”²⁷⁰

Kişileri hak ve özgürlüklerini kullanmaktan caydırabilecek en önemli hususlardan biri, yasalardan kaynaklanan belirsizliktir. Caydırıcı etki doktrininin ortaya atıldığı yıllarda da sıklıkla tartışılan, genel anlamda yasalardan kaynaklanan caydırıcı etki, neyin yasak olduğunun, yasağın kapsamının ne olduğunun net olarak anlaşılmadığı yönündeki şikayetlere ilişkin davalarda sıklıkla uygulanmıştır. Mevzuatta yer alan ifadelerin veya ortaya konan kuralların lafzının muğlak olması, kişilerin haklarını net olarak tespit edememelerine sebep olacaktır. Yine lafzı anlaşılabilir olmasına rağmen bir yasa hükmünün uygulamasının kapsamının tespit edilememesi söz konusu olabilmektedir. Bu başlıkta lafzı ve uygulama kapsamı itibarıyla belirsiz yasaların yahut yeknesak bir düzenleme olmamasının caydırıcı etkiyle ilişkisi ortaya konulacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı izah edilecek ve Anayasa Mahkemesi norm denetimi kararlarında caydırıcı etki doktrininin yetersiz kullanımı açıklanacaktır.

²⁷⁰ Stefan Zweig, **Korku**, Çev. İlknur İgan, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, 2015.

aa. Lafzı ve Uygulama Kapsamı İtibariyle Belirsiz Yasalar

İçeriği açıkça ifade edilmemiş, sınırları anlaşılır şekilde belirlenmemiş mevzuatın, kişileri anayasal haklarını kullanmaktan caydırması endişesi, belirsizlik doktrininin temelidir. Belirsiz yasalar, bu anlamda yasa koyucunun yetkisini kendisinden aldığı insanların hak ve özgürlükleri üzerinde gri bir alan oluşturması anlamına gelecektir. Oysa, insanların davranışlarının sınırlandırılması istisnadır, asıl olan kişilerin özgürlüğüdür. Bu sebeple hukuken hangi fiillerin hukuki olduğunun belirlenmesi abesle iştirgaldir, asıl olan yasak fiillerin net şekilde ortaya konmasıdır. Davranış ve eylemlerinde özgür olan insanın, hangi fiillerin yasak olduğunu anlayabilmesi, hakların hukuka uygun sınırlandırılmasının bir şartıdır. Hak sahiplerinin anlayamayacağı şekilde kaleme alınan düzenlemelerle hak sınırlaması mümkün değildir.

Türk hukukunda, uygulamada ve doktrinde, sıklıkla tartışılan belirlilik ilkesi, hukuk devletinin en temel ilkelerinden biridir. Yasal düzenlemelerin hem kişiler tarafından hem de uygulayıcılar tarafından açık, net bir şekilde anlaşılabilir ve uygulanabilir olması gereklidir. Hukuki güvenlik ilkesi ile de yakından ilgili olan belirlilik ilkesi, kişilerin hangi somut eylem ve olaylara hangi sonucun, hangi hukuksal yaptırımın bağlandığını, gerektiğinde bu düzenleme uyarınca idarenin müdahale yetkisine sahip olduğunu kanundan öğrenebilme imkanına sahip olması anlamına gelir. Belirlilik ilkesi ayrıca yasaların kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesini gerektirir.²⁷¹ Demokrasilerde vatandaşların davranışlarını konulan kurallara göre düzenlemesi beklendiğinden, kanunların açık, net, anlaşılabilir, ulaşılabilir olması elzemdir.

Bir yasal düzenlemenin belirsiz olmaması, keyfi uygulamaların engellenmesi açısından da önemlidir. Belirsiz bir yasa, uygulayıcıya, onun yetki alanından çok daha fazlasını devretmek anlamını taşır. Muğlak düzenlemeler, keyfi uygulamaları beraberinde getirir. Keyfi uygulamalar, özgürlük alanı üzerinde, yasal düzenlemeler kadar hatta belki daha fazla caydırıcı etki yaratma potansiyeline sahiptir. İçeriği net

²⁷¹ AYM, E.2009/51, K. 2010/73, T. 20.05.2010; AYM, E.2009/21, K. 2011/16, T. 13.01.2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, T. 07.07.2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, T. 11.04.2012.

şekilde ifade edilmiş yasa, uygulayıcılara da açık standartlar getirerek yol gösterecektir.

Belirsizliğin yaratacağı bir diğer sonuç, kişilerin her an hukuka aykırı bir fiil işleme korkusuyla hukuken korunan özgürlük alanından uzaklaşmasıdır. Yasağın hangi noktada başladığının belirli olmaması, caydırıcı etki yaratarak özgürlüğün tam olarak hayata geçmesini engeller. Kişiler sürekli sınırları belli olmayan bir “yasak alan”a girme korkusu yaşayacaklarından, ifade özgürlüğünün çok daha sınırlı şekilde adeta “diken üstünde” yaşanması söz konusu olacaktır.²⁷²

Yasalardan kaynaklanan caydırıcı etkide bir diğer ayırım ise, yasanın uygulama alanının genişliği sebebiyle yasanın kapsamının/uygulanmasının belirlenememesidir. Yasal düzenlemelerde getirilen sınırlamaların korunan haklar alanına da uzanabilecek şekilde aşırı geniş formüle edilmesi, hak alanı üzerinde belirsiz bir alan yaratacaktır. Türk hukukunda, kanunilik ilkesinin bir diğer unsuru öngörülebilirlik ilkesi ile yakından bağlantılı olan bu kavram, en temelde, yasaların ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin önceden bilinmesi anlamına gelmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır.²⁷³

Anayasa Mahkemesi’ne göre, bir yasa kuralı ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. Öngörülebilirlik şartı olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.²⁷⁴ Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır.²⁷⁵

Öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturacak derecede aşırı geniş yasaların caydırıcı etki ile ilişkisi, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da sıklıkla değinilen bir husustur. Buna göre, kanun koyucu, nefes alacak bir alan tanınması

²⁷² Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972); Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360, 372 (1964)

²⁷³ Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2019, s. 410.

²⁷⁴ AYM, E. 2005/5, K. 2008/93, T. 17.04.2008.

²⁷⁵ AYM, E.2011/62, K.2012/2, T. 12.01.2012.

gereken²⁷⁶ bir hak olan ifade özgürlüğüne yönelik, anayasal korumadan yararlanan alana da uzanabilecek aşırı geniş yasal düzenlemeler yapamaz.²⁷⁷ Bir başka deyişle, bir mevzuat hükmü, anayasal korumanın dışında kalan fiillere ek olarak anayasal olarak korunan ifade özgürlüğü alanına da müdahale edebilecek nitelikte ise, anayasal anlamda aşırı geniştir ve caydırıcı etki yaratma potansiyeli vardır.

Yasaların sebep olduğu belirsizlikten bahsedildiğinde, yasanın yorumlanmasının belirsizliğe etkisine de kısaca değinilmelidir. Bahsi geçen kararda belirtildiği gibi, yasanın sınırlarının belirli hale getirilmesinde yasanın yorumlanması faaliyetinin de önemli bir payı vardır. Kanun ile izin verilen müdahalelerin hiçbir somut bağlantı kurulmadan geniş şekilde yorumlanarak uygulanması keyfiliğe yol açıldığını izlenimini verir, kişilerin hukuki durumlarını belirsizleştirir ve kuralı öngörülemez hale getirir. Bu durumun oluşturacağı caydırıcı etki de başvuruçularla birlikte aynı özgürlüğü kullanmak isteyen geniş kitlelerin ifade özgürlüğü üzerinde yaygın ve ağır bir baskıya neden olur.²⁷⁸

bb. Yeknesak Düzenleme Yokluğunun Sebep Olduğu Belirsizlik

Caydırıcı etki bir mevzuat hükmünden veya onun uygulamasından doğabileceği gibi, yeknesak bir düzenlemenin bulunmamasından da kaynaklanabilir. Kanun koyucunun ve/veya idarenin, uygulamada var olan belirsizliği gidermek üzere gerekli düzenlemeleri yapmaması, kişiler arasında farklı muamele yapılmasına ve hakkın hayata geçirilmesi üzerinde genel anlamda olumsuz bir etki oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Türkiye’de, sendikal faaliyetler kapsamında gerçekleştirilen, işe gelmeme, basın açıklamasına katılma gibi kim eylemler sonrasında özellikle kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturması başlatılması uygulaması buna örnek olarak gösterilebilir. Gerek idarenin olağan uygulamasında gerekse idari yargının yerleşmiş içtihatlarında sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelinmemesi halinde kişinin mazeret iznini kullandığı kabul edilmekte ve disiplin soruşturması açılmamaktadır. Fakat, yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmaması

²⁷⁶ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

²⁷⁷ Martin H. Redish, "Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine", *Northwestern University Law Review*, 78, no. 5, 1983-1984, s. 1034.

²⁷⁸ AYM, Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri Başvurusu, 2017/22355, 26.12.2019.

sebebiyle sendika hakkını kullanan kişiler arasında farklı uygulamalar ortaya çıkmasına sebep olabilmekte, kişiler disiplin soruşturması tehdidi altında kalabilmektedir.²⁷⁹

Benzer şekilde, hakların kullanılması konusunda etkili iç hukuk yollarının olmaması veya etkin şekilde işlemiyor olması, mevzuattan kaynaklanan bir caydırıcı etki doğmasına sebep olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ele aldığı Patyi v. Macaristan²⁸⁰ kararında Mahkeme, başvurucunun gösteri yürüyüşü düzenlemek üzere yaptığı başvuruların reddedilmesi sonucu yaptığı başvuruda devletin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazı üzerine, etkili bir iç hukuk yolu bulunmamasının caydırıcı etkiye neden olabileceğini vurgulamıştır. Ele alınan olayda, kamuoyunda güncel olarak tartışılan bir konu hakkında gösteri düzenlemek isteyen başvurucuya gösterilen iç hukuk yolundan ortalama dört yıldan fazla bir süre sonra sonuç alınabilmesinin toplanma ve gösteri yürüyüşü üzerinde caydırıcı etki yarattığı tespit edilmiştir.

ii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yasalardan Kaynaklanan Caydırıcı Etkinin Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, belirsiz yasaların neden olduğu sınırlı şekilde ele almış, ağırlıkla kanunilik incelemesi aşamasında, lafzı veya uygulaması itibarıyla belirsizlik yaratan yasaları işaret etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, 2008 yılında karara bağladığı Vajnai v. Macaristan²⁸¹ başvurusu, yasanın uzanabileceği hak alanının aşırı genişliği sebebiyle eleştirildiği önemli kararlardan biridir. Tartışmaya konu Macaristan Ceza Kanunu'nun 269/B maddesi ile gamalı haç, SS rozeti, ok haç işareti²⁸², orak ve çekiç sembolü veya kırmızı yıldız sembolünün sergilenmesi, kamuya açık alanlarda kullanılması ve dağıtılması yasaklanmıştır. İlgili maddeye göre bu fiillerin eğitim, bilim, sanat

²⁷⁹ AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, 2013/8463, 18.9.2014; AYM, Serkan Kanak Başvurusu, 2014/1263, 06.01.2015.

²⁸⁰ AİHM, Patyi v. Macaristan, 35127/08, 17.01.2012.

²⁸¹ AİHM, Vajnai v. Macaristan, 33629/06, 08.07.2008.

²⁸² Ok Haç Partisi (Arrow Cross/Nyilaskeresztes Párt), Macaristan'da İkinci Dünya Savaşı sırasında etkili olmuş, aşırı sağcı, sembolü ok haç olan ve Nazilerle iş birliği yapmış bir siyasi partidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.britannica.com/topic/Arrow-Cross-Party>, Erişim Tarihi: 09.12.2021.

amacıyla, tarihi ve güncel olaylara ilişkin bilgi vermek amacıyla kullanılması ile diğer devletlerin alametlerinde kullanılan semboller istisna olarak belirlenmiştir.

Mahkeme, müdahalenin yasa ile düzenlenmesi kriteri bakımından yasanın lafzi olarak yeterince açık olduğunu ve öngörülebilirlik kriterlerini karşıladığını belirtmiştir. Yasanın uygulaması konusunda esasa ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, kırmızı yıldız kullanımının pek çok anlamı olabileceğine dikkat çekmiştir. Yasa ile getirilen yasağın 10. madde ile korunan ifade özgürlüğü alanına, bu alanda gösterilen faaliyetlere ve ifade edilen fikirlere de uygulanma ihtimali vardır ve ifade özgürlüğü alanında kalan faaliyetleri ayırmanın tatmin edici bir yolu yoktur.

“Kırmızı yıldızın kullanımı yasaktır” denildiğinde, bir yasakla sayısız fiil hukuka aykırı alanda bırakılmaktadır. Nitekim yasada kırmızı yıldızın sadece belirli kullanımlarının yasaklandığına dair bir hüküm yoktur. Mahkemeye göre, böyle bir hüküm olsaydı dahi, yasanın getirdiği belirsizlik ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğmasına ve kişilerin otosansüre yönelmesine sebep olabilecektir. Yasaklanan sembolün pek çok anlama gelebilme ihtimali olduğundan sembolün tümünden yasaklanması sözleşme ile korunan ifade özgürlüğü alanı üzerinde bir öngörülemezlik yaratabilir. Görüldüğü üzere bu durumda yasada yer verilen muğlak ifadelerden kaynaklanan bir belirsizlik yoktur, kırmızı yıldızın yasak olması gayet anlaşılabilir bir ifadedir fakat sıra yasanın uygulanmasına geldiğinde yasanın kapsamı, hukuken korunan hak alanına da uzanabilecek şekilde geniş çizilmiştir.

Aynı şekilde internet ortamında sadece link paylaşılmasının bilginin yayılması anlamına geleceğinin ve paylaşılan kişinin sorumluluğunun doğacağına kabul edilmesi aşırı geniş nitelikteki yasa hükümlerine bir başka örnektir. Yasa ile link’i herhangi bir sebeple paylaşan kişilerin sorumlu olacağını kabul etmek, kişileri, üzerinde daha sonra değişiklik yapılabilecek bir içerik dolayısıyla sorumlu tutmak anlamına gelecektir. Link verilen içerik üzerinde herhangi bir kontrolü olmayan kişileri link paylaştıkları için sorumlu tutmak, sayısız fiili hukuka aykırı kılacak, kişileri, herhangi bir sebeple link paylaşmaktan tamamen kaçınmaya zorlayacak ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratabilecektir.²⁸³

²⁸³ AIHM, Magyar Jeti Zrt v. Macaristan, 11257/16, 04.12.2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli kararlarında Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerin muğlaklığına dikkat çekerek, bu hükümlerin sebep olduğu belirsizliğin hak alanı üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu ifade etmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda halen varlığını sürdüren ve muğlak ifadeler içermesi nedeniyle sıklıkla eleştirilen Türklüğe Hakaret suçu, mahkemenin yasanın muğlaklığı sebebiyle caydırıcı etki doğabileceğini tespit ettiği düzenlemelerden biridir.²⁸⁴ Altuğ Taner Akçam v. Türkiye²⁸⁵ davasında mahkeme, suç fiilini düzenleyen hükmün lafzının, kişilerin davranışlarını düzenlemelerine veya eylemlerinin sonuçlarını öngörmelerine imkân vermediğini belirtmiştir. Yasada yer alan “Türklük”, “Türk ulusu” gibi ifadelerin, özellikle temyiz mahkemeleri tarafından da oldukça geniş yorumlandığı göz önüne alındığında, yasanın öngörülebilir olmaktan çıktığı tespit edilmiştir.

Bu tespite varırken, Mahkeme, Türk toplumunda hassas olarak görülen konularına değinen ve toplumca tanınan Elif Şafak, Orhan Pamuk ve Hrant Dink gibi kişiler hakkında, yasanın muğlaklığını kullanarak başlatılan cezai süreçleri göz önüne almıştır. Özellikle merhum Hrant Dink hakkında başlatılan ceza soruşturmaları ve bir kısım basının onu hedef haline getirmesi sonucu Dink'in aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmesi, muğlak bir yasaya dayanarak başlatılan keyfi bir ceza hukuku sürecinin ne gibi vahim sonuçlara sebep olabileceğini göstermiştir.

Altuğ Taner Akçam başvurusunda Mahkeme, lafzi itibariyle belirsiz olan ve oldukça geniş yorumlanan yasanın²⁸⁶, ağırlıkla 1915 olayları üzerine araştırmalar yapan bir tarih profesörü olan başvurucunun ifade özgürlüğü hakkını kullanması üzerinde sürekli bir tehdit oluşturacağını, bu durumun da başvurucunun ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratacağını belirtmiştir. Bu hüküm uyarınca incitici,

²⁸⁴ Türk Ceza Kanunu'nun ilgili 301. Maddesinin kenar başlığı, 30/4/2008 tarihli ve 5759 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁸⁵ AİHM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011.

²⁸⁶ Söz konusu yasa hükmünün ilk fıkrası, kararın verildiği tarihte şu şekildedir: “Türklüğü, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ...”. Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararına göre Türklük kavramı şu şekilde yorumlanmaktadır: “... Türklük kavramı Devletin beşeri unsuruna, yani Türk Ulusuna atıfta bulunur. Türklük, ulusal dil ve ulusal hisler ve geleneklerin yanı sıra beşeri, dini ve tarihi değerler gibi ulusal ve ahlaki değer ile bir bütün olarak oluşturulur...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.07.2006.

kırıcı veya rahatsız edici görüş veya fikirler hakkında cezai takibatın başlatılması mümkündür, ki açılan davalara bakıldığında bunun sadece bir öngöründen ibaret olmadığı da görülmektedir. TCK'nın 301. maddesi, kabul edilemez biçimde geniş kavramlara yer vermesi sebebiyle öngörülebilirlik eksikliğine neden olduğundan, “müdahalenin kanunla düzenlenmesi” ilkesinde işaret edilen “kanun” vasfını taşımamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında caydırıcılığa sebep olduğu değerlendirildiği ısrarla vurgulanan hükümlerin önemli bir kısmını terör suçlarını düzenleyen kanun maddeleri oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karara bağladığı Ali Gürbüz v. Türkiye davasında, başvurunun, terör örgütünün farklı farklı konularda yaptığı açıklamalara gazetesinde yer vermesi dolayısıyla hakkında açılan ceza davaları değerlendirilmiştir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ilgili dönemde, terör örgütü bildiri ve açıklamalarını hapis cezası ile cezalandırmakta, ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da adli para cezası öngörmektedir. Mahkeme'ye göre, sırf terör örgütü yöneticilerinin açıklamalarına yer verilmesi sebebiyle bir gazetenin yöneticilerine, kamunun bilgi alma hakkı ve ilgililerin niyeti gözetilmeden, neredeyse otomatik olarak terör suçlaması yöneltilmesine imkân veren mevzuatın varlığı ve uygulaması fikir alma, verme ve yayma özgürlüğü ile bağdaşmaz. Bu sebeple, açıklamalara gazetede yer verilmesi sebebiyle suçun işlenişine iştirak etmemiş olan basın ve yayın organı sahibinin adli para cezasına çarptırılacağını öngören hüküm, sayısız fiili yasaklayan, tam olarak neyi yasakladığı madde metninden net olarak anlaşılamayan, aşırı geniş nitelikte bir hüküm olarak nitelenmiştir. Böyle bir kanun hükmü, henüz bu suçlamadan dolayı hiç kimse cezalandırılmamış olsa dahi bizatihi varlığı ile ifade özgürlüğüne bir müdahaledir.²⁸⁷

Mevzuattan kaynaklanan caydırıcı etki tartışmalarında en sık gündeme gelen mevzuat hükümlerinden biri kuşkusuz terör örgütüne üyelik suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun terör örgütü

²⁸⁷ AİHM, Ali Gürbüz v. Türkiye, 52497/08 ve 6 diğer başvuru, 12.03.2019; AİHM, Dilipak v. Türkiye, 29680/05, 15.09.2015. Yasa hükümlerinin yalnızca varlıklarının dahi caydırıcı etkiye sebep olabileceğine dair tespit için ayrıca bkz.: AİHM, Bayev ve Diğerleri v. Rusya, 67667/09, 20.06.2017.

propagandası hakkındaki 7. maddesidir. Işıkırık v. Türkiye²⁸⁸ davasında, Mahkeme, toplanma ve gösteri yürüyüşü kapsamına giren eylemler ile terör örgütü bünyesinde suç işlemeye ilişkin suç fiilleri arasında neredeyse herhangi bir ayırım kalmadığına dikkat çekmiştir. Bir hukuk normunun, bu kadar geniş kapsamlı bir şekilde yorumlanması, bir kişinin temel hak ve özgürlüklerini kullanması ile -üyeliğe dair herhangi bir somut delil bulunmaksızın- örgüt üyeliği suçlaması ile karşı karşıya kalması durumunu eşitlemektedir. Böyle bir durum, barışçıl toplanma hakkının özünün ve dolayısıyla demokratik toplumun temellerinin oyulması anlamına gelecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılması sebebiyle başvurucunun silahlı örgüt üyeliği suçlamalarıyla çarpıcı derecede yüksek hapis cezasına maruz kalması sonucunu doğuran yorumlama ve uygulama, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü kullanmak isteyen kişiler üzerinde kaçınılmaz olarak caydırıcı etkiye sebep olacaktır.

iii. Norm Denetimi Kararlarında Caydırıcı Etki Doktrininin Yetersiz Kullanımı

Anayasa Mahkemesi norm denetimi kararlarında caydırıcı etki değerlendirmesi yapılmadığına ve bunun etkilerine değinmeden önce birkaç hususun netleştirilmesi gerekmektedir. Bir önceki başlıkta, kanun hükümlerindeki belirsizliğin hakların uygulanmasında caydırıcı etkiye sebep olduğuna dair kararlarına verdiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların, Sözleşme 'ye taraf devletler tarafından ihlal edilip edilmediğini ağırlıkla bireysel başvurular üzerinden denetleme misyonunu yerine getiren bir uluslararası mahkemedir. Bir iç hukuk mahkemesi görevi üstlenmeyen mahkeme, yasaların neden olduğu caydırıcı etkinin tespitinde dar bir alanla sınırlı kalmıştır. Bu sınırlı kalma hali mahkemenin konumundan kaynaklandığı kadar mahkemenin son yıllarda ulusal mahkemelere nazaran ikincil konumunu daha da öne çıkararak yaptığı bir tercihten de kaynaklanmaktadır.

Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kanun maddesinin nasıl uygulandığını ilk elden inceleyen ve daha da önemlisi kanun maddesinin nasıl

²⁸⁸ AİHM, Işıkırık v. Türkiye, 41226/09, 14.11.2017.

uygulanması gerektiği konusunda bir ülkede tonu en baştan belirleyebilen bir konumda değildir.

Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun’a göre, diğer görevlerinin yanında soyut ve somut norm denetimi yapmak ve bireysel başvuruları karara bağlamakla görevli bir iç hukuk mahkemesidir. Kanun maddelerinin lafzını yorumlamada ve bu maddelerin nasıl uygulanması gerektiği konusunda daha hakim bir konumdadır.

Netleştirilmesi gereken ikinci konu, caydırıcı etki doktrininin öğrenilmesiyle ve uygulanması alışkanlığıyla ilgilidir. Anayasa Mahkemesi bakımından, 2015 yılından itibaren bireysel başvuru kararlarında karşımıza çıkmaya başlayan caydırıcı etki kavramına, Mahkeme’nin bireysel başvuru kararlarında yer verilmektedir. Ağırlıklı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının takip edildiği bu sistemde Anayasa Mahkemesi’nin caydırıcı etki doktrini bakımından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını takip ederek hak ihlali değerlendirmesinde çok defa caydırıcı etki tespiti yaptığı görülmektedir.

Yine bireysel başvuru kararlarında, yasaların neden olduğu caydırıcı etkiye ilişkin tespitlerde ise Anayasa Mahkemesi’nin neredeyse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden dahi daha dar alanda tespitler yaptığı göze çarpmaktadır. Bu durumun sebebinin, yasaların neden olduğu caydırıcı etkinin Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi kararlarında değerlendirilmesi olarak düşünülebilirse de norm denetimi kararlarında yasaların neden olduğu caydırıcı etkinin herhangi bir şekilde değerlendirilmediği görülecektir. Anayasa Mahkemesi bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin usulünü izleyerek bireysel başvuru kararlarında ilgili yasaların caydırıcı etki doğurabileceğini işaret etmekle yetinmektedir.

Anayasa Mahkemesi internet sitesinde, norm denetimine ilişkin kararlar içinde “caydırıcı etki” anahtar kelimesi ile arama yapılarak, 12.12.2021 tarihi itibarıyla, 14 sonuca ulaşılabilmektedir. Bu kararların on tanesi ceza hukuku bağlamında caydırıcı etki ile ilgili olup, ifade özgürlüğü bakımından caydırıcı etkinin değerlendirildiği bir

karar mevcuttur.²⁸⁹ İlgili kararda caydırıcı etki doktrininin Mahkeme'nin kararına katılmayan hakimlerin karşı oy gerekçelerinde değerlendirildiği görülmektedir.²⁹⁰

Anayasa mahkemeleri, anayasanın üstünlüğünü korumak görevini üstlenen ve çeşitli mekanizmalarla anayasal hakların uygulanmasını/uygulanabilirliğini denetleyen mahkemelerdir. Caydırıcı etki doktrini, özgürlüklerin, daha özelde ifade özgürlüğünün yapısal denetimine ilişkindir. Doktrin, prosedürlerin, kuralların, kurumların haklarla ve hakların uygulanabilirliği ile ilişkisini gözden geçirmeye odaklandığından, hakların kullanımının denetlenmesi konusunda farklı bir bakış açısı sunar. Anayasanın üstünlüğünü temin etmek görevini üstlenen bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesi'nin önündeki davadan daha fazlasını görmekle yükümlü olduğu da hesaba katılırsa caydırıcı etki, eldeki davadan ifade özgürlüğünün genel işleyişine bir bakış atabilme imkânı sunmaktadır. İster norm denetimi kararı olsun ister bireysel başvuru olsun Anayasa Mahkemesi, anayasal konumu sebebiyle tüm devlet ve özellikle yargı sistemine kuş bakışı bakabilen bir mahkeme olduğundan, esasen eldeki dava ile birlikte hakların uygulanmasına ilişkin tüm süreçleri görmekle yükümlüdür.

Caydırıcı etki doktrininin uygulamasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesiyle sınırlı kalınması ve norm denetimi kararlarında caydırıcı etki değerlendirmelerine yer verilmemesi, mahkeme kararlarında bazı tutarsızlıkların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Bu tutarsızlığa, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin mahkeme kararlarındaki serüveni örnek gösterilebilir. 6352 sayılı Kanun,

²⁸⁹ AYM, E. 2015/41 K. 2017/98, T. 04.05.2017.

²⁹⁰ Kamuoyunda "iç güvenlik paketi" olarak bilinen ve çeşitli yasalarda değişiklik yapılmasını öngören yasayla, 2559 sayılı PVSK'nın 16. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine getirilen ek ifade ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanan kişilere boyalı su sıkılmasını mümkün kılınmıştır. Yine aynı yasayla 2911 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine eklenen ibare ile göstericilerin yüzlerini tamamen ve kısmen örtmeleri yasaklanmıştır.

Mahkeme çoğunluğu tarafından yasanın ilgili hükümlerinin anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir. Hakimler Engin Yıldırım, Zühtü Arslan ve Hasan Tahsin Gökcan, ayrı ayrı yazdıkları karşı oylarında caydırıcı etki değerlendirmesi yaparak yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu ifade etmişlerdir. Hakimlere göre yasa, uygulamada belirsizlik yaratabilecek potansiyeldedir. Kural hiçbir şekilde suç işlemeyip, toplantı ve gösteri yürüyüşüne barışçı bir şekilde katılan kişilerin, tesadüfen olay yerinden geçenlerin, eylemi izleyen kişilerin de boyalı su sıkılmak suretiyle işaretlenip, potansiyel suçlu muamelesi görmelerinin önünü açmaktadır. Boyalı su ile işaretlenen herkes suçlu sayılıp, yargılanma tehdidi altında kalacaktır. Yine herhangi bir istisnaya yer verilmeyerek, kategorik ve yaptırımı ağır bir yasak öngören kuralın barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne meşru ve haklı kaygılarla kimliğini gizleyerek katılmak isteyenler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacağı açıktır. Bir kişinin şiddet içermeyen bir gösteriye katıldığını gizlemesi ve yüzünü kapatması, iş ve aile yaşamı ve benzeri diğer alanlardaki ilişkileri bağlamında böyle bir faaliyete katıldığının bilinmesini istememesi sebebiyle de meydana gelebilir. Tüm bu hususlar kişileri toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını kullanmaktan caydırabilecek niteliktedir.

gerekçesinde ifade ve basın özgürlüklerini korumak üzere getirildiği belirtilen, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümler içeren bir yasadır. Kanun'un geçici 1. maddesine göre, belirli bir tarihe kadar basın ve yayın yoluyla ya da sair yöntemlerle düşünce ve kanaatin açıklanması yoluyla işlenmiş suçlar hakkında, üç yıllık denetim süresine hükmedilecek, bu süre içerisinde aynı kapsamda yeni bir suç işlenmemesi halinde, kişi hakkında dava açılmışsa kovuşturmanın; kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün varlığı halinde ise infazın ertelenmesine karar verilecektir. Kanun'un ilgili hükmünün anayasaya aykırılığı şikâyeti Anayasa Mahkemesi tarafından, düzenlemenin "temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade ve basın özgürlüğünün korunması amacıyla yapıldığı" vurgulanarak reddedilmiş, ilgili hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir.²⁹¹

Mahkemenin, aynı kanunun uygulanmasına ilişkin çok sayıda bireysel başvuru kararlarına baktığımızda ise karşımıza bambaşka bir tablo çıkmaktadır. Mahkeme, önüne gelen davalarda kanunun aynı maddesinin uygulamasını ifade ve toplanma özgürlüklerine yönelik bir müdahale olarak nitelemiş; kanunun uygulamasını defaatle hak ihlali olarak kabul etmiştir.²⁹² Pek çok kararda bu kanuna dayanarak verilen erteleme kararlarının ifade ve basın özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki yarattığını tespit etmiştir.²⁹³ Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında yaptığı tespite göre, mahkemeler tarafından suçun sübutuna ilişkin gerekli değerlendirmenin yapılmasına ilişkin bir şarta yer vermeyip doğrudan erteleme kararı verilmesini öngören yasa hükmü, caydırıcı etki doğurabilecektir. Suçun sübutuna ilişkin bir değerlendirme yapılmadığında yargılama sonucunda hakkında beraat kararı verilebilecek kişiler için de denetim süresine hükmedilebilmekte, bu durum da hak ve özgürlüklerin kullanımı üzerinde caydırıcı etkiye sebep olabilmektedir.²⁹⁴

Son durumda, mahkemenin norm denetimi kararlarına göre hüküm anayasaya uygundur fakat aynı mahkemenin bireysel başvuru kararlarına göre hükmün uygulanması, ifade özgürlüğünü yaptırım tehdidi altında tutmaktadır. Bu kanun

²⁹¹ AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013.

²⁹² "Henüz mahkûm edilmemiş olsa bile ertelenen kovuşturmanın gelecekte yeniden başlayabilme olasılığının başvurularda stres ve cezalandırma endişesini devam ettireceği kanaatine varılmış ve söz konusu kararlarda başvuruçuların ifade ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunduğu kabul edilmiştir." AYM, Osman Baydemir Başvurusu, 2018/24509, 15.09.2021.

²⁹³ AYM, Selçuk Kozağaçlı Başvurusu, 2014/10715, 10.1.2018; AYM, Ahmet Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/10265, 10.01.2018.

²⁹⁴ AYM, Selahattin Demirtaş (9) Başvurusu, 2017/28948, 15.06.2021.

uyarınca hakkında üç yıl denetim süresi öngörülen kişi cezalandırılma korkusuyla ifade özgürlüğünü kullanmaktan cayabilecek, otosansüre yönelebilecektir.²⁹⁵ Bu durumda, mahkemeye göre, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sebep olan bir kanun hükmünün anayasaya uygun olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bireysel başvuru kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını takip etmiş ve fakat bunun ötesine geçememiştir.

Üstelik, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin esasa girerek ret kararı vermesi durumunda, kararın yayınlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar tekrar başvurma yasağı bulunmaktadır.²⁹⁶ Bu durumda, caydırıcı etki doğurduğu aynı mahkemenin bireysel başvuru kararlarında tespit edilen kanunun varlığını uzun süre devam ettirebilmesi mümkün olmaktadır.

Norm denetiminde caydırıcı etki doktrininin dışarıda bırakılmasının bir örneği, Mahkeme'nin Türk Ceza Kanunu'nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili bireysel başvuru ve norm denetimi kararları arasındaki farkta ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi, sanığın uzun bir süre denetim altına alınmasını öngören hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemesinin hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu pek çok bireysel başvuru kararında tespit etmiştir. Nihayetinde mahkeme, yakın bir tarihte verdiği Atilla Yazar ve diğerleri kararı²⁹⁷ ile bu konuda yapısal bir sorun olduğunu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu şekilde uygulanmasının, yalnızca daha önce cezalandırılmış kişileri Anayasa'nın 26. ve 34. maddeleri ile korunan haklarını bir daha

²⁹⁵ AYM, Hanifi Biçimli Başvurusu, 2013/6909, 24.02.2021: "... başvurunun 3 yıllık denetim sürecine tabi tutulduğu dikkate alındığında başvuru konusu kovuşturmanın ertelenmesi kararının başvurunun ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olduğu ve müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir."

Yasanın ilgili hükmünün toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bakımından caydırıcı etki yaratacağına ilişkin tespitler için bkz.: AYM, Selahattin Demirtaş (9) Başvurusu, 2017/28948, 15.06.2021: "...Başvurucu hakkında verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının başvurunun tekrar bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılıp mahkûm olması durumunda, ceza yargılamasının devam etmesi ve yargılama sonucunda başvurunun ceza alması ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla başvuru katıldığı bir barışçıl gösteri nedeniyle üç yıl boyunca bir ceza tehdidinde maruz kalacak ve bundan sonra herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılıp katılmama yönünde kovuşturmanın ertelenmesi kararının caydırıcı bir etkisi olacaktır." Aynı yönde, bkz.: Selahattin Demirtaş Başvurusu (10), 2017/39885, 30.03.2022.

²⁹⁶ Mahkeme Anayasa'nın ilgili maddesini gerekçe göstererek, ilgili hükmün anayasaya aykırı olduğuna dair ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan başvuruları reddetmiştir. İlgili kararlar için bkz.: AYM, E. 2013/99, K. 2014/61, T. 27.03.2014; AYM, E. 2014/77, K. 2014/202, T. 25.12.2014.

²⁹⁷ AYM, Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu, 2016/1635, 05.07.2022.

kullanmaktan caydırmakla kalmayacağını, aynı zamanda toplumun diğer mensuplarını da düşüncelerini serbestçe açıklamaktan ve toplantı ve gösterilere katılmaktan caydıracağını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması, sürekli hak ihlallerine yol açan yapısal sorunlar barındırmaktadır.

Mahkeme, bu kararından 15 gün sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kanun hükmünü, somut norm denetimi yoluyla incelemiş açıkça caydırıcı etki tartışmasına girmeden ilgili uygulamanın, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale teşkil ettiğini ve bu müdahalenin hak ihlaline neden olduğunu tespit etmiştir.²⁹⁸ Mahkeme'nin norm denetimi kararlarında caydırıcı etki doktrininin uygulamaya belki en çok yaklaştığı bu kararda, bireysel başvuru kararında vurguladığı caydırıcı etki değerlendirmelerine yer vermemesi, Mahkeme'nin bu tercihi bilinçli şekilde yaptığını göstermektedir.

Geniş bir açıdan bakıldığında, caydırıcı etki doktrininin Anayasa Mahkemesi tarafından yalnızca bireysel başvuru kararlarında uygulanması dahi, bu etkinin içtihatlarda tümünden göz ardı edilmiyor olması yönüyle önemlidir. Bu haliyle caydırıcı etki doktrini mahkeme tarafından, caydırıcı etki doğuran yasa ve uygulamalara devletin diğer erklerinin dikkatini çekmek, demokratik toplumda hakların kullanılması bakımından bir sorun olduğunu işaretlemek amacıyla kullanılmaktadır. Bu tercih, bir tercihtir fakat yeterli olmayan ve caydırıcı etki doktrininin potansiyelini karşıla(ya)mayan bir tercihtir. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararlarında yasal düzenlemeleri, yaratacakları caydırıcı etki bakımından değerlendirmemesi önemli bir eksikliktir.

2. Kabul Edilebilirlik Kriterlerinde Caydırıcı Etki

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mekanizmalarının hak ihlali değerlendirmesini başlatabilmesi için genel olarak başvuruya ilişkin çeşitli kriterlerin sağlanmış olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bakımından 6216 sayılı Kanun'da sayılan, kişi yönünden, başvurunun kapsamı yönünden, süre

²⁹⁸ AYM, E.2021/121, K.2022/88, T. 20.07.2022, § 20.

yönünden çok sayıda kriter bulunmakla birlikte bu kriterlere uymayan başvurular, sürecin ilk aşamasında elenmektedir.

Kabul edilebilirlik kriterleri ile ilişkisi bakımından caydırıcı etki, kabul edilebilirlik kriterlerinden özellikle mağdurluk kriteri ve önemli bir zarara uğrama kriterlerinin yorumlanması ve uygulanmasında önem arz etmektedir. Bazı ifade özgürlüğü kararlarında her iki kriterin yorumunda ve uygulanmasında caydırıcı etki temelinde sapmaya gidildiği görülmektedir. Bu önemlidir, çünkü kabul edilebilirliğe ilişkin kriterlerin, kural olarak bireysel başvurunun amacı da göz önüne alınarak, hakların etkin kullanılabilmesi amacıyla belli bir ölçüde esneklikle ve aşırı kuralcılıktan uzak şekilde uygulanması gereklidir.²⁹⁹ Teknik anlamda henüz bir müdahalenin olmadığı durumlarda dahi caydırıcı etki doğabileceğinden, mahkeme kararlarında mağdurluk ve önemli zarara uğrama kriterleri bakımından esnek yorum yine caydırıcı etki temelinde yapılmaktadır.

Caydırıcı etkinin kabul edilebilirlik kriterlerine esneklik getirmek üzere kullanımı, esasen caydırıcı etki doktrininin ilk ortaya atıldığı zamanlarda da tartışılmış ve uygulanmıştır. Kıta Avrupası sisteminde olduğu gibi Birleşik Devletler hukukunda da klasik usul kurallarına göre, bir kişinin davasının kabul edilebilmesi için kişinin gerçek bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Bunun anlamı, herhangi bir mevzuatın doğrudan bir kişiye uygulanmadığı durumlarda, kişinin anayasaya aykırılık iddiasında bulunamayacağıdır.

Federal Mahkeme, caydırıcı etki doğuran mevzuatın fazlalığını göz önüne alarak mevcut başvuru kurallarını caydırıcı etki temelinde esnetmiştir. Mahkemeye göre, başvuru koşullarına ilişkin usul kuralları var olan haliyle uygulandığında caydırıcı etkiye sebep olan mevzuatın ilişkin şikayetlerin hiçbir zaman mahkeme önüne gelmemesi riski vardır çünkü başvuru yapabilmesi için kişinin önce zarara uğraması gerekmektedir. Oysa, anayasa ile korunan hak alanına keyfi müdahalelere zemin hazırlayan bir yasanın varlığıyla ceza riskine sebep olması, o cezanın uygulanması kadar güçlü caydırıcı etki yaratır.³⁰⁰

²⁹⁹ Hüseyin Ekinci, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 30, 2013, s. 166.

³⁰⁰ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

Mahkemenin tüm bireyleri, belirsiz, aşırı geniş yasalar ve sınırlanmamış takdir yetkisinin sebep olabileceği caydırıcı etkiden uzak tutmayı mahkemenin öncelikli görevi olarak ilan etmesi³⁰¹ ile getirilen yeni bakış açısına göre, caydırıcı etki doğurabilecek bir düzenlemenin önce kişiye uygulanmasını beklemek, başvurucunun ceza alma riskini üstlenmesi anlamına gelecektir. Örneğin; toplanma özgürlüğüne ilişkin bir düzenlemenin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu iddia etmek isteyen kişi önce toplanmayı gerçekleştirmeli, mevcut mevzuat uyarınca ceza almalı ve ancak bundan sonra mahkemeye başvuru yapabilmelidir. Bu ihtimalde caydırıcı etki doğuran yasanın uzun yıllar varlığını sürdürmesi ve kişileri anayasal haklarını kullanmak konusunda caydırmaya devam etmesi mümkündür. Bu sebeplerle mahkeme, kişilerin inisiyatif olarak aslında bir “kamu hizmeti”³⁰² üstlenmelerine kapı açmış; caydırıcı etki doğuran düzenlemelerin, henüz uygulanmamış olsa bile, anayasaya aykırılığı şikayetlerinin mahkeme önüne getirilebilmesini sağlamıştır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulama bu kadar geniş olmamakla birlikte, Birleşik Devletler örneği, caydırıcı etkinin mahkemeye başvuru hakkı ve kabul edilebilirlik kriterleri bakımından ne denli esneklik getirebileceğini görmek açısından değerlidir. Kıta Avrupası sisteminde, yukarıda belirtildiği üzere, caydırıcı etkinin kabul edilebilirlik kriterlerine esneklik kazandırması, özellikle mağdurluk statüsü ve önemli zarar kriterleri bakımından öne çıkmaktadır.

a. Mağdurluk Statüsü ve Caydırıcı Etki

Mahkemelere bireysel başvurunun kabul edilebilmesinin koşullarından biri, başvuru ehliyetine sahip olan kişinin mağdur olmasıdır. Türkiye’de iç hukuk bakımından, 6216 sayılı Kanun’a göre, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında kalan özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organlar tarafından ihlal edildiği iddiaları bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilir. İhlal kamu gücünün işlemleri, eylemleri ya da ihmallerinden kaynaklanabilir. İhlale konu olan işlem, eylem ya da ihmale karşı öngörülmüş olan idari ve yargısal süreçlerin tamamlanmasından sonra bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

³⁰¹ Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

³⁰² Tolga Şirin, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2, s. 98.

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde, bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Yasaya ilişkin Komisyon raporuna göre, bu düzenlemenin amacı, potansiyel hak ihlâli iddiasına dayanan ya da başvuranın kendi haklarıyla ilgili olmayan hususlar ile ilgili bireysel başvuru yapmasının önüne geçilmesidir.³⁰³ Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da bir bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesinin yeterli olmadığı belirtilmektedir. Başvurucunun, ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi'ni ikna etmesi gerekir.³⁰⁴

Yine Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, bir kişinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurucunun “güncel bir hakkının ihlal edilmesi”, bu ihlalden dolayı kişinin “kişisel olarak” ve “doğrudan” etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin “mağdur” olduğunu ileri sürmesi gerekir.³⁰⁵ İşlemin mağduru olmayan başvurucunun, bu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmamaktadır.³⁰⁶ Bir işleminden dolayı olarak etkilenmek başvurucuya bu şikâyet bakımından mağdur statüsü kazandırmaz. Yine bireysel başvuru bakımından mağdurluk zannı ve kuşkusu mağdurluk statüsü için yeterli değildir.³⁰⁷

i. Doğrudan Mağdurluk

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde mağdur, ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen kişileri ifade eder. Bu tanıma, doğrudan mağdurların yanında ihlalin zarar verdiği ve ihlalin sona erdirilmesinde kişisel ve geçerli bir yararı

³⁰³ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 23, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 03.08.2022.

³⁰⁴ AYM, Ayşe Hülya Potur Başvurusu, 2013/8479, 06.02.2014.

³⁰⁵ AYM, Onur Doğanay Başvurusu, 2013/1977, 09.01.2014.

³⁰⁶ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.

³⁰⁷ AYM, Ayşe Hülya Potur Başvurusu, 2013/8479, 06.02.2014.

bulunanlar da dahildir.³⁰⁸ Mağdurluk statüsü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde özerk bir kavram olarak ele alınır. Mağdur kelimesinin kapsamı modern toplumun şartlarına göre farklı yorumlanabilir. Bu sebeple, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre mağdurluk statüsü aşırı şekilcilikten uzak şekilde uygulanmalıdır.³⁰⁹ Kişinin mağdur kabul edilebilmesi için mutlak bir zararın veya kesinleşmiş bir kararın bulunması zorunluluğu yoktur.

Görüldüğü gibi doğrudan mağdurlukta, mağdurluk statüsünün kapsamı net bir şekilde çizilmiştir. Bununla birlikte çizilen bu sınırların aşırı şekilci yorumlanmaması uyarısı da mahkeme içtihatları tarafından mağdurluk statüsünün yorumuna dahil edilmiştir.

Mevzuatın lafzi yorumuna ve içtihatlara göre mağdurluk, ihlale, daha öncesinde de müdahalenin varlığına bağlı olarak ortaya çıkan bir kavram olmakla birlikte, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda farklı bir tutum benimsenebilmektedir. İfade özgürlüğüne yönelik henüz bir ihlal, hatta teknik anlamda bir müdahale olmasa da ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi mümkün olabileceğinden, mağduriyet şartlarında caydırıcı etki temelinde sapmaya izin verilebilmektedir.

Mahkeme, gazete sattığı için bir kişinin polis merkezine davet edilmesinin³¹⁰; idari yüksek mahkeme başkanının güncel hukuki tartışmalar sebebiyle yaptığı açıklamalarından dolayı devlet başkanının, eleştiriler yöneltmek kendisini tekrar aynı göreve atamayacağını açıklamasının³¹¹; bir köşe yazısındaki ifadeler nedeniyle açılan davada uzun süren ceza yargılamasının³¹² ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu vurgulayarak başvuru sahiplerinin mağdur sıfatını kabul etmiştir. Yine, kamu görevlilerinin haklarını ve çıkarlarını korumak üzere çalışmalar yürüten sendikanın düzenlediği bir gösteride göstericilerin spontane şekilde hükümet aleyhine slogan atması sonrasında sendika yöneticilerinin görevden alınması, İç İşleri Bakanı'nın olaya üst bir perdeden müdahil olarak başvuru sahipleri aleyhine açıklamalar yapması ve bundan böyle başvuru sendika ve temsilcileri ile iletişim kurmayacağını açıklaması,

³⁰⁸ AİHM, Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan, 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013.

³⁰⁹ Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 11,

https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf, 27.07.2022.

³¹⁰ AİHM, Görkan v. Türkiye, Başvuru No: 13002/05, Karar Tarihi: 16 Mart 2010.

³¹¹ AİHM, Wille v. Lihtenştayn, 28396/95, 28.10.1999.

³¹² AİHM, Dilipak v. Türkiye, 29680/05, 15.09.2015.

başvurucuların gelecekte benzer toplantılar düzenlemesi üzerinde cesaret kırıcı bir etki doğuracaktır. Bakanın bu açıklaması, hakların kullanımı üzerinde bir caydırıcı etki yarattığından, mağdurluk statüsünün var olduğu kabul edilmiştir.³¹³

Mahkeme, Ali Gürbüz v. Türkiye kararında, yaptığı haberler sebebiyle hakkında yedi ceza davası açılan, beş-yedi yıl gibi uzun süre devam eden yargılamalar sonucu beraat eden başvurunun iddialarını ele almıştır. Olayda hakkında herhangi bir cezaya hükmedilmemiş, aksine beraatına hükmedilmiş bir başvuru söz konusudur. İlk bakışta olayda müdahalenin olmadığı dolayısıyla mağdurluk sıfatının da bulunmadığı gibi bir izlenim doğuyor olsa bile kişi hakkında çok sayıda dava açılması ve davaların uzun sürmesi, kişi herhangi bir ceza ile cezalandırılmamış olsa bile yargılamalar sırasında yaşadığı mahkûmiyet korkusu, evinde arama yapılması ve başvurunun gözaltına alınması, kaçınılmaz olarak başvuru üzerinde baskıya neden olacak ve bir gazeteci olan başvurucuyu otosansüre sevk edecektir. Kişilerin açılan davalar sonucunda beraat etmesi, cezalandırılma, damgalanma, haklarından mahrum kalma risklerine o dava bakımından bir son veriyor olsa da ifade özgürlüğünü kullandığı için hem bu risklerle karşılaşmak hem de uzun süre cezalandırılma korkusu yaşamak kişilerin ifade özgürlüğüne bakışları üzerinde değişiklik yapabilecek, ifade özgürlüğünü kullanmaktan caydırabilecektir. Bu nedenle bir kişi hakkında -sonucunda ceza verilmemiş olsa bile- ceza davası açılması ve bu yargılamaların uzun sürmesi, sebep oldukları caydırıcı etki sebebiyle ayrı ayrı müdahale oluşturmaktadır.³¹⁴

Başvuru hakkında açılan ceza davası sonucu verilen mahkûmiyet kararının yasanın değişmesi üzerine dosyanın yeniden açılarak beraat kararı verilmesi halinde dahi, başvurunun hapse girme riskiyle yaşaması, bu süreçte ülkesini terk etmek zorunda kalması ve ülkesine dönememesi ve yıllarca başvurunun ifade özgürlüğünü

³¹³ AİHM, Trade Union Of The Police In The Slovak Republic ve Diğerleri v. Slovakya, 11828/08, 25.09.2012.

³¹⁴ AİHM, Ali Gürbüz v. Türkiye, 52497/08 ve 6 diğer başvuru, 12.03.2019: "... başvuran aleyhine açılan ve uzun süren yargılamaların yol açabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında, bu kovuşturmanın başvuran için sadece varsayıma dayanan riskler taşıdığı kanaatine varılamayacağı kanısına varmıştır. (...) Başvuranın bu davalar sonucunda beraat ettirilmesi, sadece yukarıda belirtilen risklerin varlığına son vermiş, ancak bu davaların belirli bir süre boyunca ilgili üzerinde baskı kurduğu gerçeğini hiçbir şekilde ortadan kaldırmamıştır"; AYM, Ali Sarıpınar Başvurusu (2), 2013/6186, 09.03.2016.

kullanmaktan çekinmesi, beraat kararının ortadan kaldıramayacağı caydırıcı etkiler olduğundan mağdur sıfatı devam etmektedir.³¹⁵

ii. Potansiyel Mağdurluk

Mağdurluk ile caydırıcı etki ilişkisinde üzerinde durulması gereken bir diğer husus potansiyel mağdurluktur. Mağdurluğa ilişkin esas olan doğrudan mağdurluk olmakla birlikte, bazı özel durumlarda başvurunun müdahaleden halihazırda doğrudan değilse de potansiyel mağdur olabileceği ihtimali Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Bu ihtimalde, somut bir olaya dayanmayan başvurunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması da başvurunun kabul edilmesini ve esastan incelenmesini sağlayabilecektir. Potansiyel mağdurluk statüsü ile kişinin soruşturma riskiyle karşı karşıya kalması, çıkarılan bir mevzuattan doğrudan etkilenen kişiler ve gruplar arasında yer alması ve kişinin davranışlarını değiştirmek zorunda hissetmesi durumlarında başvurunun, aleyhine henüz bir tedbire başvurulmamış olsa bile hakkının ihlal edildiğini öne sürebilmesine imkân sağlanmaktadır.³¹⁶

Potansiyel mağdurluk kavramı, henüz meydana gelmemiş bir müdahalenin vereceği zarardan kaçınmak için geliştirilen bir statü olduğundan, belirli noktalarda caydırıcı etki doktrini ile yakınlaşmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, potansiyel mağdurluk için aranan şartlardan, başvurunun müdahaleye uğrayabilecek kişiler arasında olması ve müdahale korkusuyla kişinin davranışlarını değiştirmek zorunda hissetmesi faktörleri akla caydırıcı etki doktrinini getirmektedir. Kişinin yaptırıma uğrama endişesiyle kendi kendisini kısıtlaması, davranışlarını değiştirmek zorunda hissetmesi caydırıcı etki doktrininin alanında kalan hususlardandır.

Potansiyel mağdurluk ile caydırıcı etkinin ilişkisini anlamak üzere ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda potansiyel mağdurluğun kabul edildiği kararları taradığımızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2011 yılında karara bağladığı Altuğ Taner Akçam kararı³¹⁷ potansiyel mağdurluk ile caydırıcı etkinin birlikte

³¹⁵ AİHM, Aktan v. Türkiye, 20863/02, 23.09.2008.

³¹⁶ AİHM, Michaud v. Fransa, 12323/11, 06.12.2012; AİHM, Dilipak v. Türkiye, 29680/05, 15.09.2015.

³¹⁷ AİHM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011.

uygulandığı bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme, olayların ağırlığını da göz önüne alarak başvurunun davranışlarını değiştirmek zorunda kalmasını ve kamusal tartışmalara katkı sunmak konusunda endişeye kapılmasını caydırıcı etki olarak nitelemiştir. Dava konusu olay, tarih profesörü olan ve ağırlıkla 1915 olayları hakkında yayınlar yapan başvuru hakkında “Türklüğe Hakaret” suçlamasıyla soruşturma başlatılmasıdır. Başvuru hakkında açılan soruşturma sona ermesine ve başvuru hakkında bir kamu davası dahi açılmış olmamasına rağmen mahkeme, başvurunun potansiyel mağdurluk iddialarını kabul etmiştir. Değerlendirmede başvurunun yasadan doğrudan etkilenebilecek kişiler arasında olmasına, yargılanma riski sebebiyle davranışlarını değiştirmek zorunda hissetmesine ve yasanın keyfi şekilde uygulanmasına vurgu yapılmıştır.

Her ne kadar kendisi hakkında uygulanmamış olsa da gelecekte kendisine karşı potansiyel olarak soruşturma başlatılabilecek olması başvuruda strese, kaygıya ve yargılanma korkusuna sebep olmuştur. Başvuru herhangi bir yargılama süreciyle karşı karşıya kalmamak için akademik çalışmalarında kendi kendisini sınırlayarak davranışlarını değiştirmeye zorlanmıştır. İlgili yasanın varlığı, her an devam eden müdahale edilme ihtimali korkuya, endişeye, strese ve otosansüre sebep olabilecektir. Açılabilir herhangi bir ceza davasında başvuru yargılansa ve yargılama sonucunda beraat etse dahi, yargılanma korkusuyla cesaretinin kırılarak gelecekte dahi benzer ifadelerden kaçınması caydırıcı etkiyi göstermektedir. Mahkeme, toplumsal konulardaki görüşlerin kırılğan yapısına dikkat çekerek kamu otoritelerinin olası müdahalesinin dahi fikirlerin oluşturulması ve demokratik zeminde ifade edilmesi üzerinde caydırıcı etki yarattığına dikkat çekmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, caydırıcı etkinin tek başına bir müdahale olması konusunda iddiaya açıklık getirilmesini, soyut iddialarla yetinilmemesini şart koşmaktadır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı sorunu, mağdurluk statüsü sorunu gibi, bu hakkın kullanımı üzerinde caydırıcı etki ortaya çıkması olasılığı ile yakından ilgilidir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün kullanımı üzerinde kısıtlayıcı bir etki doğurabilecek durumlar vaka bazında incelenmelidir. Hakkın kullanımı üzerinde caydırıcı etkinin hangi durumda meydana geldiğine açıklık getirmeden yalnızca dava konusu fiil(ler)in caydırıcı etkiye neden olduğu iddialarının

Sözleşmenin 10. maddesi bakımından bir müdahale teşkil etmek için yeterli olmadığı kanaatindedir.³¹⁸

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması halinde mağdur statüsünün bulunduğu kabul edilebileceğini belirterek kapıyı aralık bırakmakla birlikte, Mahkeme'nin kuruluş yasasında yer alan, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin hüküm sebebiyle potansiyel mağdurluğu kabul etmek konusunda mesafeli davranmaktadır.³¹⁹

b. Önemli Zarar Ölçütü ve Caydırıcı Etki

Mahkeme içtihatları ile geliştirilen ve sözleşmeye eklenen bir kabul edilebilirlik kriteri olan önemli zarar ölçütü, “hakimler önemsiz şeylerle meşgul edilmez” ilkesi gereğince, başvuranın belirli bir ağırlığa ulaşan, önemli bir zarara uğramadığı durumlarda mahkemeye başvuruyu incelememe imkânı vermektedir. Bu kavram, salt hukuki açıdan bir hakkın ihlali ne denli gerçek olursa olsun, bu hak ihlalinin, uluslararası bir mahkeme tarafından inceleme yapılmasını haklı göstermek için asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği fikrine dayanmaktadır.³²⁰ Önemli zarar kriterine göre, başvuranın kişisel bakış açısı, Mahkemenin ilgilinin önemli bir zarara uğradığı sonucuna varması için tek başına yeterli değildir. Bu kişisel bakış açısı, objektif gerekçelerle haklı gösterilmelidir.³²¹

Önemli zarar kriteri, maddi ve maddi olmayan zararları kapsar. Maddi zararlar bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihtilaf konusu miktarın yaklaşık 500 Euro'dan az ya da bu miktara eşit olduğu davalarda önemli bir zararın bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Maddi olmayan zararlar bakımından mahkeme, ifade özgürlüğüne ilişkin davalara ayrıca dikkat çekmektedir.³²² Maddi olmayan zararlar

³¹⁸ AİHM, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft ve Diğerleri v. İsviçre, 68995/13, 12.11.2019

³¹⁹ Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 172.

³²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, https://echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, 2022, s. 71-79.

³²¹ AİHM, Ladygin v. Rusya, 35365/05, 30.08.2011.

³²² AİHM, Sylka v. Polonya, 19219/07, 03.06.2014.

ihlalin ağırlığı hem başvuranın sübjektif algısı ve hem de davanın objektif sonucu aynı anda dikkate alınarak değerlendirilmektedir.³²³

Bu kriter bakımından önemli bir husus, ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etkinin “önemli zarar” olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Caydırıcı etki sübjektif olarak başvuru açısından kişisel bir önem taşıyabileceği gibi, objektif olarak da kamu yararına, ifade özgürlüğünün seyrine ve hakkın etkili kullanımının sağlanmasına ilişkin zarar söz konusu olabilecektir.

Önemli zarar ölçütünün, ifade özgürlüğü davaları bakımından önemli örneklerinden biri Mahkeme’nin 2019 yılında karara bağladığı Margulev kararıdır.³²⁴ Başvurucu, ülkede bulunan tarihi bir alanın korunmasına ilişkin çalışmalar yürüten derneğin başkanıdır. Dava konusu olaya göre, bahsi geçen tarihi alanın restorasyon çalışmaları hakkındaki bir haberde, başvuru ile röportaj yapılmış, haber metninde başvuruçunun “insanlar tarihi ve kültürel miraslarından mahrum bırakıldı”, “Tsaritsyno restorasyonu, tarihi anıta saygısızlıktır” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadeler nedeniyle, haberi yapan gazeteci ve gazete aleyhine açılan hakaret davasında, haber metninde yer verilen ifadelerin doğruluğu kanıtlanamadığı için, mahkeme haberin geri çekilmesine karar vermiştir.

Dikkat edilirse, başvuru bu davada katılan sıfatını taşımaktadır, kendisi aleyhine bir hüküm verilmemiştir. Kendisi hakkında herhangi bir soruşturma, tedbir, hüküm bulunmayan başvuru, esasen doğruluğunun kanıtlanması gerekmeyen şahsi kanaatlerinin mahkeme tarafından yanlış bilgi olarak değerlendirilmesinin, kendi ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yarattığını ifade etmiştir. Başvuru, sivil toplum kuruluşunun faaliyet alanı gereği, devam eden restorasyon çalışmaları ile ilgili kamusal tartışmalara katılmakta, eleştirilerini sunmaktadır. Bu amaçla çeşitli medya kuruluşlarına röportaj vermektedir. Röportajındaki ifadeler sebebiyle gazete hakkında dava açılması ve değer yargılarının ispatlanamaması sebebiyle aleyhe hüküm kurulması, devam edecek hakaret davalarının habercisidir. Bu durum, başvuruçunun olumsuz sonuçlarla karşılaşabileceğinden korkarak eleştirilerini dile getirmekten caymasına sebep olabilecektir.

³²³ AİHM, Eon v. Fransa, 26118/10, 14.03.2013.

³²⁴ AİHM, Margulev v. Rusya, 15449/09, 08.10.2019.

Mahkeme, henüz hakkında bir hüküm bulunmasa da başvurucunun hakaret davası sebebiyle caydırıcı etki deneyimlediğini, toplumsal konular hakkında daha fazla katkı sağlamak konusunda isteksiz olduğunu tespit etmiştir. Demokratik bir toplumun işleyişinde özgür basının temel rolü de dikkate alındığında, başvurucunun iddia ettiği ihlal, önemli ilke sorunları ile ilgilidir. Mahkeme, subjektif ve objektif zararı göz önüne alarak, başvurucunun deneyimlediği caydırıcı etkinin önemli bir zarar oluşturduğunu kabul etmiştir.

İfade özgürlüğünün yaptırımla karşılaşması, yaptırımın büyüklüğünden bağımsız olarak caydırıcı etkiye sebep olur. İlk bakışta önemsiz olarak nitelenebilecek yaptırımlar, müdahale ile karşılan kişi üzerinde veya o kişi ile aynı durumda olanlar üzerinde caydırıcı etki yaratır.³²⁵

Mahkemelere yapılan başvurular için belirlenen kabul edilebilirlik kriterleri net olmakla birlikte, mahkemelerin bu kriterleri uygularken katı, mekanik bir yorumdan kaçınması gerekmektedir. Caydırıcı etki doktrini, mağdurluk, önemli zarar kriteri gibi uygulanabildiği kriterlerin yorumunda gerekli olan esnekliği sağlayarak mahkemelerin şekilcilikten uzak yorum yapılması ilkesine hizmet etmektedir.

B. TÜRK HUKUKUNDA CAYDIRICI ETKİ DOKTRİNİNİN GÖRÜNÜMÜ

Caydırıcı etki doktrini, ağırlıklı olarak, ifade özgürlüğüne ilişkin özellikle basın davalarında, akademik özgürlüklere ilişkin davalarda, yargı görevini yerine getiren kişilerin ifade özgürlüklerine ilişkin davalarda ve sivil toplum örgütlerinin ifade özgürlüklerine ilişkin davalarda uygulama alanı bulmuştur. Doktrin, ortaya atıldığı ilk karardan itibaren ifade özgürlüğü ile bütünleşmiş olsa da zamanla uygulama alanı mahkeme içtihatları ile geliştirilmiş, kapsamı ifade özgürlüğünün toplu ifade özgürlüğü olarak görülen toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin davalarda da uygulanır hale gelmiştir. İçtihatlarda toplanma özgürlüğüne, gösteri yürüyüşü yapma

³²⁵ NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963); AİHM, Akarsubaşı v. Türkiye, 70396/11, 21.07.2015; AYM, Hayriye Özde Çelikkilek Başvurusu, 2016/13542, 24.10.2019.

hakkına, bir hakkı toplu olarak talep etme hakkına yönelen müdahaleler bakımından ve sendikal haklara ilişkin davalarda caydırıcı etki doktrini uygulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi uygulaması özelinde ise, özellikle ilk dönem uygulamalarında caydırıcı etki doktrininin kullanıldığı içtihatlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını çoğunlukla doğrudan atıf yaparak takip ettiği görülmektedir. Caydırıcı etki, Anayasa Mahkemesi kararlarında ancak mahkemenin bireysel başvuruları kabul etmesinden sonra yer bulabilmiştir. Bu tarihe kadar norm denetimi kararlarında özellikle ifade özgürlüğü üzerinde negatif etkiler doğuran yasaların tespit edilmesi bakımından bir değerlendirmesi bulunmamaktadır.

Doktrin, Anayasa Mahkemesi kararlarında ilk defa, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkına ilişkin Osman Erbil başvurusunda³²⁶, hükmün gerekçesinde karşımıza çıkmıştır. Mahkeme bu kararında caydırıcı etki doktrini, başvurucunun katıldığı gösterinin barışçıl olmasına rağmen beş ay hapis cezasıyla cezalandırılmasının ölçülülüğü tartışmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine atıfla kullanmıştır. İfade özgürlüğü bakımından ise, 2015 yılında karara bağlanan Ergün Poyraz (2) başvurusu³²⁷, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkinin değerlendirildiği ilk karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin ifade ve toplanma özgürlükleri bakımından caydırıcı etkiyi ilk kez değerlendirdiği 2015 yılında caydırıcı etkiye 3'ü karar gerekçesinde, ikisi ise karşı oylarda olmak üzere toplamda beş kez yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında caydırıcı etki değerlendirmelerine 2017 yılından itibaren daha sık yer verildiği göze çarpmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında caydırıcı etki doktrininin uygulandığı kararlar alt alta listelendiğinde, caydırıcı etki doktrininin çok ağırlıklı olarak belirli gruptaki kişiler hakkındaki davalarda uygulandığı görülmektedir. Balibar'ın, konuşma özgürlüğü/ifade özgürlüğü ayrımını hatırlatan bu ayrım, kamu yararına bilgi ve görüş üreten kişilerin ifadelerinin korunması, bu kişilerin ifade özgürlüğüne yönelen müdahalelerin diğerleri üzerinde de ciddi caydırıcılık doğurmasının önüne geçilmesi amacını taşıdığı söylenebilir.³²⁸ Bu

³²⁶ AYM, Osman Erbil Başvurusu, 2013/2394, 25.03.2015.

³²⁷ AYM, Ergün Poyraz (2) Başvurusu, 2013/8503, 27.10.2015.

³²⁸ Balibar'a göre, ifade özgürlüğü ve konuşma özgürlüğü birbirinden farklıdır. İfade özgürlüğü, çok sayıda iletişim ortamını ve dili kapsar. Bireyci konuşma özgürlüğünden farklı olarak ifade özgürlüğü, kamusalılığı da içerir. Bu sebeple ifade özgürlüğü basın özgürlüğünü, akademik özgürlüğü, yayın

bakımdan tezimizde de konu örneğin, genel olarak kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etki açıklanarak değil, mahkemelerin özellikle yoğunlaştığı ve içtihatlardaki caydırıcı etki değerlendirmelerinde öne çıkan meslekler üzerinden incelenerek ortaya konacaktır. Bu yolla konunun açıklanmasında gereksiz tekrarlardan da kaçınılması amaçlanmaktadır.

Caydırıcı etki doktrininin Türk hukuk sistemindeki genel görünümü konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bu ayırım takip edilerek, iki ana başlık altında incelenecektir. İlk kısımda Türkiye'de basın özgürlüğünün raporlara nasıl yansıdığı, gazetecilerin karşı karşıya kaldıkları müdahalelerin neden olduğu caydırıcı etki; akademik ifade özgürlüğünün halihazırdaki genel görünümü ve bu özgürlük üzerindeki caydırıcı etkilerin mahkeme kararlarında nasıl değerlendirildiği; avukatların, hâkim ve savcılarının ifadeleri nedeniyle cezalandırılmalarının ifade özgürlüğü üzerindeki etkileri gibi konular ifade özgürlüğünde caydırıcı etki başlığında ele alınacaktır. Bu bölümün ikinci ana başlığını oluşturan toplu eylem özgürlüklerinde caydırıcı etki, toplu eylem özgürlüklerinin ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olması sebebiyle ayrıca incelenecektir. Bu başlıkta insan hakları raporlarında Türkiye'de toplantı ve gösteri yürüyüşünün genel durumuna ilişkin tespitler, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde karşılaşılan müdahalelerin yaratacağı caydırıcılık ile sivil toplum örgütlerine yönelen müdahalelerin bu örgütlerin faaliyetleri üzerindeki etkisi irdelenecektir.

1. İfade Özgürlüğünde Caydırıcı Etki

a. Basın Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki

Mill'in 1869 yılında kaleme aldığı Hürriyet Üstüne adlı kitabında, “yozlaşmış ve zorba hükümete karşı teminatlardan biri olarak savunulmasına olan ihtiyacın geride kaldığını ümit ediyorum” şeklindeki ifadelerinin öznesi olan basın özgürlüğü³²⁹, bugün gazetecilerin mesleki özgürlüklerinin ve hatta hayatlarının sıklıkla tehlikede

özgürlüğünü, avukatların dokunulmazlığını, dava açma ve savunma haklarını, toplanma özgürlüğünü, dinsel ve laik fikirleri öğretme hakkını ve sivil toplumu da içerir. İfade özgürlüğü ile özgürlük, bireysel bir hak olmaktan çıkar ve kamusal mal haline gelir. Balibar, s. 36-37.

³²⁹ John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, Çev. M. Osman Dostel, Ankara: Liberte Yayınları, 2. Baskı, 2009, s. 65.

olabildiği bir dönemde halen savunulmasına ve korunmasına duyulan ihtiyacın geride kal(a)madığı bir durumdadır.

İlk kısımda, demokratik bir devletteki konumundan bahsettiğimiz vatandaşın, kamusal tartışmalara katılmasını mümkün kılan öncelikle toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olmasıdır. Özgür basın tüm toplumu ilgilendiren konularda sağladığı bilgi, toplumun yöneticilerden hesap sorabilmesini, şeffaflık talep edebilmesini mümkün kılar. Siyasi gücün kötüye kullanılmasının en aza indirilmesi, yolsuzlukların hesabının sorulabilmesi, uygulanan politikaların eleştirilebilmesi ve Keane'nin deyiimiyle devletlerin toplum mahkemesi önünde hesap vermeye çağırılması ancak vatandaşların bilgilendirilmesi ile mümkündür.³³⁰ Basın özgürlüğü, kamusal ifade özgürlüğü ile birlikte vatandaşların kamuyu ilgilendiren konular hakkında herhangi önceden sınırlama veya sonradan misilleme korkusu olmaksızın bilgi sahibi olma hakkını ve özgürce tartışabilme özgürlüğünü sağlar.³³¹ Kamunun, kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi çoğulcu demokrasinin ve siyasi ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Bu özgürlük, medya kuruluşlarının kamu görevlileri hakkında, siyasi kişiler hakkında olumsuz bilgiler verme, eleştirel görüşler yayınlama hakkını da içerirken bir diğer yünden ise bu hak kamunun bu tür görüş ve bilgileri edinme hakkını da kapsar.³³²

Basın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da sıklıkla vurgulandığı gibi demokratik bir toplumun “bekçi köpeği” görevini üstlenerek kamuoyunu, tüm toplumu ilgilendiren konularda bilgilendirir. Bilgi, demokrasilerde her daim “uyanık” olması zaruri olan yurttaşların en önemli gücüdür.³³³

Toplumun bilgiye erişmesindeki en önemli araçlarından biri olan basın, ifade özgürlüğü müdahalelerinden en çok etkilenen meslek gruplarının başında gelmekle birlikte, en ağır ihlallerle de karşılaşmaktadır.

Gazetecilerin mesleklerini yerine getirirken içinde bulundukları güvenli olmayan çalışma koşulları küresel bir sorun iken, gazetecileri hedef alan izleme

³³⁰ Keane, Medya ve Demokrasi, s. 38.

³³¹ Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).

³³² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi, 12.02.2004, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf>,

³³³ Keane, Medya ve Demokrasi, s. 157.

faaliyetleri, terör suçlamaları, keyfi idari ve yargısal uygulamalar ve farklı görünimleri ile karşımıza çıkan sansür, her gün deneyimlenen ve bu soruna eklenen uygulamalardır.³³⁴

Gazetecilerin özgürlüklerinin fiziki olarak kısıtlanması faaliyetleri devam ederken, basın kuruluşlarının ve bireysel olarak gazetecilerin karşı karşıya kaldıkları görece yeni müdahale türleri daha çok gelişen teknolojik imkanların kullanılması ile gerçekleşmektedir. Yayınlanan haberlere erişim engeli getirilmesi, bant genişliğinin daraltılması ve casus yazılımlar aracılığı ile özellikle araştırmacı gazetecilerin takip edilmesi fiilleri örnek olarak gösterilebilecek yeni müdahale tipleridir. Tüm bunlarla birlikte, gazetecilerin ifade özgürlüğüne müdahale konusunda otokratik rejimlerin ne kadar “yaratıcı” yollar deneyebileceği 2021 Mayıs ayında Belarus hava sahasından geçmekte olan uçağın, sahte bomba ihbarı ile Minsk’e yönlendirilmesi ve uçakta yolcu olarak bulunan, muhalif kimliği ile bilinen gazeteci ve aktivist Raman Pratasevich’in gözaltına alınması olayında bir kez daha gözler önüne serilmiştir.³³⁵

Dünya genelinde demokrasiler içerisinde otoriter eğilimlerin ve gazeteciler üzerindeki baskının gün geçtikçe artması, gazetecilerin mesleklerini yerine getirmesini daha da zorlaştırmaktadır. Ülkelere göre gazetecilere yöneltilen suçlamalar değişmekle birlikte, Türkiye’de gazeteciler hakkında açılan davalara bakıldığında, maddi-manevi tazminat davaları, hakaret davaları ve son yıllarda sayısı gün geçtikçe artan terör davaları ön plana çıkmaktadır. Tazminat davaları, gazetecilere karşı açılan davaların önemli bir kısmını oluşturmakla birlikte, ağır hak ihlalleri özellikle cezai süreçler dolayısıyla yaşanmaktadır. Silahlı terör örgütüne üye olma, terör örgütü propagandası yapma, terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin kimliğini açıklama, suç örgütü kurma, terör örgütüne üye olmaksızın yardım etme, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, istihbarat faaliyetleriyle ilgili bilgi ve belgeleri ifşa etme, Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs, gazetecilerin sıklıkla suçlandıkları suç maddeleridir.³³⁶

³³⁴ Anna Grøndahl Larsen, Ingrid Fadnes, Roy Krøvel, **Journalists Safety and Self- Censorship**, New York: Routledge, 2021, s. 1.

³³⁵ Luke Harding, Andrew Roth, “Raman Pratasevich: the Belarus journalist captured by a fighter jet”, <https://www.theguardian.com/world/2021/may/25/hes-always-taking-risks-how-raman-pratasevich-lives-life-on-the-frontline>, Erişim Tarihi: 13.12.2021.

³³⁶ Ülkü Şahin, İlyas Coşkun, “2021-2022 Basın Özgürlüğü Raporu”, Türkiye Gazeteciler Sendikası, 03.05.2022, <https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2022/05/TGS-Basin-Ozgurlugu-Raporu-2022.pdf>, Erişim Tarihi: 12.10.2022.

i. Basın Özgürlüğü ve İnsan Hakları Raporlarında Basın Özgürlüğünün Genel Durumu

Mesleğinin gereğini yerine getirdiği için hedef gösterilen, hakkında karalama kampanyası başlatılan, tutuklanan, cezalandırılan ve hatta öldürülen çok sayıda gazeteci vardır. Dünya çapında toplamda 293 gazeteci mesleki faaliyetleri sebebiyle halen cezaevindedir. Ülkeler arasında Çin, 50 gazeteci ile en çok gazeteci hapseden ülkelerin başında gelmekle beraber, 2021 yılı itibarıyla Türkiye, cezaevindeki 18 gazeteci ile altıncı sıradadır.³³⁷

2001 yılından beri düzenli olarak medya gözlem raporu yayınlayan Türk Bağımsız İletişim Ağı 2021 Medya Gözlem Raporu'na göre, Türkiye'de 2021 yılında en az 41 gazeteci, son beş yılda 270 haberci gözaltına alınmış ve 35 gazeteci hakkında 92 yıl hapis cezasına hükmedilmiştir.³³⁸

2021 yılında yayınlanan bir başka rapor olan RSF'nin (Sınır Tanımayan Gazeteciler - *Reporters Without Borders*) basın özgürlüğü verilerine göre ise Türkiye, 180 ülkenin çeşitli kriterlere göre değerlendirildiği Dünya Basın Özgürlüğü sıralamasında 153. sırada yer almıştır. Honduras ve Bangladeş'in Türkiye'nin önünde yer aldığı listede, Türkiye'yi sırasıyla, Brunei ve Kazakistan takip etmektedir. Raporla ulusal medyanın büyük çoğunluğunun hükümet yanlısı olduğuna, hükümete karşı eleştirel bir yayın politikası benimseyen basın kuruluşlarını zayıflatmak için her türlü yola başvurulduğuna ilişkin tespitler yer almaktadır.³³⁹

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin yayınladığı memorandumda, Türkiye'de basın özgürlüğüne dair önemli tespitlere yer verilmiştir. Özellikle Cumhuriyet Gazetesi'ne yapılan operasyon kapsamında gazeteci ve köşe yazarları da dahil olmak üzere çok sayıda kişinin gözaltına alınması, basın kuruluşunda arama

³³⁷ Arlene Getz, "Parmaklıklar Ardındaki Gazetecilerin Sayısında Dünya Çapında Artış Var", 9.12.2021, <https://cpj.org/tr/reports/2021/12/parmakliklar-ardindaki-gazetecilerin-sayisinda-dunya-capinda-artis-var/>, Erişim Tarihi: 13.12.2021.

³³⁸ "Haberciden Özgürlük Mücadelesi, Yargıdan Umut Işığı", 24.01.2022, <https://bianet.org/bianet/medya/256364-haberciden-ozgurluk-mucadelesi-yargidan-umut-isigi>, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

³³⁹ 2021 World Press Freedom Index, <https://rsf.org/en/ranking/2021>, Erişim Tarihi: 14.12.2021.

yapılması, herhangi somut bir delil olmaksızın gazetecilere çeşitli terör örgütlerinin propagandası yapma suçlamasının yöneltmesi komiser tarafından eleştirilmiştir. Keyfi suçlama ve tutuklamaların örneği olarak Ahmet Şık ve Ahmet Altan hakkında yürütülen ceza süreçleri verilmiş, meşru gazetecilik faaliyetlerinin ağır suçlamalara tabi tutulmasının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye ve otosansüre neden olacağı gibi politik meseleler hakkında, hükümetin faaliyetleri hakkında haber yapan tüm gazetecileri etkileyen bir otosansür ortamı yaratacağı vurgulanmıştır. Komiser'in görüşüne göre, sadece gazetecileri değil, aynı zamanda insan hakları savunucularını, akademisyenleri ve ifade özgürlüğü haklarını kullanan milletvekillerini de hedef alan çok sayıda adli işlem, muhalif sesleri susturmak için ceza yasaları ve prosedürlerinin kullanıldığını işaret etmektedir.³⁴⁰

Komiser'in basın özgürlüğü konusunda değindiği bir diğer husus, gazetecilere yöneltilen terör suçlamalarının yaygınlığıdır. Gazetecilere açıkça ifade özgürlüğü kapsamında kalan ifadeler ve mesleki faaliyetler hakkında terör suçlamalarında bulunulması, hakkında suçlamada bulunulan kişilerin hatalı gerekçelerle ve denge gözetilmeksizin tutuklanması, açık bir caydırıcı etkiye sebep olmaktadır.³⁴¹ Kaleme alınan haber ve yazıların içeriğindeki bazı ifadeleri öznel değerlendirmelere tabi tutularak, ifade sahiplerine terör örgütü propagandası yapma, terör örgütüne yardım etme gibi suç fiilleri işlenmiş gibi muamele edilmesi, basın ve ifade özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki yaratacak, bu özgürlükleri anlamsız hale getirecek ve özellikle araştırmacı gazetecilik faaliyetlerini imkansız hale getirecektir.³⁴²

Gazetecilerin maruz kaldığı tazminat davaları ve gazeteciler aleyhine hükmedilen tazminatlar basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğuran durumlardan biridir. Açılan tazminat davalarının basın özgürlüğü üzerindeki yıkıcı etkisi Türkiye Gazeteciler Cemiyeti tarafından da ifade edilmiştir. İç İşleri Bakanı hakkında yayınlanan haber dolayısıyla gazete aleyhine tazminat davası açılması üzerine

³⁴⁰ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey Strasbourg, 15.02.2017 CommDH(2017)5.

³⁴¹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey Strasbourg, 15.02.2017, CommDH(2017)5, s. 9.

³⁴² AYM, Akın Atalay Başvurusu, 2016/50970, 02.05.2019 (Hâkim Engin Yıldırım karşı oyundan); AYM, Ahmet Hüsrev Altan Başvurusu, 2016/23668, 03.05.2019 (Hâkim Engin Yıldırım karşı oyundan); AYM, Hüsnü Mahalli Başvurusu, 2017/4934, 18.11.2020 (Hâkim Hasan Tahsin Gökcan karşı oyundan); AYM, Ahmet Şık Başvurusu, 2017/5375, 02.05.2019 (Hâkim Engin Yıldırım karşı oyundan).

açıklama yayınlayan Cemiyet, iktidar temsilcilerinin her türlü eleştiri karşısında yüksek tazminat talepli davalar açmalarının ve gazetecileri tehdit etmelerinin basın özgürlüğüne zarar verdiğini ifade etmiş, bu duruma sebebiyet veren yasal düzenlemelerin değiştirilmesi çağrısında bulunmuştur.³⁴³

Türkiye Gazeteciler Sendikası raporuna göre aralarında Cumhuriyet gazetesi muhabirlerinin, basın kuruluşlarının, Evrensel ve Sözcü gazetelerinin köşe yazarlarının aralarında bulunduğu pek çok basın mensubu ve basın kuruluşu hakkında tazminat davası yargılamaları devam etmektedir. Gazetecilerin yaptığı haberlerden zarar gördüğünü iddia eden kişilerin ağırlıkla yüksek tazminat talepleri ile açtığı davalar gazetecileri ve basın kuruluşlarını ekonomik anlamda zor duruma düşürmektedir.³⁴⁴

Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın 2021 yılında yayınladığı raporda son bir yılda 57 gazetecinin fiziksel saldırıya uğradığı tespit edilmiştir. Saldırıya uğrayan 19 gazeteciye ateşli, kimyasal veya kesici silahlı saldırı gerçekleştirilmiş, 36 gazeteci darp edilmiştir.³⁴⁵ Yine aynı rapora göre 32 gazeteci ve 17 kurum tehdit edilmiştir. Gazetecilere ve kurumlara yönelen tehditler özellikle sosyal medya üzerinden yapılan açıklamalarla ve ülkedeki siyasetçiler tarafından gerçekleştirilmiştir.³⁴⁶

CPJ (*Committee to Protect Journalist-Gazetecileri Koruma Komitesi*) verilerine göre, yalnızca 2021 yılında en az 28 gazetecinin gazetecilik faaliyetleri nedeniyle öldürüldüğü teyit edilmiştir.³⁴⁷ Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde toplam 26 gazetecinin

³⁴³ Türkiye Gazeteciler Cemiyeti, "Tazminat Davalarıyla Gazetelere ve Gazetecilere Baskı Uygulamaktan Vazgeçin", <https://www.tgc.org.tr/aciklamalar/2961-tgc-tazminat-davalar%C4%B1yla-gazetelere-ve-gazetecilere-bask%C4%B1-uygulamaktan-vazge%C3%A7in.html>, Erişim Tarihi: 20.01.2023

³⁴⁴ Ülkü Şahin, İlyas Coşkun, "2021-2022 Basın Özgürlüğü Raporu", Türkiye Gazeteciler Sendikası, 03.05.2022, <https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2021/05/EK-2-Tablo-9-Tazminat-Yarg%C4%B1lamalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2023.

³⁴⁵ Ülkü Şahin, İlyas Coşkun, "2021-2022 Basın Özgürlüğü Raporu", Türkiye Gazeteciler Sendikası, 03.05.2022, <https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2022/05/TGS-Basin-Ozgurlugu-Raporu-2022.pdf>, s. 46, Erişim Tarihi: 01.12.2022.

³⁴⁶ Ülkü Şahin, İlyas Coşkun, "2021-2022 Basın Özgürlüğü Raporu", Türkiye Gazeteciler Sendikası, 03.05.2022, <https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2022/05/TGS-Basin-Ozgurlugu-Raporu-2022.pdf>, s.51, Erişim Tarihi: 01.12.2022.

³⁴⁷ https://cpj.org/data/killed/2021/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=2021&end_year=2021&group_by=location, Erişim Tarihi: 13.12.2021

öldürülmesi olayı halen aydınlatılamamış vaziyettedir.³⁴⁸ Yine CPJ verilerine göre Türkiye’de 1992-2022 yılları arasında 31 gazeteci ve basın mensubu öldürülmüştür.³⁴⁹

ii. Mahkeme Kararlarında Basın Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki

Basın özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında -gazeteciler başta olmak üzere- basın mensuplarına ve basın kuruluşlarına yönelen, caydırıcı etkiye neden olduğu tespit edilen müdahaleler çok çeşitlidir.

Gazetecilerin haber takibi yapmaları, takibini yaptıkları olayları haberleştirmeleri gibi mesleki faaliyetleri sebebiyle göz altına alınması, haklarında dava açılması, tazminat ödemeye mahkûm edilmesi, yayınları sebebiyle idari kurullar tarafından yaptırıma maruz bırakılması³⁵⁰ ve gazetecilerin fiziksel bütünlüğünün korunması sebebiyle açılan davalarda caydırıcı etki değerlendirmesi yapılmıştır. Basın özgürlüğüne yönelen fiziki müdahaleler, ceza hukuku süreçleri ve yaptırımlar ile basın özgürlüğüne özgü bir müdahale olan kaynağını açıklamaya zorlama müdahaleleri ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

³⁴⁸ Gazetecilerin isimleri için bkz.: “26 cases of impunity for murders of journalists”, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-channel/end-impunity-for-crimes-against-journalists>, Erişim Tarihi: 14.12.2021.

³⁴⁹

https://cpj.org/data/killed/europe/turkey/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&motiveUnconfirmed%5B%5D=Unconfirmed&type%5B%5D=Journalist&type%5B%5D=Media%20Worker&cc_fips%5B%5D=TU&start_year=1992&end_year=2022&group_by=location, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi’nin, idari kurulların basın yayın kuruluşları hakkında uyguladığı idari yaptırımların basın özgürlüğü üzerinde sebep olduğu caydırıcı etkiyi tespit ettiği içtihadı -bu tezin yazıldığı tarih itibarıyla- oldukça sınırlıdır. Kamuoyunda muhalif basın kuruluşları hakkında daha yaygın şekilde uygulandığına dair bir kanı olan idari cezalar, caydırıcı etki doktriniyle birlikte daha yakından izlenmelidir. Mahkeme’nin bu konuda verdiği tek bireysel başvuru kararında Basın İlan Kurumu’nun bir gazeteye verdiği ilan kesme cezası ele alınmıştır. Mahkeme, Basın İlan Kurumu kararlarının bir yaptırım aracı olarak öngörülmediğinin altını çizerek, “son çare” niteliğini taşıyan bir müdahale olduğunu ifade etmiştir. Kurumun verdiği karar, başvuru basın kuruluşunun ileride basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etmesine neden olacağından, ifade ve basın özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki oluşturmaktadır. AYM, Estetik Yayıncılık A.Ş. Başvurusu (2), 2017/30591, 13.01.2021.

aa. Gazetecilerin Fiziki Bütünlüğünün Korunması

Gazetecilere yönelik müdahalelerden caydırıcı etki doğurduğuna hükmedilen ilk dava grubu, basın özgürlüğü üzerinde en ağır caydırıcılığı oluşturan, gazeteci ölümlerine ve cezasızlığa ilişkin davalardır.

Gazetecilerin ve diğer medya aktörlerinin emniyet ve güvenliği, onların kamusal tartışmalara etkin bir şekilde katılmalarının sağlanması için bir ön koşuldur. Gazetecilere ve diğer medya aktörlerine yönelik gözdağı, tehdit ve şiddetin devam etmesi, bu tür suçların faillerinin adalet önüne çıkarılmamasıyla birleştiğinde, korkuya sebep olur ve ifade özgürlüğü ve kamuoyu tartışmaları üzerinde caydırıcı bir etki yaratır.³⁵¹ Gazeteci Altan Sancar'ın ifadesiyle, gazeteciler, meslektaşlarının öldürüldüğü bir ortamda kendilerini güvende hissetmeyecekler; araçlarının altına bomba konulan, sokak ortasında katledilen, kurşunlanan, kaçırılan gazetecilerin hafızasıyla yaşamaya devam edeceklerdir.³⁵²

Gazetecilerin yaşam haklarının ihlal edilmesinin diğer gazeteciler üzerinde yarattığı caydırıcı etki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2017 tarihli Huseynova v. Azerbaycan³⁵³ kararında ele alınmıştır. Dava, ülkesinde oldukça tanınan bağımsız bir gazetecinin öldürülmesi olayına ilişkindir. Gazeteci hakkında, öldürüldüğü tarihe kadar, devlet başkanı, milletvekilleri ve sair kamu görevlilerinin şikayetleri ile toplam 34 dava/soruşturma devam etmektedir, açılan davaları gazetecinin yaşamına yönelik tehditler izlemiştir. Gazetecinin eşi olan başvurucuya göre, ülkenin kolluk kuvvetlerinden kişiler de gazeteciye, ülkenin devlet başkanı ve eşi hakkında yazmayı bırakması konusunda tehdit edenler arasındadır.

Cinayete ilişkin yargı sürecinin sonuçsuz kalması sebebiyle açılan davada mahkeme içtihadından ayrılarak yaşam hakkının ihlal edilmesinin yarattığı caydırıcı

³⁵¹ Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors (adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1,253rd meeting of the Ministers' Deputies).

³⁵² Sibel Yüklér, "Altan Sancar: Yolsuzluk haberlerinin 'bedeli' silahlı tehditler ve cezasızlık", 19.09.2022, <https://www.mlsaturkey.com/tr/altan-sancar-yolsuzluk-haberlerinin-bedeli-silahlı-tehditler-ve-cezasızlık/>, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

³⁵³ AİHM, Huseynova v. Azerbaycan, 10653/10, 13.04.2017.

etkiyi, ikinci madde bağlamında değerlendirmiştir.³⁵⁴ Karar, Mahkeme'nin yaşam hakkına yönelik etkin bir soruşturmanın yürütülmemesinin caydırıcı etkiye sebep olacağı tespitine yer verdiği ilk ve -bu tarihe kadar- son karardır. Mahkeme'ye göre hükümet hakkında son derece eleştirel yayınlar yapan bağımsız bir gazetecinin öldürülmesi olayının aydınlatılması için gerekli özenin gösterilmemesi ve davanın sonuçsuz kalması, ülkedeki diğer gazeteciler üzerinde caydırıcı etki yaratacak niteliktedir.

İfade özgürlüğü üzerinde hiçbir şey, cesur ve tanınmış bir gazetecinin öldürülmesi ve faillerinin tespit edilememesi kadar caydırıcı etkiye sebep olamaz. Bir gazetecinin öldürülmesi, öldürme fiilinin ardında yatan potansiyel saikler de dikkate alındığında adi bir öldürme fiilinden çok daha fazla anlama gelmektedir. Muhalif kimliği ile tanınan gazetecinin öldürülmesi cezasızlık ile birleştiğinde, ülkedeki muhalif basın üzerinde korku iklimi yaratacak, eleştirel seslerin susmasına sebep olabilecektir.³⁵⁵ Muhalefete ve muhalif söylemlere karşı toplu bir gözdağı anlamına gelebilecek bu olay ve devamındaki süreç özellikle muhalif gazeteciler bakımından özel bir anlama gelecektir. Hayatını koruma ile kamuoyunu bilgilendirme görevi arasında kalan bir gazetecinin tamamen sessizliğe bürünmesi, kendisini korumak için bazı bilgileri kamuoyu ile paylaşmaktan kaçınması, hayatını kaybetme korkusuyla görevinin gerekleri arasında kendince bir denge tutturma yoluna gitmesi oldukça mümkündür.

bb. Gazeteciler Hakkında Yürütülen Cezai Süreçler ve Caydırıcı Etki

Gazetecilerin demokratik bir toplumda üstlendikleri önemli rol gereği, gazetecilere ve basın kuruluşlarına yönelen ceza süreçleri caydırıcı etki doktrini bakımından oldukça önemli bir uygulama alanıdır. Basın özgürlüğü ve toplumun haber alma hakkına verilen özel önem dolayısıyla, gazetecilerin gözaltına alınması, tutuklanması, cezalandırılması, hapis cezası tehdidi altında tutulması uygulamaları

³⁵⁴ Hakimler Nussberger ve Vehabović mahkemenin caydırıcı etkiye ilişkin tespitlerine katılmakla birlikte, konunun yaşam hakkı bakımından değerlendirilip, “ifade özgürlüğü bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek olmadığı” kararı verilmesine karşı çıkmışlardır. Hakimlere göre yaşam hakkının ihlaline ilişkin değerlendirme yapılırken caydırıcı etkiye kısaca değinmek yerine, konu, çok daha ayrıntılı olarak ifade özgürlüğü başlığı altında tartışılmalıydı.

³⁵⁵ AİHM, Huseynova v. Azerbaycan, 10653/10, 13.04.2017 (Hakimler Nussberger ve Vehabović'in karşı oyundan).

yakından izlenmeli, bu kararların gazetecilerin ifade özgürlüğü üzerinde, otosansüre varabilecek bir caydırıcı etkiye neden olacağı muhakkak göz önüne alınmalıdır.³⁵⁶ Uzun süren yargılamalar ve haberin yayınlanmasından uzun süre sonra başlatılan dava süreçleri de caydırıcı etki yaratma potansiyeli olan uygulamalardır.³⁵⁷

Türkiye’de gazetecilerin gözüaltına alınmasına ilişkin haberler, ülkede oldukça sık rastlanan adeta rutin haberlerden biri haline gelmiştir. Gazeteciler haber takibi yapmaları nedeniyle³⁵⁸, yayınladıkları haber sebebiyle³⁵⁹, bir başka gazete ile gösterdikleri dayanışma sebebiyle³⁶⁰, Twitter gönderileri sebebiyle³⁶¹, televizyon programındaki ifadeleri sebebiyle³⁶² sık sık gözüaltı tedbiri ve ifade alma başta olmak üzere, ceza hukuku süreçleri ile karşı karşıya kalmaktadır.

Ülkede sadece gazeteciler değil, özellikle siyasi konular hakkında vatandaşların görüşlerini sorarak yayınlayan, yaygın olarak “sokak röportajı” olarak bilinen formatta içerik üreten bazı YouTube içerik üreticileri dahi, şikâyet üzerine sabah erken saatlerde eş zamanlı olarak gözüaltına alınmış, tutuklanmış ve tüm iletişim araçlarına el konulmuştur. Kişiler daha sonra salıverilmişse de haklarında konutunu terk etmeme ve yurtdışına çıkamama adli kontrollerinin uygulanmasına karar verilmiştir.³⁶³ Kişiler hakkında -gerçekten adli kontrole başvurmayı gerektirecek bir durum varsa dahi- hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak tedbirine değil de konutunu terk etmeme tedbirine başvurulması, bu kişilerin

³⁵⁶ AYM, Emin Aydın Başvurusu, 2013/2602, 23.01.2014; AİHM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 08.07.1986.

³⁵⁷ AİHM, Times Newspapers LTD v. Birleşik Krallık (No. 1 ve 2), 2002/03 23676/03, 10.03.2009.

³⁵⁸ Beyza Kural Davası, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/beyzakural>, <https://www.gazeteduvar.com.tr/gazeteci-abdurrahman-goke-hapis-cezasi-haber-1571541>.

³⁵⁹ AYM, Murat Aksoy Başvurusu, 2016/30112, 02.05.2019.

³⁶⁰ <https://www.gazeteduvar.com.tr/ozgur-gundem-davasinda-21-yil-hapis-cezasi-haber-1513371>, Erişim Tarihi: 22.10.2022; <https://www.sessizkalma.org/en/defender/solidarity-ozgur-gundem-case>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

³⁶¹ <https://diclefiratgazeteciler.org/haberler/gazeteci-metin-cihanin-yargilandigi-dava-goruldu>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

³⁶² Konu ile ilgili pek çok örnek verilebilirse de son zamanlarda kamuoyunda tartışılan gazeteci Sedef Kabaş’ın bir televizyon programında “*Şu meşhur bir söz vardır; ‘Taçlanan baş akıllanır’ diye. Ama görüyoruz ki gerçek değil. Ya da tam tersi bir söz vardır. Hadi onu söylemeyeyim, büyükbaş hayvan diyeyim. Büyükbaş bir hayvan bir saraya girdiği zaman o kral olmaz, o saray ahır olur, denir. Yani tam tersini ifade eder*” şeklindeki ifadeleri sebebiyle gözüaltına alınması ve tutuklanması süreci güncel bir örnek olarak gösterilebilir. Gazeteci Sedef Kabaş’ın ulusal bir televizyonda katıldığı programdaki bu ifadeleri nedeniyle Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasıyla sabaha karşı gözüaltına alınmasının ve tutuklanması, Türkiye Barolar Birliği tarafından, kamuoyu üzerinde bir korku iklimi yaratılmasının bir parçası olarak nitelenmiştir. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/kamuoyuna-82284>, Erişim Tarihi: 25.09.2022.

³⁶³ “Sokak Röportajı Yapan 3 Youtuber’a Ev Hapsi”, 13.12.2021, <https://bianet.org/1/19/254729-sokak-roportaji-yapan-3-youtuber-a-ev-hapsi>, Erişim Tarihi: 25.09.2022.

faaliyetlerini en kısa yoldan ve derhal sonlandıracak bir tedbir olması dolayısıyla göze çarpan bir tercihtir.

Hükümetin bireye karşı bulunduğu güçlü konum gereği, muhalefetin ve medyanın haksız saldırılarına ve eleştirilere karşı yanıt vermenin başka yollarına da sahip olduğundan, cezai süreçlerin kullanılması konusunda kendisini sınırlaması gerekir. Hapis cezası alma korkusu, ifade özgürlüğünün kullanımı üzerinde caydırıcı etki yaratır.³⁶⁴

Gazetecilere verilen hapis cezaları, ancak çok sınırlı durumlarda hukuka uygun olabilir. Örneğin bir gazetenin kabul edilebilir provokasyon eşiğini aşması, toplumu şiddete teşvik etmesi gibi istisnai durumlarda, hapis cezasına hükmedilmesi hukuka uygun olabilecektir.³⁶⁵ Çünkü bir gazeteci hakkında -ertelenmiş olsa bile- hapis cezasına hükmedilmesi, önemli ölçüde caydırıcılık yaratır.³⁶⁶

Özellikle gazeteciler söz konusu olduğunda devletler, kamuoyunu bilgilendirme görevini yerine getiren gazetecileri, bu faaliyetlerinden alıkoyacak, ifade özgürlüklerini kullanmaktan caydıracak eylem, karar ve tutumlardan kaçınmakla yükümlüdür.³⁶⁷ Bu sebeple gazetecilerin haklarına müdahalelerde ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama sebepleri dar yorumlanmak zorundadır.³⁶⁸

Gazeteciler hakkında başlatılan ceza soruşturmalarında hakaret suçlamaları önemli bir bölümü teşkil etmektedir. Gazetecilerin haberleri nedeniyle hakaret suçundan cezalandırılması konusunda Anayasa Mahkemesi, gazetecilerin kamuoyunu bilgilendirmeye hatta yönlendirmeye çalışmalarının yaptırımla karşılaşmasının, toplumda farklı seslerin susturulması sonucunu doğuracağına işaret etmektedir.³⁶⁹ Özellikle siyasi konularda haberciliğe ve araştırmacı gazeteciliğe ifade özgürlüğü bakımından yüksek düzeyde bir koruma sağlandığından cezai yaptırım ve para cezası tehditleri bu bağlamda caydırıcı etki yaratacaktır.³⁷⁰

³⁶⁴ AİHM, Fatullayev v. Azerbaycan, 40984/07, 22.04.2010.

³⁶⁵ AİHM, Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July v. Fransa, 21279/02, 36448/02, 22.10.2007.

³⁶⁶ AİHM, Belpietro v. İtalya, 43612/10, 24.09.2013.

³⁶⁷ AİHM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 08.07.1986.

³⁶⁸ AİHM, Oberschlick v. Avusturya, 11662/85, 23.05.1991.

³⁶⁹ AYM, Halit Basık Başvurusu, 2016/12037, 18.05.2021.

³⁷⁰ AİHM, Mosley v. Birleşik Krallık, 48009/08, 10.05.2011.

Terör suçlamaları, gazeteciler üzerinde son dönemde ağırlığı daha da artan şekilde caydırıcı etkiye sebep olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında karara bağladığı Erdem Gül ve Can Dündar kararında yapılan değerlendirmeler, terör suçlamalarının ağırlığı ve yaygınlığı ile ilgili dile getirilen endişeleri doğrular niteliktedir. Farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle “silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme”, “devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askerî casusluk amacıyla temin etme” ve “devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama” suçları yöneltilen başvuruçular, tutuklu yargılanmıştır. Mahkeme, kararında, gazetecilerin yayınladıkları haberler dışında herhangi bir somut delil gösterilmeksizin ve tutuklamanın gerekliliğine ilişkin gerekçeler belirtilmeksizin tutuklama kararı verilmesinin başvuruçular ve genel olarak basın üzerinde caydırıcı etki doğuracağını ifade etmiştir.³⁷¹

Bununla paralel olarak gazeteci İlker Deniz Yücel hakkında, gazetecinin hacker gruplardan bilgi aldığı yönündeki anonim bir ihbarla başlayıp, terör örgütü propagandası yapma ile halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçlamalarından tutuklanmasına varan süreç, caydırıcı etki bakımından da değerlendirilmiştir. Başvuruçuya yöneltilen suçlamalarda gösterilen deliller, daha önce kaleme aldığı haber metinlerinden yapılan alıntılardan oluşmaktadır. Başvuruçunun, gazetecilik görünümü altında PKK silahlı terör örgütü yöneticisiyle röportaj yapması, başka bir haber metninde cumhurbaşkanının fotoğrafının üzerine “darbeci” yazılması gibi gerekçeler ile başvuru tutuklanmıştır. Mahkemeye göre, tutuklama gerekçesinde, yazılan yazılar dışında herhangi bir somut olgu ortaya koymaksızın tutuklama kararı verilmesi ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı etki doğuracaktır.³⁷² Özellikle bir gazetecinin -hakkında çok ciddi suçlamalar bulunsa dahi- tutuklanması, diğer tüm tedbirlerin yetersiz kalacağını anlaşıldığı hallerde istisnai bir son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur.³⁷³

Gazetecilerin, yayınladıkları haberler dışında somut deliller olmaksızın tutuklanmalarının ve terör suçları ile suçlanmalarının caydırıcı etki yaratacağı tespiti

³⁷¹ AYM, Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, 2015/18567, 25.02.2016.

³⁷² AYM, İlker Deniz Yücel Başvurusu, 2017/16589, 28.05.2019; AYM, Ali Bulaç Başvurusu, 2017/6592, 03.05.2019; AYM, Ahmet Kadri Gürsel Başvurusu, 2016/50978, 02.05.2019.

³⁷³ AİHM, Şahin Alpay v. Türkiye, 16538/17, 20.03.2018.

yapılmış olsa da basın özgürlüğüne dair tüm davalarda bu içtihadın takip edilmediği, bu konuda istikrarlı bir uygulamanın olmadığı görülmektedir. Örneğin; Ahmet Şık başvurusunda, gazetecinin bir kısım yazısı, röportajı ve sosyal medya paylaşımları sebebiyle, hakkında silahlı terör örgütüne üye olma, örgüt hiyerarşisine dahil olmamakla birlikte örgüte yardım etme, silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçlamaları yöneltilerek başvuru tutuklanmıştır. Başvurucunun kaleme aldığı yazılar delil gösterilerek başvurucunun üç ayrı silahlı terör örgütüne yardım ettiği gerekçesiyle 7 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılmasına karar verilmiştir. Mahkeme, bu hükmün meşru bir müdahale olduğunu, ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.³⁷⁴

cc. Özel Hukuk Yaptırımları ve Caydırıcı Etki

Gazeteciler ve basın kuruluşları hakkında uygulanan özel hukuk yaptırımlarının ceza yaptırımlarına ve tutuklama gibi ağır tedbirlere kıyasla daha hafif bir yaptırım olarak görülebileceği iddia edilebilirse de³⁷⁵ tazminat, ihtiyati tedbir, yayın yasağı gibi yaptırımlar gazetecilerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratma potansiyeline sahiptir.

Caydırıcı etki doğurduğuna hükmedilen özel hukuk yaptırımlarından ilki ihtiyati tedbir kararlarıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir davada, Cumhuriyet Gazetesi'nin ülkede cumhurbaşkanlığı seçim süreci devam ederken Adalet ve Kalkınma Partisi'nin aday olan kişi hakkında *The Guardian* gazetesinde yayınlanan bir röportajdan alıntılar yaparak haberi "Cumhuriyetinize sahip çıkın" sloganı ile yayınlaması üzerine gazete aleyhine tazminat davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi, bahsi geçen aday hakkında yapılacak haberlerin ve yayınların

³⁷⁴ AYM, Ahmet Şık Başvurusu, 2017/5375, 02.05.2019; Aynı yönde başka bir karar için bkz.: Ahmet Hüsrev Altan Başvurusu, 2016/23668, 03.05.2019.

³⁷⁵ Gazeteciler aleyhine açılan davalar ve bu davaların etkilerinin tartışıldığı kitap, makale ve panel vs. toplantılarda tazminat davalarının gazeteciler üzerinde "nispeten daha ılımlı" bir caydırıcı etki doğurduğu ifade edilmekte ise de gazeteci Bahadır Özgür, verdiği bir röportajda, mahkemelerin sıklıkla gazeteciler aleyhine tazminata hükmettiğini ifade ederek konunun bir diğer boyutuna işaret etmektedir. Özgür, ceza davalarının şahsi olarak gazeteciyi etkilediğini, tazminat davalarının ise çoğunlukla basın kuruluşlarını hedef aldığını, bu sebeple basın kuruluşlarının yayınlarını devam ettirmek konusunda maddi olarak zor durumda kaldığını ifade etmiştir. Özgür'e göre, mevcut ortamda gazeteciler açısından tazminat davaları, ceza davalarından daha korkutucu olabilmektedir.

"Gazeteciler otosansürü anlatıyor 1- Bahadır Özgür", Susma Platformu, 02:00-04:00, 02.01.2020, <https://www.youtube.com/watch?v=qDJmj5LpvP4>, Erişim Tarihi: 24.01.2023.

durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, belirli bir süre sınırı içermeyen, belirli aralıklarla devam etmesinin gerekliliği değerlendirilmeyen ve bu sebeple on aydan fazla bir süre yürürlükte kalan tedbir kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, ülkede cumhurbaşkanlığına aday olan bir kişi hakkında, üstelik seçim süreci devam ederken kategorik olarak haber yapılmasını yasaklayan bir karar sadece başvuru gazete üzerinde değil, tüm medya üzerinde caydırıcı etki yaratmış olabileceğini tespit etmiştir.³⁷⁶

Gazeteciler aleyhine hükmedilen tazminat yaptırımlarının doğuracağı caydırıcı etki Anayasa Mahkemesi önünde pek çok kez incelenmiştir. Mahkeme'nin 2017 yılında karara bağladığı bir davada, gazeteci başvurusunun dönemin Adıyaman milletvekili olan bir kişi ile ilgili yazdığı yazı dolayısıyla manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesi konusu ele alınmıştır. Mahkeme, müştekinin politik yaşamına yönelik olarak kaleme alınan ve ağır eleştiri içeren köşe yazısının yazarı olan başvurusunun tazminat ödemesine karar verilmesinin, bilgilendirme ve eleştiri ortamına zarar verebileceğini tespit etmiştir. Gazetecilerin, siyasetçilerin davranış ve sözlerini takip etmelerinin, kamuyu bilgilendirmeye çalışmalarının demokratik bir toplumda kaçınılmaz olduğu göz önüne alınırsa, siyasetçiler açısından rahatsız edici de olsa tanınmış kişilere ilişkin bilgilendirme ve eleştirilerin yaptırımla karşılaşması caydırıcı etki yaratarak toplumdaki farklı görüşlerin dile getirilmesini engelleyebilecektir.³⁷⁷

dd. Haber Kaynağını Açıklamaya Zorlama

Gazetecilik kaynaklarının korunması, basın özgürlüğünün temel taşlarından biridir.³⁷⁸ Haber kaynaklarının korunmasının, demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için önemi dikkate alındığında, bir müdahale ancak kamu yararı için daha ağır basan bir gereklilik olduğunda meşru olabilecektir.³⁷⁹

³⁷⁶ AİHM, Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye, 28255/07, 8.10.2013.

³⁷⁷ AYM, Hacı Boğatekin Başvurusu (2), 2014/12162, 21.11.2017; AYM, Önder Balıkcı Başvurusu, 2014/6009, 15.02.2017.

³⁷⁸ AİHM, Roemen and Schmit v. Lüksemburg, 51772/99, 25.02.2003.

³⁷⁹ AİHM, Sanoma Uitgevers B.V. v. Hollanda, 38224/03, 14.09.2010; AİHM, Goodwin v. Birleşik Krallık, 17488/90, 27.03.1996.

Kaynağını açıklama, bilgi kaynağının adı başta olmak üzere, ses ve görüntüsü gibi kişisel verileri içeren bir kavramdır. Gazetecinin haberi edinmesine ilişkin fiili koşulların, bilgi kaynağı tarafından sağlanmış ancak yayınlanmamış olan bilgilerin, gazetecilerin veya işverenlerinin profesyonel çalışmalarıyla ilgili verilerinin korunması da yine bu hak kapsamındadır. Gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanması, gazetecilik faaliyetleri ile, gazetecinin haber üretmeye devam edebilmesi ile ve toplumun haber alma hakkı ile yakın ilgisi nedeniyle ancak çok sınırlı hallerde hukuka uygundur. Haber kaynağının ifşası gerekliliğine ilişkin koşulların yeterince ciddi ve/veya hayati olması, ifşa gerekliliğinin acil bir sosyal ihtiyaca dayanması gibi durumlarda haber kaynağının açıklanmasına karar verilmesi istisnai olarak hukuka uygun sayılabilirse de devletlerin bu konudaki takdir marjı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetimi ile birlikte devam etmektedir.³⁸⁰

Bir gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanmasının iki yönden ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturabilecek bir müdahale olduğu kabul edilmektedir. Caydırıcı etki bakımından önem arz eden ilk yön, gazetecinin gazetecilik faaliyetleri üzerindeki müdahaledir. Gazetecinin veya basın kuruluşunun sonucunda kaynağını açıklamaya zorlanacağını bildiği bir haberi yayınlaması oldukça güçtür. Basın kuruluşu aleyhine haber kaynağını açıklama emri verilmesi, karar henüz uygulanmamış olsa bile, toplum nezdinde ve potansiyel haber kaynakları nezdinde itibarını zedeleyebilecektir.³⁸¹ Haber kaynağının ifşasına zorlamanın caydırıcı etki yaratabilecek bir diğer yönü, kamuyu aydınlatması konusunda gazeteciye yardım eden kişilerin gizliliklerinin korunmasıdır. Kimliğinin gizli kalacağı ön kabulüyle gazeteciye bilgi sağlayan kişilerin bilgilerinin açıklanması için gazetecinin zorlanması, haber kaynağı olabilecek kişileri gazeteciye ulaşmak konusunda endişeye düşürecek, bu faaliyetten caydırabilecektir.

Haber kaynağının açıklanmaya zorlanmasının caydırıcı etki doğurabileceği bir başka husus, gazeteye/gazeteciye haberin kaynağının sorulmadığı fakat bu kişinin tespitine yarayacak, örneğin kaynağın sağladığı belgelerin sorulduğu ve belgelerin teslim edilmesine karar verildiği durumlardır. Neticede her davada, Goodwin

³⁸⁰ Council Of Europe Committee Of Ministers, Recommendation No. R (2000) 7, 08.03.2000.

³⁸¹ AİHM, Financial Times LTD ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 821/03, 15.12.2009.

davasında olduğu gibi, haber kaynağının açıklanması doğrudan istenmeyebilir. Mahkeme tarafından belgenin teslimi istendiğinde çoğunlukla kısa bir araştırmayla kaynağın kimliğini tespit etmek mümkün olabilecektir. Bu nedenle, kaynağın açıklanması kararlarının yaratacağı caydırıcı etki yalnızca doğrudan kaynağın kimlik bilgilerinin sorulduğu durumlarda değil, gazetecilerin anonim kaynakların belirlenmesinde bir aracı olarak görüldüğü her yerde söz konusu olabilecektir.³⁸² Bu kapsamda özellikle basın kuruluşlarının binalarında ve/veya gazetecilerin evlerinde yapılan arama ve el koyma işlemlerinin gazetecilik faaliyetleri üzerinde caydırıcı etki yaratabileceği vurgulanmaktadır.³⁸³

Bu noktada gizli belgelerin yayınlanmasına yönelik müdahalelerin caydırıcı etki bakımından nasıl değerlendirileceği sorusu akıllara gelebilir. Bu soruya benzer bir olay 2007 yılında Nokta dergisinde, Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ait gizli bir belgenin yayınlanması sonrası haber kaynağını tespit etmek üzere basın kuruluşuna telefon edilerek belgelerin “ulaşan şekliyle” istenmesi, basın kuruluşunun aranması, belgelere el konulması olayı bağlamında ele alınmıştır. Mahkeme'ye göre, bu fiiller gazetecilik kaynaklarının korunması gerekliliğiyle bağdaşmamaktadır. Söz konusu tedbirler, silahlı kuvvetlerle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, kamuyu bilgilendirme konusunda basına yol gösteren olası kaynakları caydıracak niteliktedir. Haber kaynağını ortaya çıkarmak için devletin takındığı tutum, gazetecinin diğer haber kaynaklarının, kamu makamlarının yasaya aykırı ya da tartışılabilir olan davranışlarının dile getirilmesi yönünde çalışan diğer gazetecilerin veya bilgi sızdıran kamu görevlilerinin cesaretini kırarak ilgililer üzerinde caydırıcı etkiye de sahip olabilecek niteliktedir.³⁸⁴

Caydırıcı etki, haber kaynaklarının ifşasına ilişkin emrin henüz uygulanmadığı veya kaynağın kendiliğinden haberin kaynağı olduğunu açıkladığı ve gazetecinin bu kişinin aleyhine delil vermeye zorlandığı durumlarda da söz konusu olabilir.³⁸⁵ Haber kaynağı olan kişinin yakalandığı fakat bu kişi hakkında daha fazla delil elde etme amacıyla gazetecinin evinin arandığı, dijital materyallerine el konulduğu durumlarda

³⁸² AİHM, Financial Times LTD ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 821/03, 15.12.2009; AİHM, Sanoma Uitgevers B.V. v. Hollanda, 38224/03, 14.09.2010.

³⁸³ AİHM, Nordisk Film & Tv A/S v. Danimarka, 40485/02, 08.12.2005.

³⁸⁴ AİHM, Görmüş ve Diğerleri v. Türkiye, 49085/07, 19.01.2016.

³⁸⁵ AİHM, Becker v. Norveç, 21272/12, 05.10.2017.

da gazetecinin gazetecilik faaliyetleri üzerinde caydırıcı etki yaratıldığından ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmiştir.³⁸⁶

Mahkeme önünde görülen Voskuil v. Hollanda³⁸⁷ davası, devam eden bir davada elde edilen delilleri tartışmalı hale getirebilecek kritik bir bilgi edinen gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanması ile ilgilidir. Habere göre, polisin bir evde su basması olayına müdahale ederken çok sayıda silah bulması sonucu başlayan yargılama süreci ile ilgili operasyonlara katılan bir polis memuru, silahların bulunmasının tesadüf olmadığını, su baskınında polisin bir müdahalesi olduğunu ima eden ifadelerde bulunmuştur. Bilgisine başvurulduğunda haber kaynağını açıklamayı reddeden başvuru gazeteci hakkında 30 gün hapis cezasına hükmedilmiştir. Mevcut olayda terazinin iki kefesinde de önemli amaçlar ve argümanlar yer almaktadır. Hükümete göre polisin dürüstlüğüne korumak ve adil yargılama yapabilmek ağır basarken gazeteci başvurucuya göre gazetecilik faaliyetlerinin korunması ağır basmaktadır. Basın özgürlüğünün korunması ve yanlış uygulamaların açığa çıkarılabilmesinin her zaman sağlanabilmesi için haber kaynaklarının korunmasına öncelik verilmelidir. Aksi halde, böyle bir koruma olmaksızın haber kaynakları kamuyu ilgilendiren konularda basına yardımcı olmaktan caydırılabilecektir. Haber kaynaklarının caydırılmasının sonucu olarak basının kamunun bekçisi olma rolünü zayıflatacak ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneği sarsılacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin davalardaki yaklaşımının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından bazı yönleriyle ayrıştığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir bireysel başvuruda, bir siyasetçinin eşinin kullanması için devlet kurumuna ait olimpik havuzun tahsis edilmesi hakkında haber yapan ve kaynağını açıklamak istemeyen gazetecinin iftira suçlamasıyla hapis cezasına çarptırılması incelenmiştir. Davada Mahkeme'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından iki yönde ayrıldığı görülmektedir.

İlk olarak Anayasa Mahkemesi, gazetecinin haber kaynağının korunması konusunda, haberi yapan ve kaynağını açıklamayan gazetecilere iddiaların doğruluğunun ispatı konusunda daha ağır bir sorumluluk yüklemektedir. Mahkeme'ye

³⁸⁶ AİHM, Nagla v. Letonya, 73469/10, 16.07.2013.

³⁸⁷ AİHM, Voskuil v. Hollanda, 64752/01, 22.11.2007.

göre, kaynağını açıklamayan gazetecinin, üzerine düşen ödev ve sorumlulukları gereği, ileri sürdüğü isnatların doğruluğunu araştırmak konusundaki yükümlülüğü artmaktadır.

İkinci olarak Mahkeme, olayı ve caydırıcı etkiye ilişkin tespitleri daha çok siyasetçinin eleştirilmesi bağlamında ele almış, rahatsız edici de olsa bu kişilerin eleştirilmesinin cezalandırılmasının caydırıcı etki doğuracağı tespitine yer vermiştir.³⁸⁸ Kararda ihlal kararı verilmiş olsa da gazetecinin haber kaynaklarını açıklamaması nedeniyle iftira suçundan cezalandırılmasının basın özgürlüğü üzerinde neden olduğu caydırıcı etkiye değinilmemiştir.

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması konusu ile sıklıkla birlikte anılan ve caydırıcı etki bakımından oldukça önem taşıyan bir diğer husus, bilgi uçurma (*whistle-blowing*) faaliyetlerinin etkin şekilde korunmasıdır.³⁸⁹ Bilgi uçurmanın ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının sebebi, kamuoyu ilgilendiren, kamu çıkarını zedeleyen iş ve eylemlerin ortaya çıkarılmasının istenmesidir. Kamu çıkarını zedeleyen faaliyetler hakkındaki bilgileri, çoğu zaman büyük riskler alarak kamuoyuna açıklayan kişilere gerçek bir koruma sağlanması elzemdir.³⁹⁰

Bilgi uçuran kişilerin misilleme ile karşılaşması, tehdit edilmesi, işlerine son verilmesi gibi yaptırımların bu kişilerin hak kullanma pratikleri üzerinde ve bu kişiler ile aynı pozisyonda olan diğerlerinin hak kullanma pratikleri üzerinde caydırıcı etki yaratacağı mahkeme kararları ile tespit edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2008 yılında karara bağladığı Guja v. Moldova davasında, savcılıkta çalışan başvurucunun, kötü muamele iddiasıyla soruşturulan bir polis memuru hakkında üst düzey bir devlet görevlisinin savcılığa gönderdiği, soruşturmaya müdahale niteliğinde olan notu basın ile paylaşmıştır. Devlet başkanının yolsuzluk ile

³⁸⁸ AYM, Arifhan Mehmet Kızılyalın Başvurusu, 2016/9398, 14.09.2021.

³⁸⁹ Basın özgürlüğü ve bilgi uçurma faaliyetleri arasındaki sıkı ilişki, anonim kaynaklara dayanarak önemli belgeler yayımlayan Wikileaks kurucusu Julian Assange'ın Birleşik Krallık'tan Amerika Birleşik Devletleri'ne iadesi tartışmalarında da gündeme gelmiştir. Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatović, Birleşik Krallık İç İşleri Bakanı'na bir mektup yazarak Assange'ın ABD'ye iade edilmemesini talep etmiştir. Mijatović'e göre, iadenin gerçekleşmesi, basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sebep olacak, nihayetinde basının demokratik toplumlarda bilgi sağlama ve kamu bekçiliği görevini yerine getirmesini engelleyebilecektir. <https://rm.coe.int/letter-to-priti-patel-secretary-of-state-for-the-home-department-of-th/1680a67bc0>, 10.05.2022, Erişim Tarihi: 11.01.2023.

³⁹⁰ Avrupa Komisyonu Temsilciler Meclisi, Resolution 1729 (2010), 29.04.2010;

“Protecting Whistleblowers” Avrupa Komisyonu, Recommendation CM/Rec(2014)7, 01.01.2015.

mücadele edilmesi gerekliliğine ilişkin konuşmasından sonra bu adımı atmaya karar veren başvurucu, görevden alınmıştır. Mahkemeye göre, başvurunun görevden alınması gibi ağır bir yaptırım, yalnızca başvurunun kariyeri üzerinde olumsuz etki yapmakla kalmayacak, aynı zamanda savcılıkta çalışan diğer kişileri hatta diğer pek çok memur ve çalışanı, herhangi bir suistimali bildirmekten caydıracaktır.³⁹¹

Mahkeme, özel sektör çalışanlarının bilgi uçurması bakımından da benzer tespitleri yapmaktadır. Bakım hizmeti veren özel bir şirkette çalışan hemşire başvurunun, çalıştığı kurumda defalarca kez yapılan uyarıya rağmen, hijyen kurallarına uyulmadığını ve gereğinden az personel çalıştırıldığı için fazla çalışma sebebiyle çok defa hasta olduğunu öne sürerek suç duyurusunda bulunması üzerine iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme, kendi haklarını savunamayacak yaşlı kişilerin bakımlarının sağlandığı bir kuruluştaki yetersiz koşulları ifade eden başvurucuya iş kanunu kapsamındaki en ağır cezanın verilmesi başvurunun kariyeri üzerinde olduğu gibi, başvuru ile aynı kuruluştaki çalışan kişiler üzerinde, hemşire olan diğer kişiler üzerinde ve toplumun tamamı üzerinde caydırıcı etki yaratabilecektir.³⁹²

Görüldüğü üzere, gazetecilerin mesleklerinin bir gereği olarak ifade özgürlüklerini kullanırken pek çok yönden müdahaleye uğraması, haklarını kullanmaktan caydırılması söz konusu olabilmektedir. Gazetecilere yönelen fiziksel saldırıların, tehditlerin, karalama kampanyalarının ve gazetecilere yönelen suçların cezasız kalmasının gazetecilerin ifade özgürlüğü alanını daralttığı, yaratılan caydırıcı etkinin otosansüre dönüşebileceği göz önüne alınmalıdır.

Gazetecilerin haber, haber takibi yapmaya, toplumu bilgilendirmeye korkar hale gelmelerinin, belirli konuları yazmaktan, konuşmaktan çekinmelerinin demokratik toplumun, yönetimde şeffaflığın geleceği bakımından ne anlama geleceği gözetilerek gerekli yasal düzenlemeler yapılarak gazetecilerin yersiz tazminat davalarına ve keyfi ceza hukuku süreçlerine karşı korunması sağlanmalı ve bu koruma caydırıcı etki doktrininin sunduğu bakış açısıyla etkin şekilde denetlenmelidir.

³⁹¹ Guja v. Moldova, 14277/04, 12.02.2008.

³⁹² Heinisch v. Almanya, 28274/08, 21.7.2011.

b. Akademik İfade Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki

*“Asıl soru kaç profesörün görüşleri nedeniyle işinden atıldığı değil, kaçının aynı şeye kendisinin de maruz kalabileceğini düşündüğü. Bütün akademi sindirilmiş durumda.”*³⁹³

Bilginin üretimi ve yayılması faaliyetlerini hayata geçirebilme özgürlüğü olan akademik özgürlük, ifade özgürlüğü yelpazesinde birden fazla özgürlüğü içermekle birlikte, akla ilk gelen anlamıyla, öğretim üyelerinin görevlerini yerine getirirken fikirlerini ifade edebilmesini, misilleme yahut yaptırım korkusu olmaksızın fikirlerini ve araştırmalarını ortaya koyabilmelerini ifade eder.³⁹⁴ Akademisyenler bu özgürlük kapsamında devletten ya da başka herhangi bir kaynaktan gelebilecek müdahale veya baskı endişesini taşımadan görevlerini yerine getirme hakkına sahiptir.³⁹⁵ Bu hakkın başlıca unsurları, bilme hakkı, deney yapma hakkı, bilimsel üretme özgürlüğü, bilgilendirme ve yayın hakkıdır.³⁹⁶

UNESCO Yüksek Öğretim Akademik Personelin Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı’nda belirtildiği üzere akademik personel, akademik özgürlük bağlamında, hiçbir ayrımcılığa uğramadan, devletten ve sair kaynaklardan gelecek baskının korkusu olmaksızın görevini yerine getirme hakkına sahip olmalıdır. Bu hak, akademik personelin kurumsal bir sansürden bağımsız olma hakkını, mesleki akademik organlara katılma hakkını ve çalıştıkları kurum ve kuruluşları eleştirme özgürlüğünü de kapsamaktadır.³⁹⁷

³⁹³ Robert Hutchins, Chicago Üniversitesi Eski Rektörü. Amerika Birleşik Devletleri’nde, McCarthy dönemi akademik ifade özgürlüğüne ilişkin, Aktaran; David Cate, **The Great Fear: The Anti-Communist Purge Under Truman and Eisenhower**, New York: Simon and Schuster, 1978, s. 429

³⁹⁴ “Academic Freedom and Free Speech”, University of Maryland, <https://faculty.umd.edu/main/leadership-development/academic-freedom-and-free-speech#:~:text=In%20general%2C%20academic%20freedom%20is,others%20without%20fear%20of%20retribution.,> Erişim Tarihi: 02.09.2022.

³⁹⁵ Dünya Üniversiteler Servisi (WUS), Akademik Özgürlük ve Yüksek Öğretim Kurumlarının Özerkliği Lima Bildirgesi, 1988. Bildirge’nin tam metni için bkz.: <https://www.wusgermany.de/sites/wusgermany.de/files/userfiles/WUS-Internationales/wus-lima-englisch.pdf>, Erişim Tarihi: 02.09.2022.

³⁹⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 5. Baskı, 2009, s. 300.

³⁹⁷ UNESCO Yüksek Öğretim Akademik Personelin Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı, 11.11.1997, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/Yukse%20Ogretim%20Tavsiye.pdf>, Çev.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de bir öğretim kurumunun herhangi bir okul olmaktan çıkıp üniversite olabilmesi ve bu misyonu yerine getirebilmesi, akademik özgürlüklerin var olmasıyla mümkündür. Üniversite öğretim üyelerinin; bilimsel çalışma ve araştırmaları, öğrenim ve eğitimi, yan tutmadan, hiçbir endişeye kapılmadan özgürce yapabilmeleri için her şeyden önce kendilerinin mesleki güvenceye sahip kılınmaları şarttır. Mesleğini kaybetme kuşkusu içinde olan ve kendini güvencede görmeyen bir öğretim üyesinden bilimin gerekleri beklenemez.³⁹⁸

Akademik özgürlük, araştırma, öğretme, yayınlama, tartışma özgürlükleri gibi daha çok üniversite sınırları içinde kullanılan özgürlüklerin yanında eğitim hakkı ve kamusal tartışmalara katılma haklarıyla da yakından ilgilidir. Akademik özgürlük, kurumsal disiplin ve kısıtlama korkusu olmaksızın kamusal tartışmalara katılabilmeyi de kapsar. Nihayetinde, akademisyenler, kendilerinin de parçası oldukları topluma fikirlerini iletmeyi kapsayan üniversite dışı tartışmalara katılabilirler.³⁹⁹ Bir akademisyenin kamuda süregelen tartışmalarla ilgili kaleme aldığı dergi yazısındaki ifadeleri⁴⁰⁰, katıldığı televizyon programındaki sözleri⁴⁰¹ de akademik özgürlük kapsamındadır.

Hakkın yasal çerçevesi bu şekilde olmakla birlikte hakkın uygulanabilirliği bakımından sıklıkla sorunlar yaşanmaktadır. Akademisyenlerin devam eden kamusal tartışmalara katkıda bulunmak amacıyla, kamu yararına katkı sağlayan açıklamaları dahi ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalabilmektedir. Akademisyenlerin araştırma yürütmek ve araştırmalarının sonuçlarını yayınlamak ve kamuoyu ile paylaşmak haklarının özgürce kullanımında yaşanan engeller bakımından gıda mühendisi Bülent Şık hakkında yürütülen ceza yargılaması süreci örnek gösterilebilir. Sağlık Bakanlığı bünyesinde “Kocaeli, Antalya, Tekirdağ, Edirne, Kırklareli İllerinde Çevresel Faktörlerin ve Sağlık Üzerine Etkilerinin Değerlendirilmesi” isimli araştırmada yer alan Şık hakkında, raporun bakanlık tarafından yayınlanmaması üzerine rapordaki bulguları gazetede yayınlamıştır. Yayın sebebiyle Şık hakkında ‘göreve ilişkin sırrın

Kerem Altıparmak, Koray Karasu, Ersin Embel, Hasan Sayim Vural, Sarp Balcı, Erişim Tarihi: 08.09.2022.

³⁹⁸ AYM, E.1976/1, K.1976/28, T. 25.05.1976.

³⁹⁹ AİHM, Mustafa Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye, 346/04, 39779/04, 27.05.2014.

⁴⁰⁰ AİHM, Mustafa Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye, 346/04, 39779/04, 27.05.2014.

⁴⁰¹ AİHM, Kula v. Türkiye, 20233/06, 19.06.2018.

açıklanması’, ‘yasaklanan gizli bilgileri temin etme ve açıklama’ suçlamaları yöneltilmiş, hapis cezasına hükmedilmiş, ceza ertelenmemiş, istinaf aşamasında beraat kararı verilmiştir.⁴⁰²

Aynı şekilde, tüm dünyada ve Türkiye’de devam ettiği dönemde, koronavirüs salgını ile ilgili röportaj veren Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Kayıhan Pala hakkında Bursa Valiliği’nin Pala’nın “halkı yanlış bilgilendirdiği” ve “paniğe yönlendirici açıklamalar yaptığı” şeklindeki ihbarları sonucu soruşturma başlatılmıştır. Devam eden süreçte savcılığın görevsizlik kararı vermiş, Uludağ Üniversitesi Pala hakkında idari soruşturma başlatmıştır.⁴⁰³

i. İnsan Hakları Raporlarında Türkiye’de Akademik İfade Özgürlüğü

Ülkelerin akademik bakımdan özgürlüklerini ölçen GPPI (*Global Public Policy Institute – Global Kamu Politikası Enstitüsü*) 2020 raporuna göre Türkiye, akademik özgürlük sıralamasında 100 puan üzerinden 9,7 puan almıştır. Ülkeler sıralamasında Türkiye, 144 ülke arasında 135. sırada yer almaktadır. Listede Küba’nın hemen sonrasında gelen Türkiye’yi, Suriye, Azerbaycan, Türkmenistan, Bahreyn ve Kuzey Kore takip etmiştir.⁴⁰⁴ Rapora göre, Türkiye akademik özgürlük alanında 1999-2002 yılları arasında zirveyi görürken, 2010 yılından sonra keskin bir düşüş yaşamıştır.⁴⁰⁵ Raporda Türkiye’de 2010 yılından itibaren üniversite özerkliği, akademik araştırma ve öğretme özgürlüğü, akademik yayın özgürlüğü, kampüslerin siyasi güdümlü gözetim altında tutulmaması kriterleri bakımından açık bir gerileme yaşadığı göze çarpmaktadır.

⁴⁰² <https://www.frontlinedefenders.org/tr/case/judicial-harassment-academic-bulent-sik>, Erişim Tarihi: 07.09.2022.

⁴⁰³ Cansu Pişkin, “Prof. Dr. Kayıhan Pala Savunmasını Verdi”, <https://expressioninterrupted.com/tr/prof-dr-kayihan-pala-savunmasini-verdi/>, 22.07.2020, Erişim Tarihi: 7.9.2022. Pala’nın soruşturmaya konu ifadeleri şu şekildedir: “Türkiye’de henüz salgının tepe noktasını görmediğimizi düşünüyoruz. Ben 2-3 hafta kadar önce tepe noktasının 20-27 Nisan arasında gözlenebileceğini, ondan sonra bir azalma olacağını ve Haziran’ın ikinci haftasına kadar da sönümleneceğini tahmin ettiğimi yazmıştım. Bu tahminin ne kadar geçerli olacağını bu hafta hep birlikte göreceğiz.”

⁴⁰⁴ Katrin Kinzelbach, Ilyas Saliba, Janika Spannagel, Robert Quinn, “Free Universities: Putting the Academic Freedom Index Into Action”, Global Public Policy Institute, 2020, s. 24;

⁴⁰⁵ <https://www.veripie.com.tr/2021/02/02/akademik-ozgurluk-endeksine-gore-turkiye-144-ulke-arasinda-135-sirada/>, Erişim Tarihi: 05.09.2022.

Aynı kuruluşun izleyen yılda yayınlanan raporuna (GPPI 2021) göre ise, Türkiye, akademik özgürlük sıralamasında Çin, İran, Azerbaycan, Güney Sudan, Belarus gibi ülkelerle birlikte akademik özgürlük bakımından en kötü grupta (E grubu) yer almıştır. Bu raporda, Türkiye'nin akademik özgürlük puanı 100 puan üzerinden 6,4 olarak belirlenmiştir.⁴⁰⁶

Risk Altındaki Akademisyenler'in 2020 yılında yayınladığı ve Türkiye'ye, "Türkiye'nin Felç Halindeki Akademik Topluluğu" başlıklı bir bölüm ayrılan rapora göre, iki yıl süren OHAL sürecinde, Barış İçin Akademisyenler'in de aralarında olduğu 6.081 akademisyenin üniversiteler ile ilişkisi keyfi iddialara dayanarak kesilmiştir. Akademisyenler, "sivil ölüm" şeklinde tanımlanabilecek muamelelere maruz kalmıştır. Rapora göre, görevlerinden uzaklaştırılan akademisyenler arasında "hep daha kötüsüne hazırlıklı olma" ve "sürekli tehdit altında olma" algısı çok yaygındır. Görevlerinden uzaklaştırılan akademisyenlerin %97'si kendisini güvende hissetmemekte, %93'ü akademik görevlerine geri dönseler bile daha fazla yıldırmaya maruz kalacaklarına inanmaktadır. Sosyal damgalanmaya maruz kalan akademisyenler, diğer iş alanlarından da dışlanmaktadır.⁴⁰⁷

Akademisyenlerin herhangi bir kamu görevinde çalışması yasaklandığı gibi, özel sektörde çalışmaları da çeşitli şekillerde engellenmiştir. Özel sektörde iş bulan akademisyenler, kendilerine iş verilmesinin işveren açısından risk yarattığını, işverenlerin gayri resmi yollarla uyarıldığını, iş yerlerine hemen her gün müfettiş gönderilerek denetimler yapıldığını ve çeşitli gerekçelerle ceza kesildiğini ifade etmişlerdir.⁴⁰⁸

Yine OHAL döneminde, halen görevde olan akademisyenlerin ifade özgürlüğü üzerine 2019 yılında yapılan bir araştırma sonuçlarına göre akademisyenler, otosansür uygulayarak "hassas" konuları ders müfredatından ya da okuma listesinden çıkarmayı tercih etmekte, derste bu konulara girmemekte ve hatta mümkünse Türkiye ile ilgili

⁴⁰⁶ Katrin Kinzelbach, Ilyas Saliba, Janika Spannagel, Robert Quinn, "Free Universities: Putting the Academiz Freedom Index Into Action", Global Public Policy Institute, 2021, s. 24, <https://www.gppi.net/2021/03/11/free-universities>, Erişim Tarihi: 05.09.2022.

⁴⁰⁷ Free to Think, Report of the Scholars at Risk Academic Freedom Monitoring Project, 2020, s. 71, <https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2020/11/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2021.

⁴⁰⁸ Vezir Aktas, Marco Nilsson, Klas Borell, "Social Scientists Under Threat: Resistance And Self-censorship in Turkish Academia", British Journal of Educational Studies, 67:2, 2019, s. 174.

örnekler vermekten kaçınmaktadır.⁴⁰⁹ Araştırmaya katılan akademisyenlerin %54'ü “akademik yayınlarımda görüş ve bilgi paylaşıırken özgür hissediyorum” ifadesine katılmadıklarını belirtmiştir. Bu ifadeye katıldığını belirten akademisyenlerin oranı %22'dir. Araştırmaya katılan her üç akademisyenden biri, yayınlarında “hassas” konulara değinirken otosansür uygulamakta, bu konulara girmekten kaçınmakta ve “bazı şeyleri” dile getirmemeye çalışmaktadır. Akademik yayınlar konusunda baskıdan kaçınmak için yabancı dilde yayın yapma, “risk oluşturacak” konuları tercih etmeme ve teknik metinler yazmayı tercih etme gibi yollara başvurulmaktadır.⁴¹⁰

Rapora göre akademide ifade özgürlüğü üzerindeki baskı akademisyenlerle sınırlı değildir. Üniversiteler bünyesinde yazılan yüksek lisans ve doktora tezleri de sansürlenebilmektedir. Araştırmacıların tabu sayılan konularda araştırma yapması engellenebilmekte, kimi durumda enstitüler doğrudan bu alanlardaki tezleri sansürleyebilmekte veya reddedebilmektedir. Tezlere danışmanlık yapan akademisyenler, “hassas” konularda çalışmak isteyen öğrencileri, onların geleceği açısından uyarmak zorunda hissettiklerini belirtmişlerdir.⁴¹¹

Akademisyenler, yaşadıkları durumu, korku iklimi”, “korku kültürü”, “korku rejimi”, “korku atmosferi”, “korku imparatorluğu”, “korku dalgası” ifadeleriyle tanımlamışlardır. Bir akademisyene göre akademik özgürlüklere ilişkin yaşanan durum, “özel bir uygulamadan çok bir bütün olarak korku ve endişe rejimi” yaratılmasına sebep olmaktadır.⁴¹²

⁴⁰⁹ Özdemir Taştan, Ördek, s. 36. Araştırma kapsamında bir anket doldurmaları istenen akademisyenler, hissettikleri korku ve baskı sebebiyle çalıştıkları üniversitenin adının belirtilmesi bir yana, katıldıkları ilin dahi araştırma raporunda yer almasını istememişlerdir. Aynı şekilde ankete katılmayı kabul eden ve çalıştıkları üniversite o ildeki tek üniversite olan akademisyenler sonradan ankete katılmaktan vazgeçmiştir. Raporda bu sebeple Karadeniz bölgesinde yer alan bir ilin ismine yer verilememiştir. Özellikle bir ya da iki üniversitenin yer aldığı illerdeki akademisyenler, çalıştıkları, eğitim gördükleri bölümü ve çalışma alanlarını belirtmek istememişlerdir. Akademisyenlerden bazıları açıkça, doldurdıkları anketin birinin eline geçmesi halinde soruşturma açılacağından endişe ettiğini not kısmına eklemiştir.

⁴¹⁰ Özdemir Taştan, Ördek, s. 46-48. Akademisyenler, Barış İçin Akademisyenler'in görüşlerini beyan etmelerinden sonra karşılaştıkları baskının, haklarında açılan soruşturmaların kendileri üzerinde negatif etki doğurduğunu, görüşlerini beyan etmeden önce “acaba bunu söylersem baskı görür müyüm, işimden olur muyum?” diye düşündüklerini iletmışlerdir. Bir akademisyene göre, görüşlerini dile getiren kişilerin görevlerinden alınması, görevine devam eden diğerlerini de etkilemekte, onların çalışıp üretme isteklerini de kırmaktadır.

⁴¹¹ Özdemir Taştan, Ördek, s. 61.

⁴¹² Özdemir Taştan ve Ördek, s. 132.

OHAL sonrası akademik özgürlüklerin durumuna ilişkin 2021 yılında yayınlanan bir başka raporda, Barış İçin Akademisyenler'in "başına gelenler" in imzacı olmayan ve ihraç edilmeyen akademisyenler üzerinde olumsuz etkilerinin devam ettiği tespitlerine yer verilmiştir. İmzacı akademisyenlerin karşı karşıya kaldığı süreç akademide büyük bir baskı ve korku ikliminin başlangıcı olmuştur. Rapora göre, bildiriye imza atan öğretim elemanını görevinden uzaklaştırmayan üniversite yönetimlerinin devlete bağlılığı sorgulanmış, yönetimler teröre destek verip vermedikleri suçlamalarıyla karşı karşıya bırakılmıştır. Kurumu tarafından ihraç edilmeyen akademisyenler hakkında dışarıdan yapılan şikayetler sonucu cezai süreç başlatılmıştır.⁴¹³

ii. Mahkeme Kararlarında Akademik Özgürlükler ve Caydırıcı Etki

Yapılan bilimsel araştırmaların sonuçlarının yayınlanması bakımından ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etki, Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınmıştır. Başvuru konusu olayda, radyasyon onkolojisi uzmanı başvuru Ankara'nın içme suyuna arsenik karıştığı tartışmaları bağlamında birtakım verileri basın açıklaması şeklinde yayınlamıştır. Yerel mahkeme, başvurunun bilimsel olarak kesin olmayan bir konuda yaptığı açıklamalarla, dönemin Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı'nın zan altında bırakıldığını, kamuoyu önünde küçük düşürüldüğünü gerekçe göstererek başvuru aleyhine tazminata hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, tıp doktoru olan başvurunun kamu yararını ilgilendiren konularda tartışmaya katılması için bilimsel kesinliğin bir ölçüt olarak aranmasının hem kamusal tartışmayı hem de açık bir toplumu imkânsız kıldığını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre uygulanan yaptırım, kamusal tartışmayı zorlaştıracak ve bireyleri toplumsal tartışmalara katılmaktan caydıracaktır.⁴¹⁴

Akademik özgürlüklere ilişkin caydırıcı etki, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru içtihadı bakımından en geniş şekilde, Barış İçin Akademisyenler

⁴¹³ Demet Sayınta, "OHAL Sonrası Akademik Özgürlük İhlallerini İzleme Raporu", İnsan Hakları Okulu, 2021, s. 15.

⁴¹⁴ AYM, Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), 2013/8598, 02.07.2015.

Bildirisi⁴¹⁵, ne imza veren başvuruçular hakkında verilen kararda ele alınmıştır.⁴¹⁶ Başvuruçular, 2015 ve 2016 yıllarında Türkiye'nin doğusu ve güneydoğusunda terörle mücadele kapsamında yürütülen operasyonlar sırasında ilan edilen sokağa çıkma yasağının, çatışmaların ve insan hakları ihlallerinin sona erdirilmesi çağrısında bulunan akademisyenlerdir. Bildiri, çeşitli üniversitelerde görev yapan 2200'den fazla akademisyen tarafından imzalanmıştır. Bildiriye imza atan akademisyenler, kamuoyu önünde dönemin Cumhurbaşkanı, Başbakanı ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı tarafından da ağır şekilde eleştirilmiştir.⁴¹⁷ Başlatılan ceza süreçleri dolayısıyla başvuruçuların bir kısmı terör örgütü propagandası yapmak suçlaması ile tutuklanmış, haklarında kamu davası açılmıştır. Bildiriye imza atan akademisyenlerin bir kısmı, daha sonra ilan edilen OHAL kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle kamu görevlerinden ihraç edilmiştir.

Hakkında hapis cezasına hükmedilen ve cezası infaz edilmekte olan bir başvuruçuyla, haklarında verilen hapis cezaları ertelenen diğer başvuruçuların dosyaları Anayasa Mahkemesi tarafından birlikte incelenmiştir.

Mahkeme, ceza mahkemelerinin ve diğer kamu otoritelerinin kesin ve inandırıcı deliller olmaksızın soyut ifade açıklamalarını, terör örgütünün talimatı ile yapıldığını, bildirinin, terör örgütüyle iş bölümüne giderek, bir görev olarak imzalandığını varsaymasının ve bu varsayım üzerine kişilerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğü üzerinde ağır bir baskı oluşturacağını tespit etmiştir.

Kararda caydırıcı etkiye ilişkin tespitler mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesinde, cezanın orantılılığı başlığı altında yer almaktadır. Başlık bu olsa da caydırıcı etkiye ilişkin tespitlerin daha çok demokratik toplumda gereklilik incelemesine daha yakın bir şekilde yapıldığı karar metninde göze çarpmaktadır.

⁴¹⁵ Bildirinin tam metni için bkz.: <https://t24.com.tr/haber/baris-icin-akademisyenlerin-1128-imzayla-acikladigi-bildirinin-tam-metni,324471>, Erişim Tarihi: 08.12.2021.

⁴¹⁶ Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri Başvurusu, 2018/17635, 26.07.2019.

⁴¹⁷ <https://bianet.org/bianet/toplum/171090-davutoglu-akademisyenlerin-bildirisinden-hicap-duydum>, Erişim Tarihi: 10.11.2022; <https://www.diken.com.tr/fevzioglu-akademisyenlere-karsi-erdoganin-izinde-sozde-aydinlarin-kalintilari/>, Erişim Tarihi: 10.11.2022; https://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/01/160111_erdogan_akademisyen_aciklama, Erişim Tarihi: 06.12.2021 ; <https://tr.sputniknews.com/20160124/erdogan-baris-icin-akademisyenler-kilicdaroglu-1020407927.html>, Erişim Tarihi: 06.12.2021.

Kararda, başvuruçuların bahsi geçen metne imza atmaları dolayısıyla başlatılan cezai süreçler kapsamında alınan tedbir kararları, başvuruçuların hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmaları, cezaların ertelenmesi, ilk başvuruçunun cezasının bir kısmının infaz edilmesinin doğuracağı kişisel ve toplumsal caydırıcılığa dikkat çekilmiştir. Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğü akademisyenler için özel önem arz etmektedir.

Mahkeme'nin değindiği ikinci husus infazın ertelenmesine ilişkindir. Mahkeme başvuruçuların akademik faaliyetlerine dikkat çekerek ifade özgürlüğünün bu kişiler açısından önemini vurgulamıştır. Gelecekte infaz edilebilme olasılığı devam ettiğinden, infazın ertelenmesi durumunun başvuruçular üzerinde Demokles'in kılıcı gibi sürekli ceza tehdidi yaratması, ifade özgürlüğü mesleğinin bir gereği olan kişiler üzerinde stres ve cezalandırılma endişesi doğuracaktır. Nihayetinde akademisyen olarak hayatlarını sürdüren başvuruçular açısından araştırmalar yapmak, konferans ve seminerlere katılmak, tartışmalarda söz söylemek, tezler ileri sürmek başvuruçuların mesleklerinin bir parçasıdır. Kişiler denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişilerin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından imtina etme riski bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Mahkeme, bu kararda başvuruçular üzerinde doğabilecek caydırıcı etki değerlendirmesi ile sınırlı kalmayarak caydırıcı etkinin toplumsal sonuçlarına, genel etkisine de değinmiştir. Mahkeme, caydırıcı etkinin nihayetinde otosansüre hizmet edeceğini tespit ederek, demokratik bir toplumda otosansür refleksine hizmet eden bir cezaya maruz kalınması, kamu gücünü kullanan organların karar ve eylemlerini sorgulanamaz hâle getireceğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre devletin, kamusal tartışmaların yaptırım tehdidi ile engellenmesi yerine kendisine yöneltilen eleştirilere karşı iletişim araçları ile cevap vermesi ve bu yolla kamusal tartışmaya katılmasının beklenir. Nihayetinde kamu gücünü kullanan organlar eleştirilere cevap verilmesi hususunda ülkedeki herkesten daha fazla güç ve imkâna sahiptir. Demokrasilerde son derece saçma ve ilgisiz bile görünse muhaliflerin haksız saldırı ve eleştirilerine farklı yollardan cevap verme imkânının olduğu durumlarda ceza kovuşturmasına başvurulmamalıdır.

Kararda eksik görünen husus, başvuruçular gibi akademisyen olan ve toplumsal tartışmalara fikri katkı sağlayan kişilerin cezalandırılmasının akademisyen olan diğer kişiler üzerinde yaratacağı caydırıcı etkinin tespit edilmemesidir. Oysa yukarıda bahsi geçen raporlardan da anlaşıldığı üzere, özellikle Barış İçin Akademisyenler metnine imza atan akademisyenler hakkında başlatılan cezai ve idari süreçler halihazırda görev yapan akademisyenler üzerinde caydırıcı etki doğurmuş, onları gelecekteki çalışmaları bakımından isteksiz ve endişeli bir konuma sürüklemiştir.

Kararda yer verilmeyen bir diğer husus ise, bildiriye imza atan akademisyenler hakkında başlatılan karalama kampanyasına değinilmemesidir. Devletin en üst kademe yöneticileri tarafından basına açık konuşmalarla ağır şekilde eleştirilen başvuruçular, iktidara yakın medya organları tarafından fotoğraflarına, isimlerine gazetelerin manşetlerinde yer verilerek en ağır şekillerde itham edilmiştir. Başvuruçuların ifadeleri bazı kimselerce veya toplumun çoğunluğu tarafından haksız, yanlış, sert, incitici görülse dahi uygulanacak yaptırımlar bakımından esas kriter, kullanılan ifadelerin toplum tarafından ne ölçüde kabul edilebileceğinden öte sözlerin hukuken gerçekten bir suç oluşturup oluşturmadığıdır.⁴¹⁸

Bu kararı ile mahkeme, terörle mücadele yasaları başta olmak üzere çeşitli suç hükümlerinin ifade özgürlüğünü kullanan akademisyenler hakkında uygulanmasının başvuruçular üzerinde ve genel olarak demokratik toplum üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu tespit etmiştir.

Akademik özgürlük bir başka yönden, akademisyenin görüşlerini üniversite dışında, örneğin bir televizyon programında ifade etmesini de içerir. Kula v. Türkiye⁴¹⁹ davasında başvuruçulu akademisyenin, görev yaptığı fakültede, dekan tarafından izin verilmediği halde görüşlerini bir televizyon programında açıklaması sebebiyle verilen disiplin cezası ele alınmıştır. Başvuruçulu hakkında uygulanan yaptırımın gerekçesi “ikamet ettiği ilin hudutlarını izinsiz terk etme” olarak belirtilmiş olsa da mahkeme, cezanın esasen başvuruçunun amirlerinin müsaade etmedikleri bir televizyon

⁴¹⁸ Karara ilişkin ilginç bir ayrıntı, Anayasa Mahkemesi’nin karar metninde birden fazla kez metnin içeriğine katılmadığını ifade etme tercihinde bulunmasıdır. Mahkeme, kararına, “...Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün korumasından faydalanması gerektiği yönündeki yorumları Anayasa Mahkemesinin bildiride yer alan düşünceleri paylaştığı veya desteklediği anlamına da gelmez.” şeklinde adeta bir şerh düşmüştür. (§124).

⁴¹⁹ AİHM, Kula v. Türkiye, 20233/06, 19.06.2018.

programına katılması gerekçesiyle verildiğini belirtmiştir. Davada başvuru akademisyen hakkında verilen kınama cezasının -yaptırım ne kadar küçük olursa olsun- kişinin ifade özgürlüğünün kullanması üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğinden bahisle davada ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin var olduğu tespit edilmiştir.

Akademik ifade özgürlüğü üzerinde yaratılan caydırıcı etki bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilmesi gereken bir diğer husus, mahkemenin karara bağladığı Baskın Oran⁴²⁰ ve İbrahim Özden Kaboğlu⁴²¹ başvurularında karşımıza çıkmaktadır.

Başvurucular, Başbakanlık bünyesindeki görevleri dolayısıyla hazırladıkları “Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Raporu” isimli raporu yayınlamasından sonra kamuoyu önünde bazı üst düzey devlet yöneticileri, milletvekilleri, sendika yöneticileri ve medya tarafından ağır şekilde eleştirilmiş, haklarında karalama kampanyaları başlatılmıştır. Öyle ki, raporun sonuçlarını basınla paylaşmak üzere düzenlenen toplantıda bir sendika yöneticisi raporun bir nüshasını yırtarak tepki göstermiştir. Tüm bunların bir sonucu olarak yükselen toplumsal tansiyon ortamında başvuru pek çok ölüm tehdidi almıştır.⁴²²

Her iki kararında Anayasa Mahkemesi, -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından ve kendi içtihatlarından farklı olarak- üçüncü kişilerin başvuru ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı negatif etkilere değinerek devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında bir caydırıcı etki tespiti yapmıştır. Şöyle ki, caydırıcı etki tespitinin yapıldığı kararların ezici çoğunluğu, devletin ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı caydırıcı etkiye ilişkindir. Caydırıcı etki, devletin müdahale etmeme yükümlülüğü yani negatif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu iki kararında devletin ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin haklarının üçüncü kişilerden gelebilecek tehditlere karşı etkin korunmamasının da ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğini ifade etmiştir. Baskın Oran kararında Anayasa Mahkemesi, başvuru ifade özgürlüğünü kullanması sebebiyle

⁴²⁰ AYM, Baskın Oran Başvurusu, 2014/4645, 18.04.2018.

⁴²¹ AYM, İbrahim Özden Kaboğlu Başvurusu, 2015/18503, 30.05.2019.

⁴²² Raporun yazılma süreci ve sonrasında yaşananların detaylı anlatımı için bkz.: Baskın Oran, Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Raporu’nun Bütün Öyküsü, Birikim, No. 188, 2004, s. 17-25, <https://baskinoran.com/makale/Birikim-IHDKRaporununOykusu.pdf>, Erişim Tarihi: 06.09.2022.

tehdit eden kişiler hakkında caydırıcı bir ceza verilmemesinin, başvurucunun korku içinde yaşamasına sebep olduğu ve bu durumun düşüncelerini açıklaması üzerinde caydırıcı etki oluşturduğu ifade edilmiştir. Her iki karar da etkisiz yargısal süreçlerin ve ölçülü yargısal tepki verilmemesinin düşünce açıklamaları üzerinde yaratabileceği caydırıcı etkiyi tespit etmesi bakımından önemlidir.

c. Yargılama Öznelerinin İfade Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki

Avukatlar ile hâkim ve savcıların ifade özgürlüğüne müdahale edilmesinin neden olabileceği caydırıcı etki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve Anayasa Mahkemesi kararlarında ele alınmıştır. Adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü bakımından bir bütünü oluştursa da -yargılamada üstlendikleri rollerin farklılığı dolayısıyla- mahkeme kararlarında avukatların ifade özgürlüğü ile hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcılık bakımından farklı noktalara değinilmiştir. Bu sebeple konu, bu ayırım takip edilerek iki ana başlıkta incelenecektir.

i. Avukatların İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün özel görünümlerinden biri, avukatların ifade özgürlüğüdür. Avukatların ifade özgürlüğü konusu, adaletin düzgün biçimde işlemesi için çok önemli olan avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ile yakından ilgilidir.⁴²³ Yargılamanın asli unsurlarından biri olan avukatlar, adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının güvencesi konumunda olduklarından, mesleklerini özgürce ve gereği gibi yürütebilmeleri için çeşitli güvencelere sahip olmalıdır.⁴²⁴ Avukatların bu özel statüsü, adaletin işleyişinde toplum ve mahkemeler arasında bir aracı görevi üstlenmelerinden kaynaklanmaktadır.⁴²⁵

⁴²³ AİHM, Hajibeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, 6477/08 ve 10414/08, 19.04.2018.

⁴²⁴ Dilşad Çiğdem Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, *Ankara Barosu Dergisi* 2018/ 4, ss. 243-258, s. 243.

⁴²⁵ AİHM, Amihalachioaie v. Moldova 60115/00, 20.04.2004.

aa. Avukatların İfade Özgürlüğünün Genel Görünümü

Kişinin kendisine yöneltilen suçlamalara karşı yanıt verebilmesi, avukat yardımından faydalanması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Savunma, ceza adaletinin hakkaniyete uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan, verilen cezayı adil kılan unsurlardan birisidir.⁴²⁶ Nihayetinde, Kunter'in işaret ettiği gibi, müdafaa olmadan bir iddia düşünülemez. Müdafaaı kabul etmeyen bir iddia, iddia değil karardır.⁴²⁷

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca şüpheli ve sanığa yalnızca savunma hakkının tanınması yeterli olmayıp şüpheli ve sanığın savunma için Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen meşru vasıta ve yollardan yararlandırılması da gerekir. Savunmada başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında avukatların teknik bilgilerinden ve tecrübelerinden yararlanma imkânı da bulunmaktadır. Bu itibarla müdafî yardımından yararlanma, adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhildir ve savunma hakkının hiçbir kayda bağlı tutulmaksızın kullanılmasını da kapsar.⁴²⁸ Bu konuda yapılacak herhangi bir sınırlama bu hakkın özüne dokunur.⁴²⁹

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve dolayısıyla etkin kovuşturma bakımından önemlidir. Bu bağlamda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hizmet eden müdafî yardımından yararlanma hakkı, maddi gerçeğe ulaşma amacına da hizmet etmektedir. Herhangi bir suçlama ile karşılaşan, herhangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen kişilerin avukatla görüşme ve avukat yardımından yararlanması, avukatıyla gizli bir biçimde görüşme imkanının sağlanması adil yargılamanın sağlanabilmesi için elzemdir.⁴³⁰

Savunma özgürlüğü ile avukat yardımından yararlanma hakkı ile yakından bağlantılı olan avukatların ifade özgürlüğü konusu, avukatın özgürce konuşabilmesine, müvekkilinin haklarını savunabilmesine ilişkin davalarda caydırıcı etki bakımından da ayrıca ele alınmıştır. Yargılama görevinin amacına uygun olarak

⁴²⁶ AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019.

⁴²⁷ Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 9. Baskı, 1989, s. 243.

⁴²⁸ AYM, E.2020/53, K.2021/55, 14.07.2021.

⁴²⁹ AYM, E. 1963/197, K. 1963/166, T. 26.06.1963.

⁴³⁰ AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019.

yerine getirilmesi için de müdafinin görevlerini özgürce yerine getirebilmesi gerekir. Müdafinin özgürlüğünün bir yönü de savunma bağımsızlığıdır. Müdafinin, savunması sırasında “acaba sözlerim suç teşkil eder mi” diye düşünmesini gerektiren bir ortamda savunma serbestçe yapılıyor denilemez.⁴³¹ Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirme amacıyla özgün bir görev yüklenen savunma, özgürlüğünden yoksun, bağımlı, endişeli ve korkulu olamaz. Baskılar altında özgür, bağımsız ve gerçek bir savunma yapılamaz.⁴³²

Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler’e göre de devletlere düşen görevlerden biri de avukatların mesleki görevleri, standartlar ve etik kurallara uygun olarak gerçekleştirdikleri herhangi bir eylem için kovuşturma veya idari, ekonomik veya diğer yaptırımlara maruz kalmamasını veya bunlarla tehdit edilmemesini sağlamak yükümlülüğüdür.⁴³³

Türkiye’de avukatlar üzerindeki baskının son yıllarda artan şekilde devam ettiği çeşitli insan hakları raporları ile tespit edilmiştir. Cezaevlerinde, kolluk görevlileri nezdinde ve mahkemeler önünde avukatın adeta müvekkilinin suç ortağıymış muamelesi görmesi, mesleki faaliyetleri sebebiyle avukatlar hakkında misilleme olarak soruşturma/kovuşturma açılması, avukatların suçlanma kaygısıyla belirli davalardan uzak durmasına neden olan, avukatların yargılama faaliyetindeki rolünü zedeleyerek silahların eşitliği ilkesine zarar veren uygulamalardır. Bunlarla birlikte kolluk görevlilerinin, haklarında suç duyurusunda bulunan avukatlara karşı, karşı-suç duyurusunda bulunmasıyla başlayan ve savcılık yetkilerinin amaçları dışında kullanılmasıyla devam eden; avukatlara yönelik terörle mücadele kapsamındaki suçlardan soruşturma veya kovuşturma açılması faaliyetleri devam etmektedir.⁴³⁴ Avukatlık mesleği, her zamankinden daha kritik bir önem arz etmekle birlikte, avukatlar açısından daha tehlikeli hale gelmiştir. Avukatlık faaliyetlerinin baskı altına alındığı bir ortamda, insan hakları alanında sorumluluk üstlenmek için öne çıkan

⁴³¹ Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 469.

⁴³² AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, T. 01.03.1985 (Hâkim Yekta Güngör Özden karşı oyundan).

⁴³³ UN Basic Principles on the Role of Lawyers, 07.09.1990, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers>, Erişim Tarihi: 27.10.2022; Aynı yönde bkz.: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, Freedom of Exercise of the Profession of Lawyer, Recommendation No. R(2000)21, 25.10.2000.

⁴³⁴ “Türkiye’de Avukatlar ve Adil Yargılanma Hakkı Saldırı Altında”, Human Rights Watch, 2019, s. 41.

kişiler, kendileri bir hedef haline gelebilmektedir.⁴³⁵ Bununla paralel bir gelişme olarak, dünyanın her yerinde taciz, susturulma, baskı, tehdit, kötü muamele ve işkenceye maruz kalan avukatların durumlarının o ülke özelinde ele almayı amaçlayan Uluslararası Tehlike Altındaki Avukatlar Günü 2012 ve en son 2019 yıllarında Türkiye’deki avukatlara ithaf edilmiştir.⁴³⁶

Avrupa İnsan Hakları Komiseri’nin 2019 yılında Türkiye’ye yaptığı ziyaret sonrası yayınladığı raporunda, Türk makamlarının ve yargısının, insan hakkı ihlali iddiasıyla dava açmak veya terör şüphelilerinin insan haklarını savunmak suretiyle insan hakkı savunucusu olarak aktif rol oynayan avukatlara yönelik giderek daha şüphecî ve düşmanca bir tutum benimsediğine dair çok sayıda gösterge bulunduğunu belirtmiştir. Avukatlık mesleği üzerindeki pek çok engelin, avukatların ceza yargılamasının bir ayağı olma kritik rolünü ifa etme kabiliyetlerini ciddi anlamda sekteye uğrattığı ifade edilmiştir. Raporda özellikle avukatları ve daha da kaygı verici bir şekilde onların mesleki faaliyetlerini hedef alan sayısız davanın, mesleğin tamamı için açık ve net bir caydırıcı etki yarattığı tespit edilmiştir.⁴³⁷

bb. Mahkeme Kararlarında Avukatların İfade Özgürlüğü

Avukatların mesleklerini lüzumsuz engellemelere maruz kalmadan icra edebilme özgürlüğü, demokratik bir toplumun asli bileşenlerinden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin, özellikle de adil yargılanma ve kişisel güvenlik haklarına yönelik teminatların etkin bir şekilde uygulanmalarının olmazsa olmaz ön koşullarından biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin karara bağladığı Elçi ve Diğerleri⁴³⁸ davasında da belirtildiği üzere, bir meslek grubu olarak hukukçular, adaletin yönetiminde ve hukukun üstünlüğünün muhafaza edilmesinde merkezi rol

⁴³⁵ Human rights lawyers become “endangered species” in Turkey, 23.01.2021, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/01/human-rights-lawyers-become-endangered-species-in-turkey/>, Erişim Tarihi: 27.10.2022.

⁴³⁶ Day Of The Endangered Lawyer, Solidarity with Turkish Lawyers, Basic Report, 24.01.2019, <https://eldh.eu/wp-content/uploads/2018/11/Basic-Report-Turkey2019.pdf>, Erişim Tarihi: 24.10.2022.

⁴³⁷ Dunja Mijatović, 1-5 Temmuz 2019 Türkiye Ziyaretini Müteakip Rapor, CommDH(2020)1, 19.02.2020, s. 39.

⁴³⁸ AİHM, Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, 23145/93 25091/94, 13.11.2003.

oynamaktadır. Bu nedenle, her ne biçimde olursa olsun bu türden baskılar yapıldığına ilişkin iddialar, özellikle de avukatların kitlesel olarak gözaltına alındığı veya tutuklandığı, ofislerinin arandığı vakalar, mahkeme tarafından özellikle sıkı incelemeye tabi tutulacaktır. Avukatlık mesleğinin üyelerine baskı yapılması ve onlara yönelik tacizler, Sözleşme ile kurulan sistemin kalbine indirilmiş darbelerdir.

Mahkeme'ye başvuru süreci devam ettiği sırada avukatın gözaltına alınması, evinin ve ofisinin aranması ve dava dosyasına el konulması, avukatın -bir süreliğine de olsa- dava dosyasına erişiminin tamamen kesilmesi, mahkeme süreçleri için gerekli olan evrakların fotokopilerinin alınmasına izin verilmemesi, mahkemeye bireysel başvuru hakkı üzerinde caydırıcı etki yaratır. Adil yargılanma hakkına ve savunma hakkına ilişkin ilkeler ve düzenlemeler göz önüne alındığında, devletlerin mahkemeye başvuran/başvurmak isteyen kişiler ya da yasal temsilcileri üzerinde fiili ya da potansiyel caydırıcı etkiden kaçınmaları gerekmektedir.⁴³⁹

Avukatların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin kaynağına bakıldığında öne çıkan bir diğer husus, ifade özgürlüğünün, kürsünün saygınlığını sağlamak amacıyla sınırlandırılmasıdır. Öncelikle belirtmelidir ki, mahkeme kürsüsünün saygınlığını korumak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin meşru sebeplerden biridir. Durum bu olmakla birlikte, elbette, hukukun her alanında ve özellikle de cezalandırmanın her türüsünde ölçü gözetilerek ifade özgürlüğü üzerinde negatif etkilerin oluşmasından kaçınılmalıdır. Unutulmamalıdır ki, mahkeme kürsüsünün haysiyetini koruma adına zorla dayatılan suskunluk, yargıya saygıyı artırmaktan ziyade, ona yönelik düşmanlığı, kuşkuyu ve itaatsizliği besleme potansiyeline sahiptir.⁴⁴⁰

Avukatın yargılama sürecinde yargılamanın diğer süjelerine yönelik tutum ve eleştirilerinin, yargılama makamlarına saygının tesis edilmesi endişesiyle cezalandırılmasının yaratabileceği caydırıcı etki *Morice v. Fransa*⁴⁴¹ davasında ele alınmıştır. Davaya konu olay, soruşturma aşamasında görevlendirilen fakat daha sonra görevden alınan hakimlere yönelik eleştirilerde bulunan ve onları tarafsızlık ve adillik ilkelerine tamamen aykırı davranmakla itham eden avukatın 4000 Euro para cezasına

⁴³⁹ AİHM, *Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan*, 2204/11, 16.12.2010.

⁴⁴⁰ *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941).

⁴⁴¹ AİHM, *Morice v. Fransa*, 29369/10, 23.04.2015.

çarptırılması ve her bir hâkim için 7500 Euro manevi tazminat ödemesine karar verilmesidir. Kararında Mahkeme, ifadeleri sebebiyle yaptırıma uğrayan avukat başvurucunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu ve bu müdahalenin caydırıcı etkiye neden olabileceği tespit edilmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, bu özgürlüğün kullanılması üzerinde caydırıcı etki yaratabilecektir. Başvurucu hakkında para cezasına hükmedilmesi nazara alınarak bu cezanın diğer yaptırımlara kıyasla “nispeten daha ılımlı” bir ceza olarak görülebilecek olması, yaptırımın caydırıcı etki yaratma riskini ortadan kaldırmamaktadır. Hele ki, müvekkillerini etkili bir şekilde savunma sorumluluğunu üstlenen avukatların, bozuk para ile ödenebilecek kadar hafif bir yaptırıma maruz kalması dahi yapılan müdahaleyi haklı çıkarmaya ve caydırıcı etkiyi ortadan kaldırmaya yetmemektedir.

Yargılamada savcılara yönelen ifadelerin durumu tartışılmış olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu ifadeleri hakimlere yönelen ifadeler ile aynı şekilde değerlendirmiştir. Bir avukatın, devam eden ceza yargılamasında savcı tarafından benimsenen stratejiyi eleştirmesi dolayısıyla para cezası ile cezalandırılması, ceza üst mahkeme tarafından bozulsada dahi, müdafinin müvekkilinin menfaatlerini savunma gayreti üzerinde bir caydırıcı etki yaratacaktır.⁴⁴²

Duruşma sırasındaki ifadeleri nedeniyle avukatlar hakkında hükmedilen disiplin cezaları ve bu cezaların doğurabileceği caydırıcı etki mahkeme kararlarında değerlendirilmiştir. Avukatın duruşmadaki ifadeleri dolayısıyla yaptırımla karşı karşıya kalması, yaptırımın görece “hafif” olması halinde de caydırıcı etki yaratabilecektir. Duruşmadaki ifadeler nedeniyle açılan, örneğin, bir disiplin soruşturması sonucu verilen uyarma cezasının dahi avukatın müvekkilini savunma faaliyeti yerine getirirken olgusal ve hukuki argüman seçiminde sınırlı hissetmesi sonucunu doğurabilecektir. Nihayetinde kişinin mesleki standartlara uymamasının bir yaptırımı olan uyarma cezası, ifade özgürlüğü kapsamında kalan ifadeler hakkında uygulandığında caydırıcı etkiye sebep olabilecektir.⁴⁴³

Bir avukatın mahkeme salonunda kullandığı ifadelerin duruşma bittikten sonra tek tek incelenmesi ve bu sebeple yaptırım uygulanması, mesleğin icrası üzerinde

⁴⁴² AİHM, Nikula v. Finlandiya, 31611/96, 21.03.2002.

⁴⁴³ AİHM, Steur v. Hollanda, 39657/98, 28.10.2003.

caydırıcı bir etki yaratacaktır. Müvekkilinin ifadesinin işkence ile alındığı iddialarını dile getirirken soruşturma sürecinde görev alan hâkime “işkencenin suç ortağı” ifadelerini kullanan avukat hakkında disiplin soruşturması sürecinin ele alındığı davada, avukata kınama ve beş yıl süreyle görevden uzaklaştırma kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmedilmiştir.⁴⁴⁴

Yine duruşma esnasında avukatın, hâkime yönelik “Böyle devlette, böyle mahkeme olur. Azerbaycan’da adalet olsaydı [*davanın yargıcı*] haksız ve taraflı hüküm veremezdi çünkü onun gibi birisi hâkim olamazdı” şeklindeki sözleri nedeniyle barodan ihraç edilmesi gibi sert bir yaptırım uygulanması, başvuru ile birlikte, ülkede savunma görevini yerine getiren herkes üzerinde caydırıcı etkiye sebep olabilecektir.⁴⁴⁵

Nihayetinde, avukatların mahkemede -özellikle de ceza davalarında- savunma yaparken davanın yürütülme şekline dair itiraz ve şikayetlerini yapıp yapmamaları gerektiği kararını vermeleri gereken hassas bir pozisyonudur. Örneğin duruşmada, o anda verilen cevaplara göre şekillenen çapraz sorgu sırasında sarf ettiği sözlerinden dolayı avukatın disiplin hapsine mahkûm edilmesi doğası gereği yalnızca ilgili avukat üzerinde değil, bir bütün olarak avukatlık mesleği üzerinde caydırıcı bir etki yaratır. Avukatın cezalandırılma korkusuyla itiraz ve beyanlarını dile getirmekten kaçınmasını gerektiren bir ortamda etkin savunma hakkının varlığından da bahsedilemeyecektir.⁴⁴⁶

Avukatların ifadeleri nedeniyle cezalandırılması konusunda dikkate alınması gereken bir diğer husus da bir avukata yaptırım uygulanmasının avukatın imajının, kamuoyu ve müvekkilleri tarafından ona duyulan güvenin sarsılması şeklinde dolaylı etkileri olabileceğidir.⁴⁴⁷ Bir avukatın mesleki faaliyetleri sebebiyle cezalandırılması daha geniş bir ölçekte avukatlık mesleğini yürütenler üzerinde bir caydırıcı etki yaratır.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ AİHM, Bono v. Fransa, 29024/11, 15.12.2015, Nikula v. Finlandiya, 31611/96, 21.03.2002; AYM, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, 2015/14340, 12.11.2019 (Hakimler Engin Yıldırım ve Celal Mümtaz Akıncı karşı oyları).

⁴⁴⁵ AİHM, Bagirov v. Azerbaycan, 81024/12 ve 28198/15, 25.06.2020.

⁴⁴⁶ AİHM, Kyprianou v. Kıbrıs, 73797/01, 15.12.2005.

⁴⁴⁷ AİHM, Mor v. Fransa, 28198/09, 15.12.2011.

⁴⁴⁸ AİHM, Pais Pires de Lima v. Portekiz, 70465/12, 12.02.2019.

Anayasa Mahkemesi kararlarında avukatların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin caydırıcı etkisinin tespit edildiği kararlardaki tespitler büyük oranda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki tespitlerle aynı olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi önünde incelenen davalarda birtakım farklılıklar mevcuttur. Avukatların caydırılmasına ilişkin tespitlerin bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında daha çok başvuru hakkında disiplin cezası verilmesi söz konusuysa Anayasa Mahkemesi'nin aynı konu, benzer yönlerdeki tespitleri avukatlar hakkında açılan ceza davaları bağlamındaki kararlarda yer almaktadır. Caydırıcı etkinin tespit edildiği kararlar, çoğunlukla avukatlara yönelik hakaret suçlamalarından kaynaklanmaktadır.⁴⁴⁹

Anayasa Mahkemesi, özgün olarak, 2019 yılında karara bağladığı bir başvuruda avukatlar hakkında hükmedilebilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerini incelemiştir. Avukatın dilekçesinde sarf ettiği ifadeler dolayısıyla davanın karşı tarafına hakaret ettiği gerekçesiyle cezalandırılmış, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkeme, gerekçesinde savunma dokunulmazlığına vurgu yapmakla birlikte, yaptırımın bizzat kendisinin avukatın mesleki faaliyetleri üzerinde caydırıcı etkisi olacağı tespitine yer vermemiştir. Mahkeme'nin üzerinde durduğu husus, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı dolayısıyla başlayan denetim süresinin avukat başvuru üzerinde yaratacağı caydırıcı etkidir. Denetim süresi boyunca devam eden cezanın infaz edilmesi riski yaptırıma maruz kalma endişesi yaratacağından kişiler üzerinde kesintiye uğraticı bir etki yaratır. Öyle ki, bu kişi denetim süresini herhangi bir mahkûmiyet almadan geçirirse dahi caydırıcı etki varlığını devam ettirecek ve avukat kişinin müvekkilinin çıkarını hararetle savunma görevini etkileyebilecektir.⁴⁵⁰

ii. Hâkim ve Savcıların İfade Özgürlüğü

Hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü ve caydırıcı etki arasındaki bağı incelemeye geçmeden önce, hâkim ve savcıların ifade özgürlüklerine dair birkaç husus tespit edilmelidir. İlk olarak, hâkim ve ifade özgürlüğü kavramları yan yana geldiğinde

⁴⁴⁹ AYM, Keleş Öztürk Başvurusu, 2014/15001, 27.12.2017; AYM, Kenan Gül Başvurusu, 2015/17892, 19.02.2019; AYM, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, 2015/14340, 12.11.2009.

⁴⁵⁰ AYM, Kenan Gül Başvurusu, 2015/17892, 19.02.2019.

alevlenen tartışmalar göz önüne alınırsa öncelikle, hakimlerin ve savcılarının ifadelerinin, ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Hakimler ve savcılar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi gereği ifade özgürlüğünden yararlanırken, Birleşmiş Milletler belgelerinde de bu görevi yerine getiren kişilerin ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlüklerini diğer vatandaşlar gibi kullanabilecekleri vurgulanmıştır.⁴⁵¹ Hâkim ve savcılarının ifade özgürlükleri bakımından öne çıkan husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de vurgulanan, ifade özgürlüğünün getirdiği görev ve sorumluluklardır. Yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının korunması amacıyla hâkim ve savcılarının ifade özgürlüğü diğer vatandaşlara göre daha sınırlı olarak korunur. Bu kişiler ifade özgürlüklerini kullanırken yasalara, mesleki standartlara ve etik ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır. Yerine getirdikleri görevin önemi nedeniyle hakimler, yargının tarafsızlığının tartışmaya açılabileceği durumlarda ifade özgürlüklerini kullanırken itidal göstermelidir.⁴⁵²

Hakimlerin ifade özgürlüğünün kapsamı diğer vatandaşlara göre sınırlı olduğunun kabul edilmesi halinde dahi hakimlik görevini yerine getiren kişiler, doğrudan mahkemelerin işleyişini, yargılama faaliyetlerini, yargının bağımsızlığını, hakimlerin özlük haklarını, hukukun temel ilkelerine ya da hâkimin kişisel saygınlığına ilişkin konularda kamusal tartışmalara katılma hakkına sahiptir. Tartışılan konuların bazı yönleri itibariyle siyasi yönleri olsa dahi, bu durum tek başına ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli değildir. Adalet sisteminin işleyişine ilişkin sorunlar tartışması genellikle yüksek bir ifade özgürlüğü korumasından yararlanan konulardandır.

⁴⁵¹ Hâkim ifade özgürlüğüne ilişkin Birleşmiş Milletler belgesi için bkz.: Yargının Tarafsızlığına İlişkin Temel Prensipler, 06.09.1985, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/yargibagimsizligihakkindabmtemelilkeleri.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2022; Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair İlkeler Rehberi, 07.09.1990, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/savcirolukilavuz.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2022.

⁴⁵² Johan Hirschfeldt, Milenko Kreca, Christoph Grabenwarter, Hakimlerin İfade Özgürlüğü Üzerine Rapor, Venedik Komisyonu, 19-20 Haziran 2015, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)018-e), Erişim Tarihi: 20.10.2022.

İkinci olarak sadece adalet sisteminde yer alması sebebiyle hakimlerin tamamen sessizliğe itilmesi, özellikle kuvvetler ayrılığının artan önemi ve yargı bağımsızlığının korunmasının gerekliliği göz önüne alındığında, ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturur.⁴⁵³ Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü bakımından da tabi olduğu özel güven ve sadakat yükümlülüğü, özellikle hakimler söz konusu olduğunda devlet iktidarına değil, hukukun üstünlüğüne ve demokrasiye bağlılığı ifade etmektedir. Yargı bağımsızlığı, hakimlerin korku ya da lütuf ikileminde kalmadan, hukuka uygun karar verebilmeleri için önem arz etmektedir. İfade özgürlüğünün hâkim ve savcılar için tamamen ortadan kaldırılması, yargı bağımsızlığını zedeleyecek bir durumdur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, hâkimin seçim çalışmaları sırasında basına ülkedeki adalet sistemini ve yargı reformlarını eleştiren röportajlar vermesi sebebiyle hakkında disiplin soruşturması açılarak görevden uzaklaştırılmasına karar verilmesi⁴⁵⁴, şikâyet dilekçesindeki ifadeleri sebebiyle hakkında cezaya hükmedilmesi⁴⁵⁵ gibi yaptırımlarının hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratacağı tespit edilmiştir. Hakimler için durum bu olmakla birlikte, savcılar da aynı korumadan yararlanmaktadır. Ülkedeki yargı reformlarını eleştirdiği için savcının görev süresinin sona ermesinden önce görevden alınması ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratabilecek niteliktedir.⁴⁵⁶

Hâkim ve savcılık görevlerini yerine getiren kişilerin ifade özgürlüklerini kullandıkları, yargı kurumlarının etkinliğine ilişkin kamusal tartışmalara katıldıkları için görevlerini kaybetmeye varabilecek orantısız disiplin cezaları ile karşılaşması, bu kişilerin, kamu kurumlarını veya politikalarını eleştiren açıklamalar yapmak konusundaki cesaretlerini kıracaktır. Bu durum ise, kaçınılmaz olarak toplumun tamamının zararına sonuç doğuran caydırıcı etkiye sebep olabilecektir. Kudeshkina v. Rusya davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru hâkimin seçim kampanyası sırasında medyada ülkedeki yargı sistemine çeşitli eleştiriler getirmesi sebebiyle görevinden alınmasının, kamusal tartışmalara katılmak konusunda hakimlerin özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki doğuracağını tespit etmiştir.⁴⁵⁷

⁴⁵³ AİHM, Baka v. Macaristan, 20261/12, 23.06.2016.

⁴⁵⁴ AİHM, Kudeshkina v. Rusya, 29492/05, 26.02.2009.

⁴⁵⁵ AİHM, Kayasu v. Türkiye, 64119/00 76292/01, 13.11.2008.

⁴⁵⁶ AİHM, Kövesi v. Romanya, 3594/19, 05.05.2020; AİHM, Eminağaoğlu v. Türkiye, 76521/12, 09.03.2021.

⁴⁵⁷ AİHM, Kudeshkina v. Rusya, 29492/05, 26.02.2009.

Caydırıcı etki tartışmalarında öne çıkan bir diğer husus, yargı reformlarının hakimler tarafından eleştirilmesinin yaptırımla karşılaşması sorunudur. Günümüzde demokratik geriye kayma ve suiistimalci anayasacılık tartışmaları kapsamında sıklıkla değinilen, otokratik rejimlerin “yargı reformu” kapsamında mevcut hakimleri doğrudan tasfiye etmesi, hakimlerin emeklilik yaşını düşürmesi, yargı kurumlarının yetkilerinin zayıflatılması, yüksek mahkemelere ve anayasa mahkemesine özellikle mahkemelerin üye sayısının artırılarak mevcut yönetime sadık olan kişilerin atanması durumları söz konusu olabilmektedir.⁴⁵⁸ Baka v. Macaristan davasında, ülkedeki yargı sistemini neredeyse tümüyle hükümet partisi lehine dizayn eden yargı reformunun ülkenin anayasa mahkemesi başkanı tarafından eleştirilmesi sonrası mahkeme başkanının görev süresi sona ermeden görevden alınması hususu incelenmiştir. Yargı kurumlarında köklü değişiklikler getiren bir reforma karşı, profesyonel bir bakış açısıyla dile getirilen eleştirileri sebebiyle hâkimin görevden alınmasının, hakimlerin kamusal tartışmalara katılmak isteyen hakimler üzerindeki caydırıcı etkisine dikkat çekerek, yaptırımın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Yine ülkede devam eden ve kamuoyu tarafından yakından takip edilen geniş kapsamlı davaların hâkim-savcıları hakkında kamuoyuna açıklamalar yapan ve eleştiriler getiren Yargıçlar ve Savcılar Birliği başkanı savcıya daha sonra kınama cezası ile değiştirilen yer değiştirme cezası verilmesi mahkeme tarafından, diğer hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü üzerinde de caydırıcı etki yaratabilecek bir müdahale olarak nitelenmiştir.⁴⁵⁹

Yargı mensuplarına yönelik doğrudan yaptırımların dışında, bu kişilere yönelik yaptırım tehdidinde bulunulması da caydırıcı etki bakımından önem arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin karara bağladığı Wille kararı⁴⁶⁰, müdahalesiz tahakkümün tespit edildiği önemli kararlardan biridir. Lihtenştayn’da, İdari Yüksek Mahkeme Başkanı başvurucunun anayasa mahkemesinin yetkileri konusundaki görüşleri nedeniyle Prens’le anlaşmazlık yaşamaları üzerine yaşanan gelişmeler ele alınmıştır. Prens, başvurucuya, tavrının onu görevi için uygunsuz kıldığını, tekrar aday

⁴⁵⁸ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz.: David Kosař, Katarína Šípulová, “The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law”, **Hague Journal on the Rule of Law**, Volume 10, 2018.

⁴⁵⁹ AİHM, Eminağaoğlu v. Türkiye, 76521/12, 09.03.2021.

⁴⁶⁰ AİHM, Wille v. Lihtenştayn, 28396/95, 28.10.1999.

gösterilmesi halinde kendisini tekrar atamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre, başvurunun görev süresi devam ederken, ifade özgürlüğünü kullandığı için Prens’in başvurunu eleştirmesi ve kendisine karşı gelecekte yaptırım uygulama niyetini açıklaması ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaledir. Prens'in başvuruycuyu tekrar atamama niyetini açıklaması, ifade özgürlüğünün kullanılmasına bir kınama niteliği taşımaktadır ve böyle bir kınamanın başvuruycuyu gelecekte bu tür açıklamalar yapmaktan caydırması kuvvetle muhtemeldir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 2022 yılında karara bağladığı bir davada hakimlerin sosyal medya kullanımlarına yönelik müdahalelerin caydırıcı etkisi değerlendirilmiştir. Hâkim olan başvuru, yargı mensuplarına yönelik kapalı bir Facebook grubunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun⁴⁶¹ bazı kararlarını eleştirmiş ve bu kurumun siyasi iktidar karşısındaki bağımsızlığından şüphe duyduğunu vurgulayan bir haberi paylaşmıştır. Mahkeme, hâkime verilen disiplin cezasının, bütün bir meslek üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğine dikkat çekmiştir. Kapalı bir grupta yapılan eleştirel haberin paylaşımının cezalandırılması ya o grubun tümünden kapatılmasını yahut grupta sadece Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararları lehine paylaşım yapılması anlamına gelecektir. Sadece üst idari ve yargısal makamları öven yazıları paylaşmanın kabul edilebilir olması, aynı mercilerin işlem ve kararlarını tasvip etmeyen yazıların paylaşılamayacağını varsayılması, hakimlerin mesleklerinin özüne dokunan konulardaki tartışmalarında gereksiz bir otosansüre yol açacaktır. Neticede olaydaki gibi bir cezalandırma, bir grup hâkimin üst idari kurulun kararlarını ya olduğu gibi paylaşabilmesi yahut sadece kararları öven yazıları paylaşabilmesi gibi bir garip bir durum doğuracaktır.⁴⁶²

Hakimlerin kendisinin ve diğer hakimlerin verdiği kararlar hakkında, görevi gerektirmedikçe eleştiri ve yorumlarda bulunmamasını ifade eden “hâkim esas olarak verdiği hüküm ile konuşur” ilkesini öne sürerek hakimleri her türlü ve özellikle yargıyla ilgili tartışmaların dışında tutmak, avukatları duruşma içindeki ve dışındaki tutumları, dilekçelerinde verdikleri ifadeleri sebebiyle yaptırıma maruz bırakmak kaçınılmaz olarak bu özgürlükler üzerinde caydırıcı etkiye sebep olacaktır.

⁴⁶¹ 2017 anayasa referandumu ile Kurul’un ismi değiştirilerek “Yüksek” ibaresi çıkarılmıştır. Kurul’un güncel ismi, Hakimler ve Savcılar Kurulu’dur.

⁴⁶² AİHM, Kozan v. Türkiye, 16695/19, 01.03.2022.

2. Toplu Eylem Özgürlüklerinde Caydırıcı Etki

Bireysel ve kollektif özgürlüklerin iletilmesi, geliştirilmesi ve derinleştirilmesi hedefine yönelen toplu eylem özgürlükleri, birden çok kişinin ancak birlikte kullanabildiği, bireylerin yalnız başlarına gerçekleştiremedikleri amaçlara ulaşmayı hedef alan özgürlüklerdir.⁴⁶³ Düşünce değişiminde bulunmak veya belli ortak çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelerek belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturma ya da siyasal karar organlarını etkileme amacına yönelen toplanma özgürlüğü, toplantıyı düzenleme, katılım ve serbest ifade ögelerini kapsamaktadır.⁴⁶⁴ Barışçıl toplanma özgürlüğü ve gösteri yürüyüşü hakkı ile birlikte dernekleşme hakkı, örgütlenme hakkı, sendika kurma özgürlüğü ve sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü de toplu eylem özgürlükleri kapsamında hukuki korumadan yararlanmaktadır.

Toplu eylem özgürlükleri, devlet gücünü sınırlayan hukuk dışı faktörlerden biri olan kamuoyu kavramı ile de yakından ilgilidir.⁴⁶⁵ Barışçıl toplanma ve gösterilerde bulunma, kamusal ifade özgürlüğü ile ortak bir kanaat oluşturma, bir fikir etrafında kamuoyu oluşturma, yönetime etkin katılma ve şeffaflık ancak toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının özgürce kullanılabilmesi ile mümkündür. Bu yönleriyle toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlükleri ile de yakından bağlantılıdır.

Kaboğlu, toplu eylem özgürlüklerini irdelediği eserinde, toplumdaki “örgütlenme isteksizliği”ne dikkat çekmektedir. Kaboğlu’na göre, olağan dönemde hukuk çerçevesinde kalan davranış ve eylemlerin kovuşturulup cezalandırılması, yurttaşlarda yılgınlığa sebep olmaktadır.⁴⁶⁶ Kişileri haklarını kullanmak konusunda caydıran, yılgınlığa sürükleyen müdahaleler, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve sivil toplum örgütlerinin faaliyetleri bakımından ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

⁴⁶³ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 197.

⁴⁶⁴ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 209.

⁴⁶⁵ Kapani, s. 26.

⁴⁶⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 217.

a. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Caydırıcı Etki

Hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlandırılması tartışmalarında hak kullanımının bireye bakan yönü daha ön planda olmakla birlikte, hakların korunması bakımından vatandaşların tek tek var olmanın ötesine geçerek bir araya gelmelerinin, topluluklar oluşturarak belirli amaçlar etrafında örgütlenmelerinin önemi daha fazla öne çıkmaktadır. Kazanılan hakların hayata geçirilmesi bireysel boyutta mümkün iken, hakkın kazanılması ve korunması bakımından bireylerin bir araya gelmesi ve dayanışması elzemdir. Demokrasilerde vatandaş, seçimden seçime hatırlanan, seçimden seçime tercihini belirten bir konumda değildir. Bir görüşe sahip olmak, bu görüşü yaymak, aynı görüşten olan diğerleri ile bir araya gelmek, toplumun dikkatini bir konuya çekmek, birlikte hak talebinde bulunmak, barışçıl gösteriler düzenlemek suç değil aksine bir haktır. Üstelik Dahl'a göre, vatandaşların bir siyasal katılım aracı olan toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, demokrasinin olmazsa olmaz şartlardan biridir.⁴⁶⁷

Vatandaşların toplu hak talebinde bulunabilmek için ve baskı grupları oluşturarak yönetime etkin katılımın sağlanması için bir araya gelme özgürlüğünün etkin olarak kullanılabilmesi gerekir. Bununla birlikte, toplumsallığın ve demokratik düzenin devamlılığının sağlanması, düşünceleri toplu olarak barışçıl şekilde ifade edebilmekle ve belirli ortak çıkarları birlikte savunabilmekle yakından ilgilidir. Belirli konuların tabu haline geldiği, konuşulmadığı, tartışılmadığı, kamuoyu tepkisinin bastırıldığı bir ülkede kişilerin anti-demokratik çözüm yollarına yönelmesi ihtimali her zaman mevcuttur.⁴⁶⁸

Tüm bunlarla birlikte, toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü mutlak olmayan bir haktır. Hakkın kendiliğinden var olan sınırlarının dışında hakka anayasada ile gösterilen meşru amaçlarla müdahale edilebilmesi mümkündür. Örneğin, bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında toplantıyı şiddet eylemine dönüştüren kişiler hakkında kamu otoritesinin yakalama yapması, gerekli şartlar yerine getirildikten sonra toplanmanın dağıtılması haklı bir müdahale olarak görülebilir. Nihayetinde kamu düzenini sağlamakla yükümlü olan kamu otoritesi, toplumda düzenin sağlanabilmesi

⁴⁶⁷ Robert Dahl, **On Democracy**, New Haven: Yale University Press, 1998, s. 38.

⁴⁶⁸ Özen Ülgen, "Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 45.

için şiddet eylemlerine müdahale etmekle yükümlüdür. Fakat aynı kamu otoritesinin - herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı halde- hakkın kullanımına yönelik engelleme, toplantıyı dağıtma, göstericileri göz altına alma gibi uygulamalara yönelmesi hakkın kullanımı üzerinde caydırıcılık oluşturur. Üstelik, toplantı ve gösteri yürüyüşünün silahsız ve saldırısız olduğu durumlarda eylemlerde kullanılan ifadeler ve eylemcilerin bakış açılarının yetkililerce şaşırtıcı, kabul edilemez bulması nedeniyle önleyici radikal tedbirlere başvurulması, eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi demokrasiye zarar verebilmektedir. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda mevcut gidişata, sisteme barışçıl şekilde itiraz edilmesine imkân sunulmalıdır.⁴⁶⁹

Tüm bu sebeplerle, toplanma ve gösteri yürüyüşü, ifade özgürlüğünde olduğu gibi, caydırıcı etki doktrini ile uygulaması yakından izlenen haklardandır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde zaruri olan farklı düşüncelerin var olabilmesi, ifade edilebilmesi ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Özellikle siyasi haklara ilişkin olan ve kamu yararını ilgilendiren konularda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yapılan müdahaleler daha dar yorumlanmalıdır.⁴⁷⁰

Caydırıcı etki doktrininin gelişimine bakıldığında da toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin davaların caydırıcı etki doktrininin uygulandığı ilk davalar olduğu görülmektedir. Özellikle dernek ve sendika kuruluşunun yasaklanması ya da ağır şartlara bağlanması, devletin ideolojik kabullerinin dışında amaçlar için kurulan dernek ve sendikaların üyelerinin isimlerinin tespit edilebilmesi için dernek ve sendikaların bu bilgileri paylaşmaya zorlanması, dernek ve sendika binalarına sık sık baskınlar yapılması, arama-el koyma yapılması ve kuruluş yöneticilerinin tutuklanması, belirli derneklere üye olmanın suçluluğa delil olarak sunulması caydırıcı etkinin ortaya atıldığı ilk dönemlerde mahkeme kararlarında sıklıkla değerlendirilmiştir.

⁴⁶⁹ AYM, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3924, 06.01.2015.

⁴⁷⁰ AYM, Osman Erbil Başvurusu, 2013/2394, 25.03.2015.

i. İnsan Hakları Raporlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü

Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın 2015-2019 tarihlerini kapsayan raporunda, Türkiye'de, raporun kapsadığı süreçte toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün 4.771 olayda ihlal edildiği tespit edilmiştir. Müdahale ile karşılaşan etkinlik tiplerinin başında ise protesto eylemleri ve siyasi etkinlikler gelmektedir.⁴⁷¹ Yıl bazında yapılan incelemelerde ise her yıl toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün ihlal edildiği olay sayısının arttığı gözlenmektedir. Raporda, yine aynı zaman aralığında gerçekleşen müdahaleler ve sonrasında başlatılan cezai süreçlerde toplamda 20.071 kişinin gözaltına alındığı, 662 kişinin tutuklandığı, 4.907 kişi hakkında dava açıldığı ve hakkında ceza açılan kişilere toplamda 13.370 ay hapis cezası verildiği tespit edilmiştir.⁴⁷²

2020 yılında, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin uygulanması ile ilgili sorunları ele alan bir raporda, sistematik yasaklar, kolluk kuvvetlerinin toplantıları dağıtmak için sıklıkla uyguladığı orantısız güç ve göstericilerin yaptırıma ve hatta yargı tacizine maruz kalabilmesine dikkat çekilmiştir. Rapora göre, bu uygulamalar sivil toplum örgütü üyeleri başta olmak üzere toplumdaki pek çok kişinin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü kullanmaktan çekinmesine neden olmaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin mevzuattaki belirsizlik ve keyfi uygulamalar, hakkın özgürce hayata geçirilmesi sorunundaki bir başka yöndür. Sivil toplum örgütünün kendisine veya üyelerine yönelebilecek olası müdahaleler, sivil toplum örgütlerinin gösteri düzenleme iradesi üzerinde olumsuz etki doğurmaktadır.⁴⁷³

Bu olumsuz etkiye 2022 yılında Konda ve Hafıza Merkezi'nin, gençlerde insan hakları algısına ilişkin raporunda da rastlanmaktadır. Rapora göre, gençlerin protesto gösterilerine katılmamalarının başlıca nedeni polis şiddeti, gözaltı, tutuklanma ve fişlenme korkusudur. Araştırmaya katılan gençlere göre, katıldıkları bir protesto sebebiyle fişlenmeleri halinde eğitim ve çalışma hayatları olumsuz yönde etkilenebilecektir. Rapordaki bulgulara göre kişiler, fiziksel olarak zarar görmekten

⁴⁷¹ Aslı Davas, Serdar Tekin, "Sokağı Kapatmak: Toplanma ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik İhlaller (2015-2019)", Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 2021, s. 7.

⁴⁷² Davas, Tekin, s. 8.

⁴⁷³ "Sürekli OHAL: Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik Saldırıları ve Sivil Topluma Yansımaları", Çev. Osman İşçi, FIDH/OMCT İnsan Hakları Savunucularının Korunması için Gözlemevi, 2020, s. 32.

korktukları için gösteri yürüyüşlerine katılmaktan geri durmaktadır. Orantısız polis müdahalesi, gözaltı, tutuklama gibi baskı araçlarından duyulan korku ile daha uzun dönemde etki göstereceğini düşündükleri fişlenme korkusu kişileri haklarını kullanmaktan caydırmaktadır. Araştırmaya katılan bir genç, fiziksel müdahale korkusunu şu şekilde ifade etmiştir: *“Evet caydırıyor [fiziksel şiddet, protestolara katılmaktan], çünkü şu an mesela görüşümü destekleyen bir tweet görsem bile beğenemiyorum, çünkü korkuyorum başıma bir şey gelmesinden.” [MK5, 18]”*

Raporda dikkat çekilen önemli bir husus, gösterilere katılan kişilerin, görünüşte herhangi bir müdahale olmadığı halde, müdahale tehdidi ile korkutulmasıdır. Örneğin; toplumsal olaylara müdahale araçlarının, toplanmaya katılanlarda kendilerine müdahale edilecek hissi yaratmak için çalıştırılıp kapatılması, kolluk güçlerinin biber gazı sıkmadan önce kullandıkları maskelerini takıp bir süre sonra çıkarmaları, kalkanlarla barikat kurmaları gibi fiiller, doğrudan bir müdahale olmadığı halde, toplanmaya katılanlar üzerinde müdahale korkusu yaratan uygulamalardır.⁴⁷⁴

Yine sivil toplum örgütlerinin toplantılarını kapalı alanlarda gerçekleştirmek istediklerinde yer bulmakta ciddi güçlükler yaşadığı tespit edilmiştir. Konuya ilişkin yakın tarihli bir raporda, mekân sahiplerinin kendilerine yönelebilecek misilleme korkusuyla düzenlenecek etkinliklere mekân sağlamaktan geri durdukları ifade edilmektedir. Etkinliklere mekân sağlayan özel işletmelere yönelik mali ve idari gerekliliklere ilişkin denetimlerin daha sıkı uygulanması, olağandan daha sık denetim yapılması, cezalar kesilmesi gibi tacizler uygulanmaktadır. Rapora göre aynı şekilde üniversiteler de sivil toplum örgütlerine düzenlemek istedikleri toplanmalar için yer sağlamayı sıklıkla reddetmektedir.⁴⁷⁵

ii. Hak Kullanımına Yönelik Müdahaleler ve Caydırıcı Etki

Düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri öncesinde, sırasında veya sonrasında gerçekleştirilen müdahaleler caydırıcı etki bakımından önem taşımaktadır. Avrupa

⁴⁷⁴ Nejat Taştan, Nur Tüysüz, Pelin Oral, “Toplantı ve Gösteri Hakkı İzleme Raporu 2017”, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, 2018, s. 40.

⁴⁷⁵ “Sürekli OHAL: Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik Saldırıları ve Sivil Topluma Yansımaları”, Çev. Osman İşçi, FIDH/OMCT İnsan Hakları Savunucularının Korunması için Gözlemevi, 2020, s. 32.

İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre de toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü düzenleyen 11. maddede yer verilen “sınırlamalar” toplantı öncesinde-sırasında ve sonrasında alınan tedbirleri de kapsar. Gösteri öncesi yapılan müdahaleler -örneğin gösteriye katılmak isteyenlerin seyahatine engel olunması⁴⁷⁶, düzenlenen gösterinin dağıtılması ve gösteri sonrası yapılan müdahaleler -örneğin barışçıl gösteriye katılanlar hakkında soruşturma açılarak ceza verilmesi veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek ceza tehdidi altında tutulmaları- ileride kişilerin haklarını kullanmalarında caydırıcı etkiye neden olabilir.⁴⁷⁷

Toplanma öncesi verilmiş olan bir yasaklama kararı yahut toplanmaya idare tarafından “müsaade edilmemesi” caydırıcı etki doğurabilecektir. Öyle ki, toplanma bu yasak kararına rağmen gerçekleşse ve göstericilere herhangi bir müdahalede bulunulmasa dahi caydırıcı etki doğmuştur. Çünkü o gün o toplanmaya “cesaret edip” gelenler, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiriyorlarmış gibi, her an yaptırım korkusu altında kalacakları gibi, bir grup insan da yetkililerin müdahalesinden ve/veya karşıt göstericilere karşı korunmayacakları korkusundan, toplanmaya katılmaya “cesaret edemeyecektir.”⁴⁷⁸ Üstelik, söz konusu yasağın geçici nitelik taşıması, hak üzerinde yaratılan caydırıcılığı ortadan kaldırmaz. Geçici bir yasak kararı dahi toplanma özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sebep olabilir.⁴⁷⁹

Toplantı ve gösteri yürüyüşünden önce idareye yapılması gereken bildirimle ilişkin prosedürün, hakkın kullanımı üzerinde olumsuz bir etki oluşturacak, katılımcıları haklarını kullanmaktan caydıracak derecede uzun ve karmaşık olması, toplanma ve gösterinin yerine, şekline, zamanına yönelik gereksiz müdahalelerde bulunulması kişileri haklarını kullanmaktan caydırabilecek bir diğer husustur.⁴⁸⁰

Yine gösteri sırasında özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyenlerin gözaltına alınması, bu kişilere ölçüsüz müdahalelerde bulunulması hak ihlali oluşturmakla birlikte toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kişileri de haklarını

⁴⁷⁶ AYM, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3924, 06.01.2015.

⁴⁷⁷ AİHM, Kasparov ve Diğerleri v. Rusya, 21613/07, 03.01.2013; AYM, Osman Baydemir Başvurusu, 2018/24509, 15.09.2021.

⁴⁷⁸ AİHM, Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya, 1543/06, 03.05.2007.

⁴⁷⁹ AİHM, Christian Democratic People's Party v. Moldova, 28793/02, 14.02.2006.

⁴⁸⁰ Edison Lanza, “Protest and Human Rights”, Inter-American Commission On Human Rights, 2019, s. 28.

kullanmaktan caydırabilecektir.⁴⁸¹ Öyle ki, yapılan gösteri yürüyüşünün -barışçıl niteliği devam ettiği halde- polis zoruyla dağıtılması, protestoculara şiddet uygulanması ve bu kişilerin gözaltına alınması gibi müdahaleler, kişilerin, siyasi iktidarın ideolojisi ile uyumlu olmayan her türlü toplanma ve gösteriye katılmak konusundaki cesaretini kıracaktır.

Oysa, tam aksine, devletin toplanmalara ilişkin bir görevi kamu düzenini sağlamak olduğu gibi, görevlerinden biri de göstericileri karşı göstericilerin tacizine karşı korumak, ifade edilmek istenen görüşlerin dile getirilebileceği güvenli ortamı sağlamaktır. Özellikle toplumun çoğunluğuna muhalif görüşleri dile getiren kişilerin, herhangi bir fiziksel saldırıya uğrayabilecekleri korkusu duymadan gösterilerini yapabilmesi gerekir. Bu tür bir korku, herhangi bir gösteriye katılmanın önemli bir risk olarak görülmesine neden olacak, ortak düşünceleri veya menfaatleri destekleyen kişi ve toplulukları, toplumu ilgilendiren meselelerde görüşlerini aleni olarak ifade etmekten caydırabilecektir.⁴⁸²

Özellikle kişilerin siyasi taleplerini iletmek, hükümet politikalarını protesto etmek amacıyla bir araya gelmeleri sırasında muhalif kimliğiyle bilinen kamu figürlerinin gözaltına alınması, tutuklanması ve/veya diğer yaptırımlara maruz bırakılması hem yaptırımlara maruz kalan kişiyi hem de diğerlerini aktif olarak muhalif siyaset yapmaktan caydırıcı bir etkiye sahiptir. Bu tür önlemler düzenleyicileri ve katılımcıları protesto gösterisi planlama, protesto gösterisine katılma ve aslında muhalif siyasette aktif olarak yer alma konusundaki cesaretlerini kıracaktır. Muhalif liderlere yönelik müdahaleler söz konusu olduğunda gözden kaçırılmaması gereken bir husus, bu müdahalelerin önemli bir haber niteliği taşıması sebebiyle medyada da geniş yer bulmasıdır. Hak kullanımının binlerce hatta milyonlarca kişinin gözleri önünde yaptırımla karşılaşması, muhalif siyasette önde gelen, aktif siyasetin içinde olan kişileri, muhalefet destekçilerini ve esasen tüm toplumu gösterilere, siyasi tartışmalara katılmaktan caydırabilecektir.⁴⁸³

⁴⁸¹ AYM, İhsan Uğraş Başvurusu, 2015/5365, 03.04.2019; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 214; AİHM, Balçık ve Diğerleri v. Türkiye, 25/02, 29.11.2007; AİHM, Karpuyuk ve Diğerleri v. Ukrayna, 30582/04 ve 32152/04, 08.10.2015.

⁴⁸² Osman Doğru, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme/Özgürlüğü”, **TBB Dergisi**, Sayı 64, 2006, s. 46.

⁴⁸³ AİHM, Navalnyy v. Rusya, 29580/12, 15.11.2018; AİHM, Nemtsov v. Rusya, 1774/11, 31.07.2014; AİHM, Navalnyy ve Gunko v. Rusya, 75186/12, 10.11.2020; AİHM, Frumkin v. Rusya, 74568/12, 05.01.2016.

Devletler kamu düzenini sağlamakla yükümlü olmakla birlikte, kamu düzenini sağlamak adına uygun gördükleri her türlü tedbiri almak konusunda sınırsız takdir yetkisine sahip değildir. Mahkemeler, ulusal makamlar tarafından alınan önlemlerin ve uygulanan yaptırımların, müdahaleye doğrudan maruz kalan kişileri ve diğerlerini yerleşik düzene aykırı bir görüş dile getirmekten caydıracak nitelikte olmamasına azami derecede önem gösterilmelidir.⁴⁸⁴

Toplanma ve ifade özgürlüğü bakımından caydırıcı etki, toplanma eylemi öncesinde ve sırasındaki tutum ve müdahalelerden doğabileceği gibi toplantıya katılanlar hakkında sonradan alınan cezalandırıcı müdahalelerden de doğabilir. Caydırıcı etki doktrini bakımından, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanan kişilerin, herhangi bir kınanabilir olaya karışmadıkları sürece en hafif bir yaptırımla ve/veya yaptırım süreci ile dahi karşılaşmaması gerekir. Zira bu tip soruşturmalar ve uygulamalar, hakkın kullanımı üzerinde caydırıcı etki yaratabilir. Bu nedenle idare ve kolluk kuvvetleri keyfi uygulamalardan ve usulsüz sınırlandırmalardan kaçınmakla yükümlüdür. Keyfi uygulamalar ve usulsüz sınırlamalardan kaçınılması için, barışçıl bir toplantıya karşı alınan tedbirlerin ve tedbirlere aykırı davrananlara uygulanan yaptırımların demokratik toplumda gerekli olduğunun makul gerekçelerle gösterilmesi gerekir.⁴⁸⁵

Toplantı ve gösterilere katılan kişilerin karşı karşıya kaldıkları yargı süreçleri sonucu beraat etmesi veya haklarındaki suçlamaların bir sebeple düşürülmesi, haklarını kullanan kişilere verilen para cezalarının iptal edilmesi, kolluk tedbirinin sona erdirilmesi gibi durumlarda dahi caydırıcı etki varlığını devam ettirebilecektir.⁴⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel içtihatlarının dışında, hak kullanımının terör suçları ile ilişkilendirilmesi üzerinde pek çok kararında durmuştur. Terörle mücadele veya örgütlü suçluluğa karşı yasaların toplanma ve gösterileri hakkını kullanan kişilere karşı kullanılması, bu hakların uygulanabilirliği

⁴⁸⁴ AİHM, Taranenko v. Rusya, 19554/05, 15.05.2014.

⁴⁸⁵ AYM, Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, 2014/17391, 19.04.2018; AYM, Osman Erbil Başvurusu, 2013/2394, 25.03.2015.

⁴⁸⁶ AİHM, Nurettin Aldemir ve Diğerleri v. Türkiye, 32124/02, 32126/02 ve diğer başvurular, 18.12.2007; AİHM, Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Ivanov v. Bulgaristan, 44079/98, 20.10.2005.

üzerinde geniş bir caydırıcılık oluşturur. Kişilerin anayasal hak ve özgürlükleri kapsamında kalan faaliyetlerinin, mahkûmiyet kararında delil olarak kullanılması, hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki yaratabilecek bir müdahaledir.⁴⁸⁷

Mahkeme, 2021 yılında karara bağladığı bir bireysel başvuru kararında kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan, toplantıya katılmak, bir toplantıyı organize etmek gibi haklarını kullanmasının, bu toplantılarda dile getirilen bazı görüşlerin terör örgütüne üye olmaya delil olarak gösterilmesinin ifade ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakları üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceğini ifade etmiştir. Başka herhangi bir açıklamaya yer verilmeksizin ve bağlantı yeterli delil ile ortaya konmaksızın, birtakım örgütlerin düzenlediği eylemlere katılmanın terör örgütüne üye olmak suçundan mahkumiyette delil olarak değerlendirilmesi, kişilerin toplanma ve gösteri yürüyüşü üzerinde ve örgütlenme özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratır.⁴⁸⁸

Toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne müdahaleler bakımından bir başka önemli boyut, genel erteleme ve yasaklama kararları verilmesidir. Yasa ile idari makamlara tanınan toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme ve yasaklama yetkisi, sıklıkla uygulanan ve bu özgürlüklerin kullanımı üzerinde en fazla tehdit oluşturan yetkilerden biridir.⁴⁸⁹ Bu yetkinin sıklıkla ve keyfi kullanımı, hak ve özgürlüklerin kullanılmasını fiilen imkânsız hale getirmektedir. Yasaklama kararlarında geçen, “valilik ve kaymakamlık makamlarının uygun göreceği etkinlikler hariç” toplanma ve gösteri yürüyüşlerine izin verilmeyeceğine ilişkin ibareler, izne bağlı olmaksızın düzenlenebileceği anayasal koruma altına alınmış hakları tümünden uygulanamaz ve anlamsız hale getirmektedir. Yasaklama kararlarının en aşırı uygulamalarından biri, Van’da devam eden kesintisiz eylem yasaklarıdır. İlde art arda yenilenen eylem ve etkinlik yasakları ile eylem yasakları, 21 Kasım 2016 yılından başlayarak beş yıldan uzun bir süre kesintisiz olarak devam etmiştir. Bu satırların yazıldığı tarih itibarıyla Van’da, 9 gün devam edecek olan yeni bir yasaklama kararı ilan edilmiştir. İlgili kararla ilde gerçekleşebilecek gösteri yürüyüşü ve açık hava toplantıları ile basın

⁴⁸⁷ AYM, Celal Mezarıcı ve Diğerleri Başvurusu, 2014/12781, 10.12.2019.

⁴⁸⁸ AYM, Zeki Kaya Başvurusu, 2016/1264, 24.03.2021.

⁴⁸⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 213.

açıklaması, oturma eylemi ve anket yapılması, çadır ve stant kurulması/açılması, imza kampanyası düzenlenmesi, bildiri, broşür ve el ilanı dağıtılması yasaklanmıştır.⁴⁹⁰

iii. Sendikal Haklar ve Caydırıcı Etki

Siyasi parti, sendika, dernek veya vakıflar gibi birçok örgütlenme biçimine koruma sağlayan örgütlenme özgürlüğü, bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmek isteyen kişilerin haksız müdahalelere maruz kalmasına karşı koruma sağlamaktadır. Örgütlenme özgürlüğünün özellikle sendikal haklara bakan yönü çalışma hayatındaki bireylerin haklarının etkin olarak korunması ve geliştirilmesini amaçlamaktadır.⁴⁹¹

Günümüzün en önemli baskı gruplarından biri olan sendikalar, kazanılmış hakların koruyucusu ve henüz kazanılmamış hakların öncüsü ve savunucusu olma fonksiyonuna sahiptir. Hak savunuculuğu bakımından, sendikalar etrafında örgütlenen işçi hareketi hem sendikacılık hareketini güçlendirmiş hem de genel anlamda özgürlüklerin alanını genişletmiştir.⁴⁹²

Bir sendikaya katılma hakkının özü, işçilerin işverene karşı sendikanın kendilerini, çıkarlarını temsil etmesini isteme konusunda özgür olmalarıdır. Bir işçi, yaptırıma maruz kalma korkusu olmaksızın sendikaya üye olup olmamak konusunda özgür olmalıdır.⁴⁹³

Anayasa Mahkemesi kararlarında sendikal haklar ile ilgili başvurularda inceleme toplanma özgürlüğü üzerinden yapılabildiği gibi bazı kararlarda Anayasa'nın 51. maddesinde düzenlenen sendika kurma hakkı bağlamında veya Anayasa'nın 33. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğü bağlamında değerlendirilmektedir. Kararlarda, özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşü sonrasında hükmedilen yaptırımların

⁴⁹⁰ “21.11.2022 Tarihli Yasaklama Kararı”, Van Valiliği İnternet Sitesi, <http://www.van.gov.tr/21112022-tarihli-yasaklama-karari-1>, Erişim Tarihi: 21.11.2022.

⁴⁹¹ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurusu El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi, 2018, s. 3.

⁴⁹² Kapani, s. 278.

⁴⁹³ AİHM, Demiryolu Mühendisleri ve İtfaiyeciler Birliği (ASLEF) v. Birleşik Krallık, 11002/05, 27.02.2007.

caydırıcı etkisi ele alınırken başvuruçuların sendikal faaliyet sebebiyle orada olmaları dikkate alınmaktadır.

Kararlar incelendiğinde sendikal haklarını kullanan kişiler aleyhine para cezasına hükmedilmesine ve disiplin cezası verilmesine dair yaptırımların sendikal faaliyetler üzerindeki caydırıcı etkisi üzerinde durulduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 2021 yılında karara bağladığı bir davada, üyesi oldukları sendikanın organizasyonu kapsamında gösteri yürüyüşü ve basın açıklaması eylemine katılmaları sebebiyle bir grup öğretmen hakkında kınama cezası verilmesi ve ihtara rağmen dağılmama suçlarını işledikleri sebebiyle kamu davası açılması olayı ele alınmıştır. Mahkeme, başvuruçular hakkında açılan davalarda beraat kararı verilmesine rağmen, barışçıl bir toplantıya katılan kişiler hakkında yaptırım uygulanmasının caydırıcı etkiye sebep olabileceğini tespit etmiştir.⁴⁹⁴

Yine sendika üyesi bir kamu görevlisinin sendikanın çağrısı üzerine işe gelmeme eylemine katılması nedeniyle başvuruçular hakkında uyarma cezası verilmesinin, verilen ceza hafif olsa dahi, başvuruçular gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğu tespit edilmiştir.⁴⁹⁵

Bir başka bireysel başvuru kararında ise, üyesi oldukları sendikanın çağrısı doğrultusunda basın açıklamasına katılan kişilere, önemli bir müdahale olarak görülmeyebilecek bir idari para cezası verilmesi ele alınmıştır. Mahkeme'ye göre başvuruçulara verilen 135 Türk lirası tutarındaki para cezası, kişilerin haklarını kullanmaları üzerinde caydırıcı etki yaratabilecektir. Ele alınan olayın sendikal faaliyet yönü dikkate alındığında, uygulanan yaptırımın kişileri benzer toplantılara katılmaktan caydırabileceği tespitine de yer verilmiştir.⁴⁹⁶

Valiliğin yasaklama kararına rağmen başvuruçuların üyesi oldukları sendikanın faaliyetleri çerçevesinde, çalıştıkları adliye önünde toplanarak basın açıklaması

⁴⁹⁴ AYM, Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, 2017/32534, 21.01.2021.

⁴⁹⁵ AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, 2013/8463, 18.09.2014.

⁴⁹⁶ AYM, Dursun Soydan ve Diğerleri Başvurusu, 2015/2948, 14.11.2018; AYM, Erdal Karadağ Başvurusu, 2017/22700, 28.5.2019; AYM, Mustafa Demiraydin Başvurusu, 2015/1051, 21.03.2019.

yaparak kuruma kreş yapılmasını talep eden başvuruçuların idari para cezası ile cezalandırılması, cezalandırılabilir bir eylemde bulunmayan kişinin hakkının sınırlandırılması anlamına geleceğinden, bir sendikaya üye olan herkesi toplantı düzenlemek ve toplantıya katılmaktan caydırabilecek, cezalandırılma korkusuna sevk edebilecek niteliktedir.⁴⁹⁷

Sendika üyesi kişilerin katıldıkları grev nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmaları, caydırıcı etki tartışmaları bakımından önem arz eder. Makinist başvuruçunun greve katılması sebebiyle disiplin cezası ile cezalandırılması ve işine son verilmesi gibi ağır yaptırımlarla karşılaşması, mesleki çıkarlarını korumak için grev gibi eylemlere katılmak isteyen sendika üyeleri üzerinde kaçınılmaz olarak caydırıcı etkiye sebep olacaktır.⁴⁹⁸

b. Sivil Toplum Örgütleri ve Caydırıcı Etki

Tanımı üzerinde çok çeşitli görüşler bulunmakla birlikte sivil toplum örgütleri geniş anlamıyla, sivil toplum alanında faaliyet gösteren ve yönetimin bir parçası olmayan her türlü örgütlenmeyi ifade eder. Dar anlamda ise sivil toplum örgütleri kavramı, sosyo-ekonomik kalkınmaya doğrudan ve dolaylı olarak katkı sağlamak amacıyla gönüllülük, bağımsızlık, kâr amacı gütmemek ve kişisel çıkarına çalışmamak gibi esaslara dayanan sivil kuruluşlar şeklinde tanımlanabilmektedir.⁴⁹⁹

Bir sivil toplum örgütünün en belirgin özelliği, hukuken kendisine verilen isimden ziyade, özerk yapısıdır. Yönetim ve denetim işlevlerini kendi oluşturdukları kurullar ile sağlayan sivil toplum örgütleri, etrafında birleştikleri konu doğrultusunda kamuoyu oluşturarak özellikle yürütmeyi, hükümet politikalarını etkileme amacı taşır ve demokrasinin temel unsurlarından biridir.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ AİHM, Akarsubaşı v. Türkiye, 70396/11, 21.07.2015.

⁴⁹⁸ AİHM, Ognevenko v. Rusya, 44873/09, 20.11.2018; AİHM, Kaya ve Seyhan v. Türkiye, 30946/04, 15.09.2009; AİHM, Karaçay v. Türkiye, 6615/03, 27.03.2007.

⁴⁹⁹ İbrahim Yıldırım, **Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 52.

⁵⁰⁰ Yıldırım, Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları..., s. 61.

Halkın egemenliğini ifade eden demokrasilerde sivil toplum örgütleri, devlet iktidarının sınırlandırılması işlevini de yerine getirir. Devlet iktidarının sınırlanmasında siyasi iktidarın tek bir kişi veya kurum elinde toplanmamasını sağlamak üzere geliştirilen erkler ayrılığının hukukla düzenlenmesi ve iktidarın demokratik yollarla el değiştirmesi ve hesap verebilirliğinin sağlanması seçimle kadar iktidarın sürekli denetlenmesi de büyük önem taşır. Devlet iktidarının tekelleşmesini engellemenin en etkin yollarından birisi, sürekli denetimdir. Bunun dışında, Tocqueville'in "çoğunluğun tiranlığı" olarak nitelediği tehlikeli olasılıkların ortaya çıkması, bir kişinin ya da belirli bir kesimin despotik egemenliğinin sağlanması ihtimalinin en ortadan kaldırılması/en aza indirilmesi için de sivil toplum gereklidir; sivil toplum, çoğunluğun tiranlığına karşı bir güvencedir. Örgütlü bir toplum, iktidarda olmayan azınlık kesimlerin düşüncelerini iletebilmesinin sağlanması ve devlet gücünün sınırsızca kullanılmasının engellenmesine karşı en önemli güvenceyi oluşturmaktadır.⁵⁰¹ Bu yönüyle sivil toplum, tekil çıkarların toplumun tümüne verebileceği zararların ve çoğunluk yönetiminin varabileceği aşırılıkların önlenmesi işlevini yerine getirir.⁵⁰²

Türk hukuku bakımından, kişiler, bir derneğin kuruluşuna katılma, derneğe üye olma, üyeliğe ilişkin haklara sahip olma, istemediği bir derneğe üye olmama, istediği zaman üyelikten çekilme hakkına sahiptir. Gönüllü sivil kuruluşlar olan dernekler, serbest örgütlenme ile birlikte faaliyet güvencesine de sahiptir.⁵⁰³

Sivil toplum örgütlerine, insan hakları savunucuları özelinden bakıldığında, BM İnsan Hakları Savunucularının Korunması Bildirgesi'ne göre, devletler, hakların meşru kullanımını şiddet, tehdit, misilleme, fiili veya hukuksal ayrımcılık, baskı ve diğer keyfi hareketlere karşı bireyleri ve toplulukları korumak yükümlülüğü altındadır.

Yasal çerçeve böyle olmakla birlikte Birleşmiş Milletler, katılımcı devletlerde insan hakları savunucularına yönelik cinayet, tehdit, şiddet ve kötü muamelenin de

⁵⁰¹ A. Tarık Gümüş, "Demokrasilerde Sivil Toplum ve Devlet-Sivil Toplum İlişkisinde Karşılaşılabilecek Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, 2014, s. 544; Mehmet Yetiş, "Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum", *AÜSBF Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri*, No: 87, 2005, s. 23.

⁵⁰² Tocqueville, *Democracy in America*, Vol 1, Çev. Henry Reeve, New York: Alfred A. Knopf, 2003, s. 194.

⁵⁰³ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 294.

dahil olduğu mağduriyetlerin yaşandığını vurgulayarak bu konudaki endişelerini dile getirmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ulusal ve uluslararası düzeydeki tüm çabalara rağmen gazeteciler dahil insan hakları savunucularının sıklıkla hak ihlaline maruz kaldığı tespit edilmiştir. BM İnsan Hakları Konseyi ve BM Genel Kurulu “tehdit, saldırı ve sindirme eylemleri nedeniyle insan hakları savunucularının karşı karşıya kaldığı risklerin ciddi niteliklerinden dolayı” derin endişelerini dile getirmişlerdir.⁵⁰⁴

İnsan Hakları savunucularına yönelik hak ihlallerine; bu kişilere yönelen tehdit, saldırı, sözlü ve fiziksel taciz, evlerinin ve iş yerlerinin kundaklanması veya bombalı saldırıya uğraması, ekipmanlarına zarar verilmesi veya el konulması, kolluk kuvvetleri tarafından aşırı güç kullanılması hatta bu kişilerin zorla kaybedilmesi ve öldürülmesi eylemleri örnek verilebilir. Çoğu durumda insan hakları savunucularının maruz kaldıkları bu güvenlik riskleri uzun vadede bu kişileri susturmayı amaçlamaktadır.⁵⁰⁵ Bu tür hak ihlalleri sebep oldukları korku, endişe gibi etkenler sebebiyle hak ihlalinin mağduru olan kişinin gelecekteki faaliyetleri üzerinde olumsuz bir etki doğurabileceği gibi, bu kişilerin aile üyelerinin yaşantısı ve vücut bütünlüğü üzerinde tehlike yaratabilecektir. Bunlar dışında insan hakları savunucularının hak ihlallerine maruz kalması toplumda sivil toplum örgütlerine duyulan güveni ve kişilerin üye olma davranışını etkileyebilecek, suçlanan kişinin ve ailesinin toplumda damgalanmasına sebep olabilecektir.⁵⁰⁶

Tüm bunlarla birlikte, hak ihlallerinin ilgili kurumlarca yeterince ciddiye alınmaması, cezai süreçlerin uzun sürmesi/sürdürülmesi, faillerin ya adalete hiç teslim edilememesi ya da beraat et(tiril)mesi/ hafif cezalara hükmedilmesi gibi cezasızlık uygulamaları bir araya geldiğinde sorun daha da kökleşerek yapısal bir sorun halini almaktadır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ “İnsan Hakları Savunucularının Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler”, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, 2016, s. 43.

⁵⁰⁵ “İnsan Hakları Savunucularının Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler”, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, 2016, s. 44.

⁵⁰⁶ “Criminalization of Human Rights Defenders”, Inter-American Commission On Human Rights, 2015, s. 112.

⁵⁰⁷ “İnsan Hakları Savunucularının Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler”, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, 2016, s. 46.

i. İnsan Hakları Raporlarında Sivil Toplumun Genel Durumu

Front Line Defenders tarafından yayınlanan 2021 tarihli rapora göre, aralarında Türkiye'nin de olduğu pek çok ülkede insan hakları savunucularının çeşitli terör suçlamaları, halkı/insanları kin ve düşmanlığa, isyana teşvik suçlamaları, devlete ihanet gibi suçlamalarla karşılaşabilmektedir.⁵⁰⁸

Türkiye'de OHAL döneminde sivil toplum faaliyetlerini inceleyen bir raporda benzer bulgulara yer verilmektedir. Raporda, insan hakları ve medeni haklara yönelik baskının alarm verici seviyeye ulaştığı vurgulanırken, sivil toplumun alanının 2013'ten bu yana dramatik şekilde daraldığı belirtilmiştir. Özellikle insan hakları savunucularının, muhalif siyasetçilerin, gazetecilerin, hükümet politikalarını eleştiren kişilerin ifade özgürlüklerinin ciddi şekilde baskılandığı, farklı gerekçelerle sürekli yargısal tacize maruz bırakıldığına dikkat çekilmektedir. Bu durum kaçınılmaz olarak sivil toplum örgütlerinin işlevini yerine getirememesine ve kişilerin, sivil toplum örgütlerine katılmak konusundaki cesaretlerinin kırılmasına neden olmakta, çoğulculuğu kısıtlamaktadır. Netice olarak sivil toplumda bir rol üstlenmenin yaptırımla karşılaşmak anlamına gelmek anlamına geldiği bir ortamda, demokratik bir toplumda var olması beklenen çoğulculuk sağlanamayacaktır.⁵⁰⁹

Yirmi iki sivil toplum örgütünün bir araya gelerek yayınladıkları 2020 yılına ilişkin raporda, insan hakları savunucularına yönelik müdahaleler, gözdağı ve tehdit olarak nitelenmiştir. İstanbul Heybeliada'da toplanan on insan hakları savunucusunun gözaltına alınması, gözaltına alınan kişiler hakkında silahlı terör örgütüne üyelik, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek gibi suçlamalarda bulunulması ve bazı insan hakları savunucularının haklarında mahkumiyete hükmedilmesi; İnsan Hakları Derneği Genel Başkanı Eren Keskin hakkında bazı sosyal medya paylaşımları gerekçe gösterilerek açılan örgüt propagandası suçlamasıyla dava açılması; Osman Kavala ve diğer sanıklar hakkında verilen beraat ve tahliye kararına rağmen Kavala'nın tahliye edilmeden başka bir soruşturma gerekçe gösterilerek yeniden

⁵⁰⁸ Front Line Defenders: Global Analysis, 2021, s. 8, https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/2021_global_analysis_-_final.pdf, Erişim Tarihi: 17.12.2022.

⁵⁰⁹ FIDH/OMCT İnsan Hakları Savunucularının Korunması için Gözlemevi, "Sürekli OHAL: Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik Saldırı ve Sivil Topluma Yansımaları", Çev. Osman İşçi, 2020, s. 8.

tutuklanması; yine Osman Kavala'nın, hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "tutukluluğun hukuka aykırı ve politik amaçla gerçekleştirildiğine" dair tespitine yer verdiği karara rağmen serbest bırakılmaması, insan hakları savunucularına gözdağı ve tehdit örnekleri olarak sıralanmıştır.⁵¹⁰

Diğer hak ihlallerinde olduğu gibi, insan hakları savunucularına ve sivil toplum örgütlerine yönelen insan hakları ihlalleri ve bu ihlallerinin mağdurlar ve diğerler kişiler üzerindeki etkileri, "ihmal edilebilir" etkiler değildir. Bu etkinin ne denli önemli olduğunu, bir başka rapordan da saptamak mümkündür. Konda ve Hafıza Merkezi'nin yayınladığı, gençlerin insan hakları algısına ilişkin ortak raporda, Türkiye'de, sivil toplum örgütlerine üyelik bakımından her 100 gençten sadece 4'ünün derneklere ve yine her 100 gençten 3'ünün vakıflara üye olduğu tespit edilmiştir. Siyasi partilere üyelik bakımından ise her 100 gençten sadece 5'inin siyasi parti üyesidir. Raporda, araştırmaya katılan gençlere sivil toplum örgütlerine üye olmama sebepleri sorulduğunda özellikle "güven duymama" ve "devletin vereceği tepkiden çekinme" yanıtları ön plana çıkmaktadır. Burada bahsedilen "güven duymama", sivil toplum örgütlerine güven duymamaktan çok devletin sivil toplum örgütlerine ve sivil toplum örgütü üyelerine uyguladığı baskıdan kaynaklanmaktadır. Araştırmaya göre sivil toplum örgütlerine üye olmama ve sivil toplum örgütlerinde aktif olarak çalışmamanın önemli sebeplerinden biri, gençlerin, devlet tarafından fişlenme, tutuklanma vb. uygulamalara tabi tutulacaklarını düşünmesi ve bu sebeple kendilerini güvende hissetmemesidir.⁵¹¹

Rapora göre, sivil toplum örgütü faaliyetleri üzerinde caydırıcı etki yaratabilecek bir diğer husus, sivil toplum örgütü üyelerine yönelebilecek yaftalama, itibarsızlaştırma faaliyetleri ve başlatılan karalama kampanyalarıdır.⁵¹² Diğer pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de sivil toplum aktörlerinin terör örgütü/yabancı ülke çıkarlarına hizmet eden gruplar olarak yansıtılması, adeta bir "iç düşman" olarak

⁵¹⁰ "Ortak Açıklama: 2020 – Sivil Toplum ve Hak Savunucuları İçin Zor Bir Yıl Daha", Eşit Hakları İzleme Derneği, 17.12.2020, <https://www.esithaklar.org/2020/12/ortak-aciklama-2020-sivil-toplum-ve-hak-savunucuları-icin-zor-bir-yil-daha/>, Erişim Tarihi: 16.12.2022.

⁵¹¹ "Gençlerin İnsan Hakları Algısı: Kamuoyu Araştırması", Konda & Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2022, s. 24.

⁵¹² Aynı yönde bkz.: AYM, Mehmet Osman Kavala Başvurusu (2), 2020/13893, 29.12.2020. Hâkim Engin Yıldırım'ın karşı oyundan: "(...) Kuvvetli suç şüphesi teşkil etmeyen, somut olgulardan ziyade zanlara dayanan isnat ve ithamlarla STK faaliyetleri hakkında kuşku oluşturulması, bu kuruluşlar üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olacaktır. Bu durumun da demokratik düzen açısından olumsuz etkilere yol açacağı şüphesizdir."

görülmesi durumları söz konusu olmaktadır. Devlet/hükümet görevlileri tarafından ve hükümete yakın medya tarafından bu kişiler sıklıkla karalama kampanyasına maruz bırakılmaktadır.

Yine OHAL sürecinde aralarında çocuk hakları dernekleri de olan çok sayıda dernek, vakıf ve sendikanın terör örgütüyle “iltisaklı hareket ettikleri” veya “irtibatlı oldukları şeklinde değerlendirildikleri” bilgisi dışında hiçbir gerekçe sunulmadan kapatılmıştır. Rapora göre bu durum, daha önce görülmedik bir düzeyde hukuki belirsizlik yaratmış ve -bireyleri etkileyen diğer OHAL tedbirleri ile bir araya geldiğinde- Türkiye’de bütün sivil toplum kesimi için elle tutulur bir caydırıcı etkiye sebep olmuştur.⁵¹³

ii. Mahkeme Kararlarında Sivil Toplum ve Caydırıcı Etki

Sivil toplum faaliyetleri üzerinde yaratılan caydırıcı etki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında pek çok kez değerlendirilmiştir.

Konuya ilişkin en yakın tarihli örneklerden biri, iş insanı Osman Kavala hakkında başlatılan soruşturmayla tartışılmaya başlayan cezai süreçtir. Çok sayıda sivil toplum örgütüne üye olan ve Gezi Parkı protestolarını finanse etmek, casusluk, anayasayı ihlal, hükümeti ortadan kaldırmak gibi suçlardan yargılanan Kavala’nın tutukluluğunu ele alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucu hakkında yürütülen süreçlerin hak ihlali niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme’ye göre başvurucu hakkında alınan tedbirler, görünürdeki amaçların aksine, bir sivil toplum örgütü aktivisti olan başvurucunun susturulması amacını taşımaktadır. Başvurucuya isnat edilen suçlar ve alınan tedbirler diğer insan hakları savunucularının çalışmaları üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olabilecektir.⁵¹⁴

Sivil toplum örgütü liderleri hakkında açılan davalar ve yargılama sonucunda verilen erteleme kararlarının yarattığı caydırıcı etki, Anayasa Mahkemesi’nin karara

⁵¹³ “Gençlerin İnsan Hakları Algısı: Kamuoyu Araştırması”, Konda & Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2022, s. 33.

⁵¹⁴ AİHM, Kavala v. Türkiye, 28749/18, 10.12.2019.

bağladığı Selçuk Kozağacli başvurusunda ele alınmıştır. Bir sivil toplum kuruluşu olan Çağdaş Hukukçular Derneği'nin amaçları kapsamında ve söz konusu derneğin başkanı sıfatıyla basın açıklaması yapan başvuru, o dönemde bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyesinin ve operasyonlara katkısı olduğunu iddia ettiği diğer yöneticilerin sorumluluğundan da bahsederek "Hayata Dönüş Operasyonu"nu eleştirmiştir. Başvurucunun açıklamalarındaki ifadeler nedeniyle hakkında dava açılmış ve başvuru hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiştir. Mahkeme'ye göre, verilen bu karar, bilgilendirme ve eleştiri ortamına da zarar verebilecek ve kişiler üzerinde ceza tehdidi nedeniyle caydırıcı etki doğurabilecektir. Oda, sendika, vakıf veya dernek gibi sivil toplum kuruluşlarının politik, sosyal, kültürel, hukuki ve çevresel amaçları doğrultusunda kamuoyunun ilgisini çeken ve yürüttükleri görevleri nedeniyle tanınmış kamu görevlilerinin sözlerini ve davranışlarını takip etmeleri, onlar hakkında fikir oluşturarak üyelerini ve kamuoyunu bilgilendirmeye hatta yönlendirmeye çalışmaları demokratik bir toplumda kaçınılmazdır.⁵¹⁵

Sivil toplum örgütü üyelerine yönelebilecek ve yargısal taciz boyutuna varabilecek yargılamalar, Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınmıştır. Atatürkçü Düşünce Derneği Başkanı başvuru, yaptığı konuşmalardan dolayı hakkında 16 ilde, 58 tazminat davası açılmasının, belirli bir toplumsal kesime yönelik açıklamalarından dolayı o toplumsal kesimde bulunanların tamamının açtıkları davaların kabul edilmesinin caydırıcı etki doğuracağını tespit etmiştir. Hakkında açılan çok sayıda dava dolayısıyla ileride görüşlerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır.⁵¹⁶

⁵¹⁵ AYM, Selçuk Kozağacli Başvurusu, 2014/10715, 10.01.2018.

⁵¹⁶ AYM, Tansel Çölaşan Başvurusu, 2014/6128, 07.07.2015.

SONUÇ

Tezimizde, ifade özgürlüğünde caydırıcı etki konusu farklı yönleriyle ele alınmıştır. Konunun kapsamı, doktrinin anlamı, ilgili diğer kavramlarla ilişkisi ortaya konulmuş, doktrinin ortaya atılmasına kadarki süreç literatürdeki eserlerden, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarından, gazete haberlerinden ve internet kaynaklarından yararlanılarak ele alınmıştır. Doktrinin mahkeme kararlarındaki uygulaması bahsinde ise caydırıcı etki doktrinin hangi hak ve özgürlükler bakımından uygulandığı incelenmiş, içtihatlar üzerinden, mahkeme kararlarındaki tutarsız ve yetersiz uygulamalar tespit edilmiştir. Tezimizin son kısmında Türkiye ve Türk hukuku özelinde incelemelere ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu kısımda tespitler ağırlıklı insan hakları raporları ve mahkeme içtihatları üzerinden yapılmıştır.

Tezimizin bu son kısmında, ifade özgürlüğünde caydırıcı etkiyle ilgili iki önemli sonuç üzerinde durulacaktır. Sonuçlardan ilki, caydırıcı etki doktrininin mahkeme kararlarında uygulanmasına ilişkin tespit ve önerilerden ibaret iken, bir diğeri, caydırıcı etki doktrininin, sunduğu bakış açısıyla günümüzde devam eden ifade özgürlüğü sorunlarının çözümüne önemli katkı sağlayabilecek ve hatta bugünden ileriye bakıldığında yakında gündemimizde olacağını öngördüğümüz çeşitli ifade özgürlüğü sorunlarına da ışık tutabilecek potansiyelde bir doktrin olduğunun vurgulanmasıdır.

İlk olarak, caydırıcı etki doktrini, Amerika Birleşik Devletleri'nde, muhalifler hakkında uygulanan yaptırımların zamanla daha fazla yaygınlık kazanması ve bunun sonucunda ifade özgürlüğünün ciddi şekilde aşınması üzerine Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiş bir doktrindir. Mahkeme'nin, devleti koruma refleksinden ziyade, daha özgürlükçü bir bakış açısını kazanmaya başladığı bir dönemde geliştirdiği doktrin, Yüksek Mahkeme kararlarında hem esas bakımından hem de usul bakımından uygulama alanı kazanmıştır.

Hak ihlali iddiasının incelenmesinde özgün bir bakış açısı sunan doktrin, Avrupa hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Doktrinin özellikle Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi içtihatlarında benimsenmesi Avrupa hukuk sisteminde yer alan anayasa mahkemeleri uygulamalarına da yol göstermiştir.

Hem Birleşik Devletlerde hem de Avrupa uygulamasında, caydırıcı etkinin uygulanmasındaki temel motivasyon; daha az popüler olarak görülen fikirlerden başlayarak ifade özgürlüğü alanının giderek daraltılması, engellenmesi ve sonuçta genel olarak toplumun sessizleşmesi/sessizleştirilmesi endişesidir. Nihayetinde, dünyanın neresinde olursa olsun, görüşlerini ifade etmekten korkan, yaptırım endişesiyle diken üstünde yaşayarak haklarını kullanmaktan çekinen kişilerin oluşturduğu toplumda demokrasinin ve demokratik değerlerin gerilemesi kaçınılmazdır. Toplumlar için daha büyük zarar, ifade özgürlüğünün kullanılmasından değil kullanılmamasından doğar. Bu sebeple bir toplumda asıl kaçınılması gereken ifade özgürlüğünün kullanılmasından çok kullanılmaması, özgürlüğün kullanılamayacağı bir atmosferin oluşmasıdır.⁵¹⁷

Bununla birlikte, doktrinin, kaynağını aldığı hukuk sisteminden farklı bir hukuk sisteminde benimsenmesi, doktrinin uygulama alanında ve şeklinde farklılıklar ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hem usul hem esas bakımından doğan bu farklılıklardan bahsederken, elbette, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki farklılıklar gözden kaçırılmamalıdır. Bu farklılıkların ortaya çıkmasında mahkemelerin kuruluş felsefelerinin, iç hukuka göre konumlarının ve yerine getirdikleri görevlere ilişkin farklılıklar etkili olmuştur.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, nihayetinde, bir iç hukuk mahkemesi olarak, ifade özgürlüğünün bu ülkedeki seyrini ilk elden gözlemlemekte ve özellikle yasal düzenlemelerin sebep olduğu caydırıcı etkiyi doğrudan tespit edebilmektedir. Bu yönüyle Federal Mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik sadece müdahaleleri değil ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesini ve ifade özgürlüğüne bakışı da belirleyebilecek, bu konuda tonu en baştan ortaya koyabilecek konumdadır. Mahkeme, bilhassa caydırıcı etki doktrininin ortaya atıldığı ilk dönemde, bu doktrini uygulayarak caydırıcı etki doğuran/doğurabilecek olan pek çok yasayı geçersiz kılmıştır. Bu yolla doktrin, kişilerin tek tek mağdur olup mahkeme önüne gelmesinin beklenmesinden ziyade bir

⁵¹⁷ Schauer, "Fear, Risk and the First Amendment...", s. 693.

kişi tarafından öne sürülen caydırıcılığın en azından aynı durumda olan ya da olabilecek olan herkes için giderilmesi amacıyla uygulanmıştır.⁵¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise uluslararası nitelikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal iddialarını, çoğunlukla bireysel başvurular üzerinden inceleyen bir mahkemedir. Mahkeme'nin kararlarında caydırıcı etki doktrininin, ağırlıkla, taraf devletlere yükümlülüklerini hatırlatmak amacıyla ve kabul edilebilirlik kriterlerinin esnetilmesi amacıyla uygulandığı gözlenmektedir. Kararlarda caydırıcı etki doktrininin çoğunlukla tutarlı şekilde uygulanmadığı, doktrinin kapsamının, sınırlarının belirsiz bırakıldığı, sonucunda hak ihlaline hükmedilecek olan davalarda, karar gerekçesinde ek bir argüman olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Neticede, somut norm denetimi yapmak görevini de yürüten bir temyiz mahkemesinin geliştirdiği bir doktrin olan caydırıcı etki, doktrinin tespit ettiği etkinin önemi dikkate alınarak Avrupa sistemi dışında bırakılamamış olsa da doktrinin bireysel başvuru incelemesi yapan bir mahkemenin kararlarında nasıl uygulanacağı netleştirilememiştir.

Caydırıcı etki doktrinine ilişkin değerlendirmelerin, ülkelerin anayasa mahkemeleri içtihatlarında yer almaya başlamasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkisi oldukça büyüktür. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin, caydırıcı etkiye ilişkin uygulamalarında çoğunlukla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını takip ettiği görülmektedir. Örneğin; Türk Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında, caydırıcı etki değerlendirmesi yapılırken, sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına doğrudan atıf yapılmakla birlikte mahkemenin bazı kararlarında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifadelerine birebir yer verdiği görülmektedir.

Bu durum, kararlarda caydırıcı etki bakımından önemli tespitler yapılmasını sağlıyor olmakla birlikte mahkemelerin caydırıcı etki doktrininin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile birebir şekilde uygulaması, norm denetimi yapma görevini yerine getiren anayasa mahkemelerinin bu konuda çok daha sınırlı bir alanla yetinmesi anlamına gelmektedir. Oysa anayasa mahkemeleri, Avrupa İnsan Hakları

⁵¹⁸ The Chilling Effect in Constitutional Law, s. 820.

Mahkemesi'ne kıyasla hem caydırıcı etkiyi daha isabetli tespit edebilecek hem de tespit ettikleri caydırıcı etki hakkında çok daha etkili ve doğrudan karar verebilecek konumdadır.

Caydırıcı etki doktrini ifade özgürlüğüne bir yaklaşım metodu olarak anlaşıldığında ifade özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemelerin, ifade özgürlüğünün çeşitli şekillerde kullanılması ile ilgili prosedürlerin, kurumların ifade özgürlüğüne yaklaşımlarının, ifade özgürlüğünü etkileyen düzenlemelerin nasıl yorumlandığının ve uygulandığının röntgenini çekmeyi mümkün kılacaktır. Bu nedenle caydırıcı etki doktrini, ek bir gerekçe, artı bir argüman olmaktan çok daha özel bir anlam ve önem taşımaktadır.

İkinci olarak, gelecekte üzerinde çalışılacak konulara ışık tutabilmek bakımından caydırıcı etki doktrinin, güncel ifade özgürlüğü sorunlarında oynayabileceği role değinilmelidir.

Bu sorunlardan biri, günümüzde ifade özgürlüğü bakımından endişeyle tartışılan ve demokrasinin geri kayması (*democratic backsliding*) olarak ifade edilen, demokratik rejimler içinde otokrasinin güç kazanması eğilimidir. Bugün, otokratik olarak tanımlanabilecek ya da otokratik eğilimler gösteren rejimlerde caydırıcı etki bir amaç olarak kullanılabilir. Sessiz, herhangi bir talebini dile getirmekten korkan, haklarını kullanmak konusunda isteksiz yığınlar yaratılması amaçlanan caydırıcı etkidir.

Muhafif siyasetçilerin, bağımsız hakimlerin, gazetecilerin, insan hakları savunucularının ve yöneticileri eleştiren kişilerin tacize, tutuklamaya ve bazı durumlarda şiddetli saldırılara maruz kalması, bağımsız medyanın tehdit edilmesi, hükümete muhalif çizgide konumlanan basın kuruluşlarının kapatılması, muhalif liderlerin tutuklanması, öldürülmesi, protestoların şiddetle bastırılması bir ülkeyi tam otoriterlik eşiğine getirir. Bu açık müdahalelerin yanında, “yasal/meşru” gibi görünen; muhalifleri cezalandırmak için vergi, hakaret, terör yasalarını keyfi olarak kullanmak gibi, baskının daha “incelikli” formlarda kullanımı da söz konusu olabilmektedir.

Yasanın uygulanması görüntüsü altında keyfi, seçici ve partizan uygulamalara yer verilmesi baskının önemli bir görünümüdür.⁵¹⁹

Demokratik rejimin olduğu kabul edilen ülkelerde otokrasinin yükselmesiyle daha sık görülür hale gelen kılıf suç tipleriyle muhaliflerin cezalandırılması, muhalifler üzerinde yargının bir taciz/misilleme aracı olarak konumlanması, belirsiz yasalarla keyfi müdahalelere alan açılması uygulamaları, hakların uygulanabilirliğinin daha yakından izlenmesini ve korunmasını gerektirir. Bir başkasının “başına gelenler”e bakarak neden-sonuç ilişkisi kuran bir kişi, doğaldır ki, aynı davranışa yönelmekten çekinebilecektir. Caydırıcı etki doktrini, tam da bu sonuçtan kaçınmak amacıyla daha etkili ve tutarlı şekilde uygulanmalıdır.

Otokratik rejimlerin yükselişinin bir sonucu olarak doğan ve caydırıcı etki doktrinin katkıda bulunabileceği bir başka sorun, gün geçtikçe sayısı daha da artan ve önceki döneme göre “akıllanan”, hukuka uygunmuş gibi görünen, hukuka aykırı müdahalelerdir. Akademik özgürlüklere doğrudan müdahale ederek tepki çekmektense rektör atanması usulünü değiştirerek, müdahalenin bir başkasına adeta “görev” olarak tevdi edilmesi⁵²⁰, yaptığı haberler sebebiyle medya kuruluşuna doğrudan el koymaktansa vergi cezası keserek şirketin el değiştirmesinin sağlanması, yayınların ve haberlerin denetlenmesine ilişkin çeşitli görevler üstlenen kurumların ve idari kurulların belirli medya kuruluşları üzerinde adeta bir sansür ve cezalandırma mekanizması gibi çalışması, muhalif olarak görülen şirketler hakkında denetim süreçlerinin daha sık ve daha detaylı şekilde uygulanması gibi uygulamalar ilk bakışta hukuka uygunmuş gibi görünen, hukuka aykırı müdahalelerdir.

Hakkın hayata geçirilmesi sürecini bir bütün olarak denetlemeyen ve müdahalenin sonuçlarına odaklanmayan bir yaklaşım benimsendiğinde, bu gibi fiillerin hukuka aykırılığının tespit edilmesi oldukça zor olabilecektir. Hak sınırlamalarında hükümetlerin siyasi saiklerinin devreye girdiğinin mahkeme kararları ile tespit edildiği günümüzde caydırıcı etki, ifade özgürlüğünü kullanan kişi ve

⁵¹⁹ Steven Levitsky, Lucan A. Way, **Competitive Authoritarianism**, New York: Cambridge University Press, 2010, s. 8-9.

⁵²⁰ İlker Kalın, “Smart” Repression at Work: Shrinking Space for Academic Freedom in Turkey”, *Advancing Fundamental Freedoms in Turkey, A Policy Brief Series from Freedom House*, No. 3, 2021, s. 2.

kurumlara karşı aba altından gösterilen sopaların tespitinde önemli bir rol oynayabilecektir.

Günümüzde caydırıcı etki bağlamında tartışılan ve ifade özgürlüğünün geleceği hakkında ciddi sorunlar doğuracağı öngörülen bir diğer konu, gelişen izleme teknolojilerinin yaygınlaşması, devletler tarafından kullanılan araçlar haline gelmesidir. Otoriter rejimlerin özellikle araştırmacı gazetecileri ve muhalifleri casus yazılımlarla takip ettiği gerçeğini, 2021 yılında, 17 medya kuruluşundan 80’den fazla gazeteci Pegasus Projesi adıyla kamuoyuna duyurulmuştur. Hükümetlerin, özel bir şirketten temin ettikleri casus yazılımlarla gazetecilerin, muhalif siyasetçilerin, aktivistlerin kısa mesajlarına, fotoğraflarına, e-maillerine, arama kayıtlarına ulaşabildikleri, yazılım aracılığıyla cihazların kamera ve mikrofonlarının aktif hale getirilebildiği ortaya konmuştur.⁵²¹ Bu ve benzeri pek çok gelişme, ifade özgürlüğünün geleceği ve mümkünlüğü tartışmalarına konu olacak, caydırıcı etki doktrini bu tartışmalara farklı bir bakış açısı sunabilecektir.

Yine teknolojik gelişmelere bağlı olarak, veriyi sadece toplamakla kalmayıp aynı zamanda birbirine bağlayarak anlamlı sonuçlar üretebilen, insana dair profillemeye yapabilen yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesi, bu profillere göre suçun önlenmesi amacıyla geliştirilen “öngörücü polislik” uygulamaları⁵²² ve “sosyal puanlama” benzeri uygulamalar⁵²³ ifade özgürlüğünün geleceği açısından ve ifade özgürlüğü üzerinde neden olabileceği caydırıcı etki açısından önemle takip edilmelidir.

⁵²¹ Stephanie Kirchgaessner, Paul Lewis, David Pegg, Sam Cutler, Nina Lakhani, Michael Safi, “Revealed: Leak Uncovers Global Abuse Of Cyber-Surveillance Weapon”, <https://www.theguardian.com/world/2021/jul/18/revealed-leak-uncovers-global-abuse-of-cyber-surveillance-weapon-nso-group-pegasus>, 18.07.2021, Erişim Tarihi: 20.01.2023; “Massive Data Leak Reveals Israeli NSO Group’s Spyware Used To Target Activists, Journalists, And Political Leaders Globally”, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/07/the-pegasus-project-2/>, 19.07.2021, Erişim Tarihi: 20.01.2023

⁵²² Andrew Guthrie Ferguson, “Policing Predictive Policing”, **Washington University Law Review**, Vol. 94, No. 5, 2017.

⁵²³ Charlie Campbell, “How China Is Using “Social Credit Scores” to Reward and Punish Its Citizens”, Time, 2019, <https://time.com/collection/davos-2019/5502592/china-social-credit-score/>, Erişim Tarihi: 20.01.2023

KAYNAKÇA

KİTAPLAR, MAKALELER VE TEZLER

“The Chilling Effect in Constitutional Law”, Columbia Law Review, Vol. 69, No. 5, ss. 808-842, 1969.

AKTAS Vezir, NİLSSON Marco, BORELL Klas, “Social Scientists Under Threat: Resistance And Self-Censorship in Turkish Academia”, British Journal of Educational Studies, 67:2, 2019.

ALTIPARMAK Kerem, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, ss. 219-250, 1996.

ARSLAN Zühtü, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek”, Liberal Düşünce, Sayı 24, Yıl 6, ss. 14-22, 2001.

ARSLAN Zühtü (Der.), ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

BALIBAR Étienne, Demokrasiyi Demokratikleştirmek: Özgür Konuşma, Çev. Bediz Yılmaz, İstanbul: İletişim Yayınları, 2019.

BARENDT Eric, LUSTGARTEN Laurence, NORRIE Kenneth, STEPHENSON Hugh, Libel and the Media: The Chilling Effect, Oxford: Clarendon Press, 1997

BAR-TAL Daniel, “Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research”, Advances in Political Psychology, Vol. 38, Suppl. 1, ss. 37-65, 2017.

BATUR YAMANER Melike, GÜNGÖREN Birden, “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine İfade Özgürlüğü”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı 2, ss. 25-46, 2007.

BAYLEY Edwin R., Joe McCarthy and the Press, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1981.

BECCARIA Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınlar, 2016

BLACK Forrest Revere, “Debs. The United States: A Judicial Milepost to the Road to Absolutism”, The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 81, No. 2, ss. 160-175, 1932.

BORG-BARTHET Justin, LOBINA Benedetta, ZABROCKA Magdalena, “The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society”, European Union, 2021. European Parliament, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, 2021.

CANAN Penelope, “The SLAPP from a Sociological Perspective”, *Pace Environmental Law Review*, Volume 7, Issue 1, ss. 23-32, 1989.

CAUTE David, *The Great Fear: The Anti-Communist Purge Under Truman and Eisenhower*, New York: Simon and Schuster, 1978.

CENTEL Nur, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001.

CROIX Geoffrey Ernest Maurice de Ste., *Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi*, Çev. Çağdaş Sümer, İstanbul: Yordam Kitap, 2014.

DAHL Robert A., *On Democracy*, New Haven: Yale University Press, 1998.

DAVAS Aslı, TEKİN Serdar, “Sokağı Kapatmak: Toplanma ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik İhlaller (2015-2019), Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 2021.

DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

DOĞRU Osman, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme/ Özgürlüğü”, *TBB Dergisi*, Sayı 64, ss. 39-69, 2006.

DOHERTY Thomas, *Cold War, Cool Medium: Television, McCarthyism and American Culture*, New York: Columbia University Press, 2003.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, 12. Baskı, İstanbul, 1999.

DWORKIN Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996.

EKİNCİ Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 30, ss. 161-197, 2013.

ERDOĞAN Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, *Liberal Düşünce*, Sayı 24, Yıl 6, ss. 8-13, 2001.

EREM Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler-Cilt I*, 10. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.

FAGAN Jeffrey, MEARES Tracey L., “Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities”, *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Vol: 6, 173, ss. 173- 229, 2008.

FALLON Richard H., “Making Sense of Overbreadth”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, ss. 853-908, 1991.

FELDMAN Ray, *Manufacturing Hysteria: A History of Scapegoating, Surveillance, and Secrecy in Modern America*, New York: Pantheon Books, 2011.

FERGUSON Andrew Guthrie, “Policing Predictive Policing”, *Washington University Law Review*, Vol. 94, No. 5, ss. 1109-1190, 2017.

FINAN Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act: A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston: Beacon Press, 2007.

FOUCAULT Michel, *Doğruyu Söylemek*, Çev. Kerem Eksen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2017.

FREUND Paul A., *The Supreme Court and Civil Liberties*, 4 *Vanderbilt Law Review* 533, ss. 533-554, 1951.

FRIED Richard M., *Nightmare in Red: The McCarthy Era in Perspective*, New York: Oxford University Press, 1990.

GANS David H., “Strategic Facial Challenges”, *Boston University Law Review*, Vol 85, ss. 1033-1388, 2005.

GÜMÜŞ A. Tarık, “Demokrasilerde Sivil Toplum ve Devlet–Sivil Toplum İlişkisinde Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, ss. 529- 572, 2014.

GÜRAN Sait, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969.

HARPER Alan D., *The Politics of Loyalty: The White House and the Communist Issue 1946-1952*, Connecticut: Greenwood Publishing Corporation, 1969.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 5. Baskı, 2009.

KALIN İlker, “Smart” Repression at Work: Shrinking Space for Academic Freedom in Turkey”, *Advancing Fundamental Freedoms in Turkey, A Policy Brief Series from Freedom House*, No. 3, ss. 1-7, 2021.

KAPANİ Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.

KARAN Ulaş, “Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk”, *Siyah Bant*, 2013.

KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurusu El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi*, 2018.

KEANE John, *Medya ve Demokrasi*, Çev. Haluk Şahin, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993.

KOÇ Muharrem İlhan, KAPLAN Recep, *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017.

KOS Katarzyna, “Evolution or Entropy of the Concept of Chilling Effect? – Polish Perspective”, *Vilnius University Press*, Vol. 110, 2019.

KOSAŘ David, ŠÍPULOVÁ Katarína, “The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Volume 10, ss. 83–110, 2018.

KUNTER Nurullah, “Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?”, Siyasi İlimler Mecmuası, Sayı 145, 1943.

KUNTER Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 9. Baskı, 1989.

LANZA Edison, “Protest and Human Rights”, Inter-American Commission On Human Rights, 2019.

LARSEN Anna Grøndahl, FADNES Ingrid, KRØVEL Roy, Journalists Safety and Self- Censorship, New York: Routledge, 2021.

LASKI Harold J., Demokrasi Nedir?, Derleyen: Necati Hersek, İstanbul: Evren Yayınları, 1962.

LEVITSKY Steven, WAY Lucan A., Competitive Authoritarianism, New York: Cambridge University Press, 2010.

LEWIS Anthony, Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment, New York: Vintage Books, 1992.

MICHAELS Jonathan, McCarthyism: The Realities, Delusions and Politics Behind the 1950s Red Scare, New York: Routledge, 2017.

MILL John Stuart, Hürriyet Üstüne, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

MILL John Stuart, Hürriyet Üstüne, Çev. M. Osman Dostel, Ankara: Liberte Yayınları, 2. Baskı, 2009.

MURRAY Robert K., Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955.

ÖZSOY Şule, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBB Dergisi, Sayı 56, 2005.

PENNEY Jonathon W., “Understanding Chilling Effects”, 106 Minnesota Law Review, ss. 1451-1530, 2022.

PETTIT Philip, “Demokrasiye Dair Üç Yanlış Fikir”, Çev. Onur Yıldız, Ayrıntı Dergi, 15 Mart 2018, <https://ayrintidergi.com.tr/demokrasiye-dair-uc-yanlis-fikir/>, Erişim Tarihi: 06.04.2022.

PETTIT Philip, Cumhuriyetçilik, Çev. Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998.

PRING George W., CANAN Penelope, SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out, Philadelphia: Temple University Press, 1996.

RANCIÈRE Jacques, Demokrasi Nefreti, Çev. Utku Özmakas, İstanbul: İletişim Yayınları, 2014.

REDISH Martin H., "Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine", *Northwestern University Law Review*, 78, no. 5, ss. 1031-1070, 1983-1984.

ROUSSEAU Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, İstanbul: Çan Yayınları, 1965.

SARTORI Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.

SCHAUER Frederick, "Fear, Risk and the First Amendment: Unrevealing the Chilling Effect", *Boston University Law Review*, 58, 685-732, 1978.

SCHEPPELE Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, ss. 545-583, 2018.

SCHRECKER Ellen, *Many are the Crimes: MvCarthyism in America*, New York: Little, Brown and Company, 1998.

SEDLER Robert A., "Self-Censorship and the First Amendment", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 25, ss. 13-45, 2011.

SEDLER Robert A., "The "Law of the First Amendment" Revisited", *58 Wayne Law Review*, 1003, ss. 1003-1086, 2013.

SENNET Richard, *Otorite*, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 4. Baskı, 2014.

SEVER Dilşad Çiğdem, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi*, ss. 243-258, 2018.

SIEGEL Jonathan R., "Chilling Injuries as a Basis for Standing", *The Yale Law Journal*, Vol. 98, No. 5, ss. 905-924, 1989.

SIMMEL Georg, "Tahakküm", Çev. Serkan Gölbaşı, *İÜHFM*, C. LXII, S. 1-2, ss. 489-514, 2004.

SPIGELMAN James, "The Forgotten Freedom: Freedom From Fear", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 3, ss. 543-570, 2010.

SPINOZA Baruch, *Teolojik – Politik İnceleme*, Çev. Cemal Bâli Akal, Reyda Ergün, Ankara: Dost Kitabevi, 4. Baskı, 2016.

STABEN J., *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung: Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Mohr Siebeck GmbH and Co. KG, 2016.

STONE Geoffrey R., "The Origins of the "Bad Tendency" Test: Free Speech in Wartime", *The Supreme Court Review*, ss. 411–453, 2002.

STORRS Landon R.Y., *The Second Red Scare and the Unmaking of the New Deal Left*, New Jersey: Princeton University Press, 2013.

SÜNGÜ Fatih, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında "Chilling Effect" Kavramı", *İnsan Hakları Yıllığı Cilt 39*, 2021.

ŞİRİN Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.

ŞİRİN Tolga, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 1, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020.

ŞİRİN Tolga, Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı- 2, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021.

TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul: BDS Yayınları, [t.y.].

TAŞTAN Nejat, TÜYSÜZ Nur, ORAL Pelin, “Toplantı ve Gösteri Hakkı İzleme Raporu 2017”, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de, Democracy in America, Vol 1, Çev. Henry Reeve, New York: Alfred A. Knopf, 2003.

TOWNEND Judith, “Freedom of Expression and Chilling Effect”, in: Howard Tumber, Silvio Waisbord (Ed.), The Routledge Companion to Media and Human Rights, Routledge, ss. 73-82, 2017.

ÜLGEN Özen, “Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

VELARDI A., WILLIS R., POMINI V., “Fear And Anxiety In Psychiatric Disorders, Cognitive-Behavioral Concepts And Treatments”, in: Psychology Of Fear, Ed. Allen D. Gervaise, New York: Nova Science Publishers, ss. 113- 151, 2013.

WALDMAN Thomas A., "Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation," UCLA Law Review, Vol 39, No. 4, ss. 979-1054, 1992.

WEBER Max, Bürokrasi ve Otorite, Çev. H. Bahadır Akın, Ankara: Adres Yayınları, 2005.

WEBER Max, Ekonomi & Toplum, 2. Cilt, İstanbul: Yarı Yayınları, 2012.

WON Yoomin, “How Dare You! A Comparative Analysis of Constitutional Court Decisions Regarding Insult Laws in Mexico and South Korea”, Mexican Law Review, Vol. 13, No. 1, 2020.

YASSKY David S., “Eras of the First Amendment”, Columbia Law Review, Vol. 91, ss. 1699-1755, 1991.

YETİŞ Mehmet, “Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum”, AÜSBF Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri, No: 87, 2005.

YILDIRIM İbrahim, Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Beta Yayınları, 4. Baskı, 2015.

ZIMRING Franklin E., HAWKINS Gordon J., Deterrence: The Legal Threat in Crime Control, Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

ZOLLER Elizabeth, "The United States Supreme Court and the Freedom of Expression", Indiana Law Journal, Vol. 84, ss. 885- 916, 2007.

ZWEIG Stefan, Korku, Çev. İlknur İgan, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, 2015.

ZWEIG Stefan, Vicdan Zorbalığa Karşı, Çev. Zehra Kurttekin, İstanbul: Can Yayınları, 9. Baskı, 2017.

İNTERNET KAYNAKLARI

2021 World Press Freedom Index, <https://rsf.org/en/ranking/2021>, Erişim Tarihi: 14.12.2021.

http://homepages.gac.edu/~arosenth/395/Smith_Act_of_1940.pdf, Erişim Tarihi: 16.10.2021.

<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, Erişim Tarihi: 24.06.2022.

<http://www.van.gov.tr/21112022-tarihli-yasaklama-karari-1>, Erişim Tarihi: 21.11.2022.

<https://www.britannica.com/topic/Arrow-Cross-Party>, Erişim Tarihi: 09.12.2021.

<https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection>, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

<https://artigercek.com/yazarlar/baskinoran/en-alasindan-sansur-pistirici-etki>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

<https://baskinoran.com/makale/Birikim-IHDKRaporununOykusu.pdf>, Erişim Tarihi: 06.09.2022.

<https://bianet.org/1/19/254729-sokak-roportaji-yapan-3-youtuber-a-ev-hapsi>, Erişim Tarihi: 25.09.2022.

<https://bianet.org/bianet/medya/256364-haberciden-ozgurluk-mucadelesi-yargidan-umut-isigi>, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

<https://bianet.org/bianet/toplum/171090-davutoglu-akademisyenlerin-bildirisinden-hicap-duydum>, Erişim Tarihi: 10.11.2022; <https://www.diken.com.tr/feyzioglu-akademisyenlere-karsi-erdoganin-izinde-sozde-aydinlarin-kalintilari/>, Erişim Tarihi: 10.11.2022.

<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf> , Erişim Tarihi: 05.10.2021.

https://cpj.org/data/killed/2021/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=2021&end_year=2021&group_by=location, Erişim Tarihi: 13.12.2021.

<https://cpj.org/data/killed/europe/turkey/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&motiveUnconfirmed%5B%5D=Unconfirmed&type%5B%5D=Journalist>

st&type%5B%5D=Media%20Worker&cc_fips%5B%5D=TU&start_year=1992&end_year=2022&group_by=location, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

<https://cpj.org/tr/reports/2021/12/parmakliklar-ardindaki-gazetecilerin-sayisinda-dunya-capinda-artist-var/>, Erişim Tarihi: 13.12.2021.

<https://diclefiratgazeteciler.org/haberler/gazeteci-metin-cihanin-yargilandigi-dava-goruldu>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/slapp_comparative_study.pdf, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

<https://expressioninterrupted.com/tr/pelin-unker/> Erişim Tarihi: 30.11.2021.

<https://expressioninterrupted.com/tr/prof-dr-kayihan-pala-savunmasini-verdi/>, 22.07.2020, Erişim Tarihi: 07.09.2022.

<https://faculty.umd.edu/main/leadership-development/academic-freedom-and-free-speech#:~:text=In%20general%2C%20academic%20freedom%20is,others%20witho,ut%20fear%20of%20retribution.>, Erişim Tarihi: 02.09.2022.

<https://history.hanover.edu/courses/excerpts/111debs.html>, Erişim Tarihi: 13.02.2022.

<https://ifex.org/turkey-slapp-lawsuit-filed-against-academic-yaman-akdeniz-over-paradise-papers-tweet/>, Erişim Tarihi: 30.11.2021.

<https://indconlawphil.wordpress.com/category/free-speech/chilling-effect/>, Erişim Tarihi: 13.09.2022.

<https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/americas-involvement-world-war-i/espionage>, Erişim Tarihi: 02.06.2021.

<https://ipi.media/qa-the-abuse-of-libel-laws-in-malta/>, Erişim Tarihi: 14.03.2022.

<https://m.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/238206-mehmet-cengiz-in-cumhuriyet-ten-tazminat-istemine-ret#:~:text=Cengiz%27in%20gazetecilere%20yönelik%20‘basın,Asliye%20Hukuk%20Mahkemesi%27nde%20görüldü>, 26 Ocak 2021, Erişim Tarihi: 01.12.2021.

<https://news.google.com/newspapers?nid=1300&dat=19530520&id=5bQUAAAAIBAJ&sjid=TMMDAAAIBAJ&pg=7018,2228857>, Erişim Tarihi: 01.07.2021.

<https://susma24.com/sansur-nasil-isler/>, Erişim Tarihi: 10.06.2022.

<https://t24.com.tr/haber/baris-icin-akademisyenlerin-1128-imzayla-acikladigi-bildirinin-tam-metni,324471>, Erişim Tarihi: 08.12.2021.

<https://t24.com.tr/yazarlar/murat-sabuncu/silivri-soguktur-diye-basladi-her-sey-simdi-memleket-buz-kesti,38616>, Erişim Tarihi: 09.02.2023.

<https://t24.com.tr/yazarlar/oza-baydar/silivri-soguktur-hele-de-ciplaksaniz>, 29181, Erişim Tarihi: 25.10.2021.

<https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2021/05/EK-2-Tablo-9-Tazminat-Yarg%C4%B1lamalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2023.

<https://time.com/collection/davos-2019/5502592/china-social-credit-score/>, Erişim Tarihi: 20.01.2023.

<https://tr.sputniknews.com/20160124/erdogan-baris-icin-akademisyenler-kilicdaroglu-1020407927.html>, Erişim Tarihi: 06.12.2021.

[https://trends.google.com/trends/explore?date=today%205y&geo=TR&q=\"silivri%20soğuktur](https://trends.google.com/trends/explore?date=today%205y&geo=TR&q=\), Erişim Tarihi: 23.07.2022.

<https://twitter.com/sahmetsahmet/status/1380589744300695563>, Erişim Tarihi: 23.7.2022.

<https://wwdw.youtube.com/watch?v=HVSgv5-oENg>, 5:42-9:24, 30.09.2021, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

<https://www.amnesty.org.tr/icerik/beyzakural>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/07/the-pegasus-project-2/>, 19.07.2021, Erişim Tarihi: 20.01.2023.

<https://www.archives.gov/exhibits/documented-rights/exhibit/section4/detail/heed-rising-voices-transcript.html>, Erişim Tarihi: 30.11.2021.

<https://www.balcanicaucaso.org/eng/Areas/Croatia/Croatia-and-Italy-the-chilling-effect-of-strategic-lawsuits-197339>, Erişim Tarihi: 20.11.2022.

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/kamuoyuna-82284>, Erişim Tarihi: 25.09.2022.

https://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/01/160111_erdogan_akademisyen_aciklama, Erişim Tarihi: 06.12.2021.

<https://www.bostonglobe.com/magazine/2016/02/04/how-red-scare-destroyed-small-town-teacher/OyzaMTrsxMsx54liP1YX9I/story.html>, Erişim Tarihi: 04.02.2022.

<https://www.britannica.com/topic/McCarthyism>, Erişim Tarihi: 15.06.2021.
<https://news.google.com/newspapers?nid=1144&dat=19500211&id=clwbAAAAIIBAJ&sjid=S00EAAAAIIBAJ&pg=1386,3885095>, Erişim Tarihi: 10.07.2021.

<https://www.britannica.com/topic/Palmer-Raids>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

<https://www.clydeco.com/en/insights/2021/09/south-africa-wrongfulness-the-chilling-effect-and>, 2 Eylül 2021, Erişim Tarihi: 13.09.2022.

<https://www.clydeco.com/en/insights/2021/09/south-africa-wrongfulness-the-chilling-effect-and>, Erişim Tarihi: 13.09.2022.

<https://www.coe.int/en/web/human-rights-channel/end-impunity-for-crimes-against-journalists>, Erişim Tarihi: 14.12.2021.

https://www.constituteproject.org/constitution/Peoples_Republic_of_Korea_2016.pdf?lang=en, Erişim Tarihi: 24.06.2022.

https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=3903, Erişim Tarihi: 21.09.2021.

<https://www.diken.com.tr/bayburt-grupun-tokerle-sinavi-cumhuriyet-yazarina-1-5-milyon-liralik-bir-dava-daha/>, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf, Erişim Tarihi: 27.07.2022.

<https://www.evrensel.net/yazi/91276/kahraman-istemezok>, Erişim Tarihi: 23.07.2022.

<https://www.frontlinedefenders.org/tr/case/judicial-harassment-academic-bulent-sik>, Erişim Tarihi: 07.09.2022.

<https://www.gazeteduvar.com.tr/gazeteci-abdurrahman-goke-hapis-cezasi-haber-1571541>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

<https://www.gazeteduvar.com.tr/ozgur-gundem-davasinda-21-yil-hapis-cezasi-haber-1513371>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

<https://www.gppi.net/2021/03/11/free-universities>, Erişim Tarihi: 05.09.2022.

<https://www.history.com/this-day-in-history/mccarthy-charges-that-owen-lattimore-is-a-soviet-spy>, Erişim Tarihi: 15.07.2021.

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf> , Erişim Tarihi: 25.01.2022.

<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/gazeteciye-1-5-milyon-liralik-dava-40711022>, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

<https://www.law.cornell.edu/world>, Erişim Tarihi: 11.11.2021.

<https://www.mlsaturkey.com/tr/altan-sancar-yolsuzluk-haberlerinin-bedeli-silahli-tehditler-ve-cezasizlik/>, Erişim Tarihi: 29.09.2022.

<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1045/espionage-act-of-1917>, Erişim Tarihi: 31.05.2021.

<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/815/house-un-american-activities-committee>, Erişim Tarihi: 13.07.2021.

<https://www.nytimes.com/1990/06/13/nyregion/most-papers-won-t-name-the-jogger.html>, Erişim Tarihi: 03.03.2022.

<https://www.nytimes.com/2020/11/04/opinion/new-york-slapp-lawsuits.html>, Erişim Tarihi: 22.11.2021.

<https://www.ontario.ca/laws/statute/S15023>, Erişim Tarihi: 22.08.2022.

<https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2020/11/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2021.

<https://www.sessizkalma.org/en/defender/solidarity-ozgur-gundem-case>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

<https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/ali-babacandan-silivri-soguktur-gondermesi-6733440/>, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

<https://www.theguardian.com/world/2021/jul/18/revealed-leak-uncovers-global-abuse-of-cyber-surveillance-weapon-nso-group-pegasus>, 18.07.2021, Erişim Tarihi: 20.01.2023.

<https://www.theguardian.com/world/2021/may/25/hes-always-taking-risks-how-raman-pratasevich-lives-life-on-the-frontline>, Erişim Tarihi: 13.12.2021.

<https://www.trumanlibrary.gov/education/presidential-inquiries/house-un-american-activities-committee>, Erişim Tarihi: 10.07.2021.

<https://www.veripie.com.tr/2021/02/02/akademik-ozgurluk-endeksine-gore-turkiye-144-ulke-arasinda-135-sirada/>, Erişim Tarihi: 05.09.2022.

<https://www.wusgermany.de/sites/wusgermany.de/files/userfiles/WUS-Internationales/wus-lima-englisch.pdf>, Erişim Tarihi: 02.09.2022.

https://www.youtube.com/watch?v=E_eN7fBi4DY, 28.03.2018, Erişim Tarihi: 21.02.2022.

<https://www.youtube.com/watch?v=qDJmj5LpvP4>, Erişim Tarihi: 24.01.2023.

SÖZLÜKLER

Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

Collins Dictionary, <https://www.collinsdictionary.com/>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

Kubbealtı Lugati, <http://lugatim.com/>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

Lexico, <https://www.lexico.com>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

Macmillan Dictionary, <https://www.macmillandictionary.com/>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

Oxford Learner's Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

The Britannica Dictionary, <https://www.britannica.com/dictionary>, Erişim Tarihi: 16.07.2022.

RAPORLAR

“2020 Rule of Law Report: The Rule of Law Situation in the European Union”, European Commission, Brussels, COM(2020) 580, 2020.

“Criminalization of Human Rights Defenders”, Inter-American Commission On Human Rights, 2015.

“Gençlerin İnsan Hakları Algısı: Kamuoyu Araştırması”, Konda & Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2022.

“Hakları Savunucularının Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler”, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, 2016.

“Human Rights Lawyers Become “Endangered Species” in Turkey”, 23 Ocak 2021, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/01/human-rights-lawyers-become-endangered-species-in-turkey/>, Erişim Tarihi: 27.10.2022.

“İnsan Hakları Derneği Hapishaneler ve Mahpuslar Algı Araştırması”, Konda, 2021.

“Ortak Açıklama: 2020 – Sivil Toplum ve Hak Savunucuları İçin Zor Bir Yıl Daha”, Eşit Hakları İzleme Derneği, 17.12.2020.

“Sürekli OHAL: Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik Saldırı ve Sivil Topluma Yansımaları”, Çev. Osman İşçi, FIDH/OMCT İnsan Hakları Savunucularının Korunması için Gözlemevi, 2020.

“Türkiye’de Avukatlar ve Adil Yargılanma Hakkı Saldırı Altında”, Human Rights Watch, 2019.

AB Ülke Raporu, Türkiye 2022, 12.10.2022, https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/trkiye_report_2022.pdf, Erişim Tarihi: 24.10.2022.

ALTINTAŞ Barış, TAHİNCİOĞLU Gökçer, “Yargının Namlusu Gazetecilere Doğrulduğunda SLAPP davaları: Muktedir Gazeteciye Karşı”, Justice for Journalists Foundation (JFJ) & Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği (MLSA), 2022.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 23, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 03.08.2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, https://echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, 2022, s. 71-79, Erişim Tarihi: 15.01.2023.

Avrupa Komisyonu Bakanlar Meclisi Tavsiye Kararı, Freedom of Exercise of the Profession of Lawyer, Recommendation No. R(2000)21, 25.10.2000.

Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair İlkeler Rehberi, 07.09.1990, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/savcirolukilavuz.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2022.

CommDH(2011)25, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 27 - 29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben hazırladığı Rapor”, 12.07.2011.

Commissioner for Human Rights, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey Strasbourg, CommDH(2017)5, 15.02.2017.

Council Of Europe Committee Of Ministers, Recommendation No. R (2000) 7, 08.03.2000.

Day Of The Endangered Lawyer, Solidarity with Turkish Lawyers, Basic Report, <https://eldh.eu/wp-content/uploads/2018/11/Basic-Report-Turkey2019.pdf>, 24.01.2019, Erişim Tarihi: 24.10.2022.

FIDH/OMCT İnsan Hakları Savunucularının Korunması için Gözlemevi, “Sürekli OHAL: Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Özgürlüğüne Yönelik Saldırı ve Sivil Topluma Yansımaları”, Çev. Osman İşçi, 2020.

Front Line Defenders: Global Analysis, 2021, s. 8, https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/2021_global_analysis_-_final.pdf, Erişim Tarihi: 17.12.2022.

Hâkim ifade özgürlüğüne ilişkin Birleşmiş Milletler belgesi için bkz.: Yargının Tarafsızlığına İlişkin Temel Prensipler, 06.09.1985, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/yargibagimsizligihakkindabmtemelilkeleri.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2022.

HIRSCHFELDT Johan, KRECA Milenko, GRABENWARTER Christoph, Hakimlerin İfade Özgürlüğü Üzerine Rapor, Venedik Komisyonu, 19-20 Haziran 2015, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)018-e), Erişim Tarihi: 20.10.2022.

<https://www.esithaklar.org/2020/12/ortak-aciklama-2020-sivil-toplum-ve-hak-savunuculari-icin-zor-bir-yil-daha/>, Erişim Tarihi: 16.12.2022.

İnsan Hakları Savunucularının Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, 2016.

KİNSELBACH Katrin, SALİBA İlyas, SPANNAGEL Janika, QUINN Robert, “Free Universities: Putting the Academic Freedom Index Into Action”, Global Public Policy Institute, 2020.

MIJATOVIĆ Dunja, 1-5 Temmuz 2019 Türkiye Ziyaretini Müteakip Rapor, CommDH(2020)1, 19.02.2020.

PECH Laurent, “The Concept of Chilling Effect: Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, The Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU”, Open Society European Policy Institute, 2021.

Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, 13.04.2016.

SAYINTA Demet, “OHAL Sonrası Akademik Özgürlük İhlallerini İzleme Raporu”, İnsan Hakları Okulu, 2021.

ŞAHİN Ülkü, COŞKUN İlyas, “2021-2022 Basın Özgürlüğü Raporu”, Türkiye Gazeteciler Sendikası, 03.05.2022, <https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2022/05/TGS-Basin-Ozgurlugu-Raporu-2022.pdf>, Erişim Tarihi: 12.10.2022.

TAŞTAN İnan Özdemir, ÖRDEK Aydın, Türkiye’de Akademik Özgürlükler Araştırması Raporu, KAGED, 2019.

The European Commission, Rule of Law Report – The Rule of Law Situation in the European Union, 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en, Erişim Tarihi: 25.07.2022.

Türkiye Yayıncılar Birliği, “Yayınlama Özgürlüğü Raporu”, Ekim 2019-Kasım 2020, <https://turkyaybir.org.tr/wp-content/uploads/2021/03/Yayinlama-Ozgurlugu-Raporu-2020-1.pdf>, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

UN Basic Principles on the Role of Lawyers, 07.09.1990, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers>, Erişim Tarihi: 27.10.2022.

UNESCO Yüksek Öğretim Akademik Personelin Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı, 11.11.1997, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/Yukse%20Ogretim%20Tavsiye.pdf>, Çev. Kerem Altıparmak, Koray Karasu, Ersin Embel, Hasan Sayim Vural, Sarp Balcı, Erişim Tarihi: 08.09.2022.

YETİM Emre, “Türkiye’de Görsel İşitsel ve Sahne Sanatları Alanında Çalışanların Sansür Algısı Anketi Sonuç Raporu: 2020 Yılı Örneği”, Oyuncular Sendikası & Çağdaş Sinema Oyuncuları Derneği, 2021.

MAHKEME KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, 2015/14340, 12.11.2019.

AYM, Ahmet Hüsrev Altan Başvurusu, 2016/23668, 03.05.2019.

AYM, Ahmet Kadri Gürsel Başvurusu [GK], 2016/50978, 02.05.2019.

AYM, Ahmet Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/10265, 10.01.2018.

AYM, Ahmet Şık Başvurusu, 2017/5375, 02.05.2019.

- AYM, Akın Atalay Başvurusu, 2016/50970, 02.05.2019.
- AYM, Ali Bulaç Başvurusu [GK], 2017/6592, 03.05.2019.
- AYM, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3924, 06.01.2015.
- AYM, Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), 2013/8598, 02.07.2015.
- AYM, Ali Sarıpınar Başvurusu (2), 2013/6186, 09.03.2016.
- AYM, Arifhan Mehmet Kızılyalın Başvurusu, 2016/9398, 14.09.2021.
- AYM, Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu, 2016/1635, 05.07.2022.
- AYM, Ayşe Hülya Potur Başvurusu, 2013/8479, 06.02.2014.
- AYM, Baskın Oran Başvurusu, 2014/4645, 18.04.2018.
- AYM, Candaş Kat Başvurusu, 2015/18467, 19.11.2019.
- AYM, Celal Mezarıcı ve Diğerleri Başvurusu, 2014/12781, 10.12.2019.
- AYM, Dursun Soydan ve Diğerleri Başvurusu, 2015/2948, 14.11.2018.
- AYM, Emin Aydın Başvurusu, 2013/2602, 23.01.2014.
- AYM, Erdal Karadaş Başvurusu, 2017/22700, 28.5.2019.
- AYM, Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu, 2015/18567, 25.02.2016.
- AYM, Ergün Poyraz (2) Başvurusu, 2013/8503, 27.10.2015.
- AYM, Estetik Yayıncılık A.Ş. Başvurusu (2), 2017/30591, 13.01.2021.
- AYM, Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu [GK], 2017/15845, 21.01.2021
- AYM, Hacı Boğatekin Başvurusu (2), 2014/12162, 21.11.2017.
- AYM, Halit Basık Başvurusu, 2016/12037, 18.05.2021.
- AYM, Hanifi Biçimli Başvurusu, 2013/6909, 24.2.2021.
- AYM, Hayriye Özde Çelikkilek Başvurusu, 2016/13542, 24.10.2019.
- AYM, Hüsni Mahalli Başvurusu, 2017/4934, 18.11.2020.
- AYM, İbrahim Özden Kaboğlu Başvurusu, 2015/18503, 30.05.2019.
- AYM, İhsan Uğraş Başvurusu, 2015/5365, 03.04.2019.
- AYM, İlker Deniz Yücel Başvurusu, 2017/16589, 28.05.2019.
- AYM, Keleş Öztürk Başvurusu, 2014/15001, 27.12.2017.
- AYM, Kenan Gül Başvurusu, 2015/17892, 19.02.2019.

- AYM, Mehmet Ali Aydın Başvurusu, 2013/9343, 04.06.2015.
- AYM, Mehmet Osman Kavala Başvurusu (2), 2020/13893, 29.12.2020.
- AYM, Murat Aksoy Başvurusu, 2016/30112, 02.05.2019.
- AYM, Mustafa Demiraydin Başvurusu, 2015/1051, 21.03.2019.
- AYM, Mümtazer Türköne Başvurusu, 2017/17839, 27/11/2019.
- AYM, Onur Doğanay Başvurusu, 2013/1977, 09.01.2014.
- AYM, Orhan Pala Başvurusu, 2014/2983, Karar Tarihi: 15.02.2017.
- AYM, Osman Baydemir Başvurusu, 2018/24509, 15.09.2021.
- AYM, Osman Erbil Başvurusu, 2013/2394, 25.03.2015.
- AYM, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, 2019/10634, Karar Tarihi: 01.07.2021.
- AYM, Önder Balıkçı Başvurusu, 2014/6009, 15.02.2017.
- AYM, Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu (2), 2015/2461, 30.10.2018.
- AYM, Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, 2014/17391, 19.04.2018.
- AYM, Safure Güneş Başvurusu, 2016/24905, 08.09.2020.
- AYM, Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, 2016/5116, Karar Tarihi: 18.06.2020.
- AYM, Selahattin Demirtaş (9) Başvurusu, 2017/28948, 15.06.2021.
- AYM, Selahattin Demirtaş Başvurusu (10), 2017/39885, 30.03.2022.
- AYM, Selçuk Kozağaçlı Başvurusu, 2014/10715, 10.01.2018.
- AYM, Serkan Kanak Başvurusu, 2014/1263, 06.01.2015.
- AYM, Sinem Hun Başvurusu, 2013/5356, 08.05.2014.
- AYM, Tansel Çölaşan Başvurusu, 2014/6128, 07.07.2015.
- AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, 2013/8463, 18.9.2014.
- AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.
- AYM, Tuncay Öcalan ve Dilber Yener Başvurusu, 2016/14273, 07.04.2021.
- AYM, Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri Başvurusu, 2017/22355, 26.12.2019.
- AYM, Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, 2017/32534, 21.01.2021.
- AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Cumhuriyet Vakfı Başvurusu, 2014/11876, 27.12.2017.

AYM, Zeki Kaya Başvurusu, 2016/1264, 24.03.2021.

AYM, Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Başvurusu, 2018/17635, 26.07.2019.

AYM, E. 1963/197, K. 1963/166, T. 26.06.1963.

AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, T. 01.03.1985.

AYM, E. 2005/5, K. 2008/93, T. 17.04.2008.

AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013.

AYM, E. 2013/99, K. 2014/61, T. 27.03.2014.

AYM, E. 2014/77, K. 2014/202, T. 25.12.2014.

AYM, E. 2015/41 K. 2017/98, T. 04.05.2017.

AYM, E.1976/1, K.1976/28, T. 25.05.1976.

AYM, E.2009/21, K. 2011/16, T. 13.01.2011.

AYM, E.2009/51, K. 2010/73, T. 20.5.2010.

AYM, E.2010/69, K.2011/116, T. 07.07.2011.

AYM, E.2011/18, K.2012/53, T. 11.04.2012.

AYM, E.2011/62, K.2012/2, T. 12.01.2012.

AYM, E.2018/73, K.2019/65, T. 24.07.2019.

AYM, E.2018/73, K.2019/65, T. 24.07.2019.

AYM, E.2020/53, K.2021/55, T. 14.07.2021.

AYM, E.2021/121, K.2022/88, T. 20.07.2022.

YARGITAY KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.07.2006.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM, A, B ve C v. İrlanda, 25579/05, 16.12.2010.

AİHM, Akarsubaşı v. Türkiye, 70396/11, 21.07.2015.

AİHM, Aktan v. Türkiye, 20863/02, 23.09.2008.

AİHM, Ali Gürbüz v. Türkiye, 52497/08 ve 6 diğer başvuru, 12.03.2019.

- AİHM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011.
- AİHM, Amihalachioaie v. Moldova 60115/00, 20.04.2004.
- AİHM, Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan, 2204/11, 16.12.2010.
- AİHM, Bączkowski and Others v. Polonya, 1543/06, 03.05.2007.
- AİHM, Bagirov v. Azerbaijan, 81024/12 ve 28198/15, 25.06.2020.
- AİHM, Baka v. Macaristan, 20261/12, 23.06.2016.
- AİHM, Balçık ve Diğerleri v. Türkiye, 25/02, 29.11.2007.
- AİHM, Bayev ve Diğerleri v. Rusya, 67667/09, 20.06.2017.
- AİHM, Becker v. Norveç, 21272/12, 05.10.2017.
- AİHM, Béláné Nagy v. Macaristan, 53080/13, 13.12.2016.
- AİHM, Belpietro v. İtalya, 43612/10, 24.09.2013.
- AİHM, Bitiyeva ve X v. Rusya, 57953/00, 37392/03, 21.07.2007.
- AİHM, Bono v. Fransa, 29024/11, 15.12.2015.
- AİHM, Christian Democratic People's Party v. Moldova, 28793/02, 14.02.2006.
- AİHM, Cotleț v. Romanya, 38565/97, 03.06.2003.
- AİHM, Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye, 28255/07, 8.10.2013.
- AİHM, Demiryolu Mühendisleri ve İtfaiyeciler Birliği (ASLEF) v. Birleşik Krallık, 11002/05, 27.02.2007.
- AİHM, Dilipak v. Türkiye, 29680/05, 15.09.2015.
- AİHM, Dilipak v. Türkiye, 29680/05, 15.09.2015.
- AİHM, Dink v. Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010.
- AİHM, Dubská ve Krejzová v. Çek Cumhuriyeti, 28859/11 28473/12, 15.11.2016.
- AİHM, Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, 23145/93 25091/94, 13.11.2003.
- AİHM, Eminağaoğlu v. Türkiye, 76521/12, 09.03.2021.
- AİHM, Eon v. Fransa, 26118/10, 14.03.2013.
- AİHM, Éva Molnár v. Macaristan, 10346/05, 07.10.2008.
- AİHM, Fatullayev v. Azerbaijan, 40984/07, 22.04.2010.
- AİHM, Fedotova v. Rusya, 73225/01, 13.04.2006.

- AİHM, Financial Times LTD ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 821/03, 15.12.2009.
- AİHM, Frumkin v. Rusya, 74568/12, 05.01.2016.
- AİHM, Goodwin v. Birleşik Krallık, 17488/90, 27.03.1996.
- AİHM, Görkan v. Türkiye, Başvuru No: 13002/05, Karar Tarihi: 16 Mart 2010.
- AİHM, Görmüş ve Diğerleri v. Türkiye, 49085/07, 19.01.2016.
- AİHM, Hajibeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, 6477/08 ve 10414/08, 19.04.2018
- AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976.
- AİHM, Huseynova v. Azerbaycan, 10653/10, 13.04.2017.
- AİHM, Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü ve Ivanov v. Bulgaristan, 44079/98, 20.10.2005.
- AİHM, Independent Newspapers (Ireland) Limited v. İrlanda, 28199/15, 15.06.2017.
- AİHM, Işıkırık v. Türkiye, 41226/09, 14.11.2017.
- AİHM, Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan, 42461/13 ve 44357/13, 17.05.2016.
- AİHM, Karaçay v. Türkiye, 6615/03, 27.03.2007.
- AİHM, Karpyuk ve Diğerleri v. Ukrayna, 30582/04 ve 32152/04, 08.10.2015.
- AİHM, Kasparov ve Diğerleri v. Rusya, 21613/07, 03.01.2013.
- AİHM, Kavala v. Türkiye, 28749/18, 10.12.2019.
- AİHM, Kaya ve Seyhan v. Türkiye, 30946/04, 15.09.2009.
- AİHM, Kayasu v. Türkiye, 64119/00 76292/01, 13.11.2008.
- AİHM, Korostelev v. Rusya, 29290/10, 12.05.2020.
- AİHM, Kozan v. Türkiye, 16695/19, 01.03.2022.
- AİHM, Kövesi v. Romanya, 3594/19, 05.05.2020.
- AİHM, Kudeshkina v. Rusya, 29492/05, 26.02.2009.
- AİHM, Kula v. Türkiye, 20233/06, 19.06.2018.
- AİHM, Kyprianou v. Kıbrıs, 73797/01, 15.12.2005.
- AİHM, Ladygin v. Rusya, 35365/05, 30.08.2011.
- AİHM, Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July v. Fransa, 21279/02, 36448/02, 22.10.2007.
- AİHM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 08.07.1986.

- AİHM, Magyar Jeti Zrt v. Macaristan, 11257/16, 04.12.2018.
- AİHM, Mammadov ve Abbasov v. Azerbaycan, 1172/12, 08.07.2021.
- AİHM, Margulev v. Rusya, Başvuru No: 15449/09, 08.10.2019.
- AİHM, Matasaru v. Moldova Cumhuriyeti, 69714/16 ve 71685/16, 15.01.2019.
- AİHM, Mechenkov v. Rusya, 35421/05, 07.02.2008.
- AİHM, Merabishvili v. Gürcistan, 72508/13, 28.11.2017.
- AİHM, Michaud v. Fransa, 12323/11, 06.12.2012.
- AİHM, Mor v. Fransa, 28198/09, 15.12.2011.
- AİHM, Morice v. Fransa, 29369/10, 23.04.2015.
- AİHM, Mosley v. Birleşik Krallık, 48009/08, 10.05.2011.
- AİHM, Mustafa Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye, 346/04, 39779/04, 27.05.2014.
- AİHM, Nagla v. Letonya, 73469/10, 16.07.2013.
- AİHM, Navalnyy v. Rusya, 29580/12, 15.11.2018.
- AİHM, Navalnyy ve Gunko v. Rusya, 75186/12, 10.11.2020.
- AİHM, Nemtsov v. Rusya, 1774/11, 31.07.2014.
- AİHM, Nikula v. Finlandiya, 31611/96, 21.03.2002.
- AİHM, Nikula v. Finlandiya, 31611/96, 21.03.2002.
- AİHM, Nordisk Film & Tv A/S v. Danimarka, 40485/02, 08.12.2005.
- AİHM, Nurettin Aldemir ve Diğerleri v. Türkiye, 32124/02, 32126/02 ve diğer başvurular, 18.12.2007.
- AİHM, Oberschlick v. Avusturya, 11662/85, 23.05.1991.
- AİHM, Ognevenko v. Rusya, 44873/09, 20.11.2018.
- AİHM, Öğrü v. Türkiye, 19631/12, 17.10.2017.
- AİHM, Ömür Çağdaş Ersoy v. Türkiye, 19165/19, 15.06.2021.
- AİHM, Özgür Gündem v. Türkiye, 23144/93, 16.03.2000.
- AİHM, Pais Pires de Lima v. Portekiz, 70465/12, 12.02.2019.
- AİHM, Panioglu v. Romanya, 33794/14, 08.12.2020.
- AİHM, Patyi v. Macaristan, 35127/08, 17.01.2012.

AİHM, Pedersen ve Basgaard v. Danimarka, 49017/99, 17.12.2004.

AİHM, Rasul Jafarov v. Azerbaycan, 69981/14, 17.03.2016.

AİHM, Roemen and Schmit v. Lüksemburg, 51772/99, 25.02.2003.

AİHM, Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye, 23199/17, 10.11.2020.

AİHM, Sanoma Uitgevers B.V. v. Hollanda, 38224/03, 14.09.2010.

AİHM, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft ve Diğerleri v. İsviçre, 68995/13, 12.11.2019.

AİHM, Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 24838/94, 23.09.1998.

AİHM, Steur v. Hollanda, 39657/98, 28.10.2003.

AİHM, Sylka v. Polonya, 19219/07, 03.06.2014.

AİHM, Şahin Alpay v. Türkiye, 16538/17, 20.03.2018.

AİHM, Şık v. Türkiye (No. 2), 36493/17, 24.11.2020.

AİHM, Taranenko v. Rusya, 19554/05, 15.05.2014.

AİHM, Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda, 13778/88, 25.06.1992.

AİHM, Tillack v. Belçika, 20477/05, 27.11.2007.

AİHM, Times Newspapers LTD v. Birleşik Krallık (No. 1 ve 2), 2002/03 23676/03, 10.03.2009.

AİHM, Trade Union Of The Police In The Slovak Republic ve Diğerleri v. Slovakya, 11828/08, 25.09.2012.

AİHM, Vajnai v. Macaristan, 33629/06, 08.07.2008.

AİHM, Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan, 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013.

AİHM, Voskuil v. Hollanda, 64752/01, 22.11.2007.

AİHM, Wille v. Lihtenştayn, 28396/95, 28.10.1999.

AMERİKAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

Ashwander v. Tennessee Valley Auth., 297 U.S. 288 (1936).

Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360, 372 (1964).

Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941).

Broadrick v. Oklahoma 413 U.S. 601 (1973).

Carmichael v. Allen, 267 F. Supp. 985 (N.D. Ga. 1967).

Debs v. United States, 249 US 211 (1919).

Dombrowski v. Pfister, 380 US 479 (1965).

Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965).

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

George Firth, v. State of New York, NY Int. 88, July 2, 2002.

Gibson v. Florida Legislative Investigation Comm., 372 U.S. 539 (1963).

Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972).

Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965).

Murray v. Chagrin Valley Publishing Co., 2014-Ohio-5442.

NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).

Thornhill v. Alabama 310 U.S. 88 (1940).

Times Film Corp. v. City of Chicago, 365 U.S. 43 (1961).

Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

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

Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

KANADA YÜKSEK MAHKEMESİ

Supreme Court of Canada, 1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association, 2020 SCC 22, 10.09.2020.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : DİDEM TOMBUL
Tez Başlığı : İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE CAYDIRICI ETKİ
Savunma Tarihi : 14.02.2023
Danışmanı : DOÇ. DR. ÖZEN ÜLGEN ADADAĞ

JÜRİ ÜYELERİ

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

Dr. Öğr. Üyesi Serkan KÖYBAŞI

Prof. Dr. Ulun Akturan

Enstitü Müdürü