

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

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETİN TAKDİR
MARJİ

TEZİ YAZAN
Nilay SOYDAN

Danışman: Dr.Öğr. Üyesi Sami DOĞRU

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi)

Jüri Üyesi: Dr.Öğr. Üyesi Mustafa OKŞAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

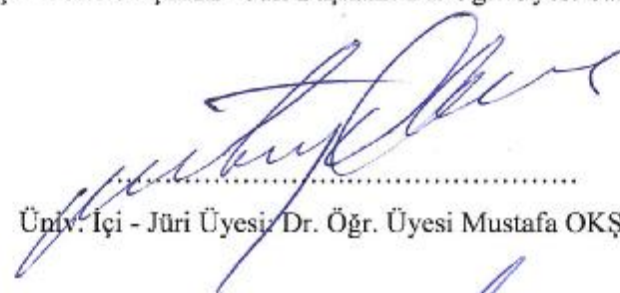
MERSİN / EYLÜL 2018

ONAY

T.C
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ' NE

20162031 numaralı öğrencimiz olan Nilay SOYDAN tarafından hazırlanan “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Devletin Takdir Marjı” başlıklı bu tez çalışması jürilerimiz tarafından oy birliği ile Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.


Üniv. İçi - Tez Danışmanı - Jüri Başkanı: Dr. Öğr. Üyesi Sami DOĞRU


Üniv. İçi - Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKŞAR


Üniv. Dışı - Jüri Üyesi: Doç. Dr. Nedim MERİÇ
(Antalya Akdeniz Üniversitesi)

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.


12/09/2018

Doç. Dr. Murat KOÇ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

12.09.2018

Nilay SOYDAN

ÖZET

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA DEVLETİN TAKDİR MARJİ

Nilay SOYDAN

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sami DOĞRU

Eylül, 2018, 165 sayfa

Takdir marjı doktrini, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasında denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Takdir marjı doktrini ile taraf devletler, kendi egemenlik alanları içerisinde mahkemeden daha doğru bir değerlendirme yapacak konumda kabul edilmiş ve bu nedenle temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler için mahkeme tarafından taraf devletlere bir alan bırakılmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğü kapsamında takdir marjı doktrini değerlendirirken, ifade özgürlüğünün demokratik toplumlardaki yeri ve önemi gereği, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını dikkatle incelemektedir.

Bu kapsamda, Türkiye’de ifade özgürlüğünün durumunun anlaşılması için, ulusal makamların mahkeme tarafından kendilerine tanınan takdir marjını nasıl yorumladığının örnek kararlar ışığında açıklanması önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Takdir Marjı Doktrini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

THE MARGIN OF APPRECIATION OF THE GOVERNMENT IN RESTRICT THE FREEDOM OF EXPRESSION

Nilay SOYDAN

Master Thesis, Department of Public Law

Thesis Supervisor: Dr. Sami DOĞRU

September, 2018, 165 Pages

The margin of appreciation doctrine was established by the case law of the European Court of Human Rights, which is the control mechanism for the international protection of human rights. With the margin of appreciation doctrine, the States parties were considered to be in a position to make a more accurate assessment of the courts within their sovereignty area, and thus a space was left to the parties by the court for interventions on fundamental rights and freedoms. While the Court assesses the margin of appreciation doctrine in the context of freedom of expression, it carefully examines whether the freedom of expression is required in democratic societies and the need for intervention in a democratic society.

In this context, to understand the situation of freedom of expression in Turkey, example of how to interpret the margin of appreciation afforded to them by the court decisions of the national authorities is important in light of the disclosure.

Keywords: Freedom of Expression, The Margin of Appreciation, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde, en temel haklardan biri olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devletin rolünün ne olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çalışma, demokratik toplumların yapı taşı olan ve kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasını sağlayan ifade özgürlüğünün korunması ve keyfi sınırlandırmalarla karşı karşıya kalmaması temennisi ile ortaya çıkmıştır.

Çalışma konusunun hazırlanmasının her aşamasında güvenini hissettirerek yol gösteren, emeğini, dikkatini ve bilgisini esirgemeyen değerli danışmanım Sami DOĞRU'ya teşekkürlerimi sunarım.



İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

KAPAK.....	i
ONAY.....	ii
ETİK BEYANI.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
EKLER	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET VE HAK KAVRAMLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ, KAPSAMI, HAKLARIN KORUNMASI VE SINIRLANMASI

1.1. Devlet ve Tarihsel Gelişimi	4
1.1.1. İlk Çağda Devlet Anlayışı.....	4
1.1.1.1. Yunan Kent Devletleri	4
1.1.1.2. Roma’da Devlet	9
1.1.2. Orta Çağda Devlet Anlayışı	11
1.1.3. Yeni Çağda Devlet Anlayışı	16
1.1.3.1. Monarşiler Dönemi	16
1.1.3.2. Egemen İktidarın Sınırlanması ve Halk Egemenliği	20
1.1.4. Modern Devlet Anlayışı.....	25
1.1.4.1. Liberal Devlet	25
1.1.4.2. Sosyal Devlet	28
1.1.4.3. Sosyalist ve Komünist Devlet – Marksizm.....	30
1.1.4.4. Anarşist Devlet	31
1.1.4.5. Faşist Devlet	32
1.2. Temel Hak ve Özgürlükler	34
1.2.1. Kavramlar	34

1.2.1.1. Hak Kavramı	34
1.2.1.2. Özgürlük Kavramı	35
1.2.1.3. İnsan Onuru Kavramı	37
1.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Ortaya Çıkışı ve Sınıflandırılması	39
1.2.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Ortaya Çıkışı	39
1.2.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınıflandırılması	41
1.2.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Tanınması ve Korunması	44
1.2.3.1. Ulusal Hukukta Tanıma ve Koruma	44
1.2.3.2. Uluslararası Hukukta Tanıma ve Koruma	45
1.2.4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması	46
1.2.4.1. Genel Olarak Hakkın Sınırlanması Kavramı ve Sınırlama Yöntemleri	46
1.2.4.2. Hakkın Sınırlanmasında AİHS ve 1982 Anayasası Ölçütleri	50
1.2.4.3. Haklarının Sınırlanmasının Sınırı	55
1.2.4.4. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması	58

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ KAPSAMI, UNSURLARI VE SINIRLANMASI

2.1. İfade, İfade Özgürlüğü Kavramları ve Tarihsel Gelişimi	60
2.2. İfade Özgürlüğünün Kapsamı	63
2.2.1. Sembolik, Davranışsal ve Sanatsal İfade	64
2.2.2. Siyasi İfadeler	66
2.2.3. Müstehcenlik İçeren İfadeler	67
2.2.4. Nefret İçeren İfadeler	69
2.3. İfade Özgürlüğünün Unsurları	70
2.3.1. Haber Alma, Haber Verme ve Bilgi Edinme Özgürlüğü	71
2.3.2. Kanaat ve Düşünce Özgürlüğü	74
2.3.3. Kanaatleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü	75
2.4. İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	77
2.4.1. Genel Olarak	77
2.4.2. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılma Şartları	78
2.4.2.1. Sınırlamanın Meşru Sebeplere Dayanması Şartı	79

2.4.2.1.1. Ulusal Güvenliğin, Toprak Bütünlüğünün veya Kamu Güvenliğinin Korunması	80
2.4.2.1.2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi.....	82
2.4.2.1.3. Sağlık veya Ahlakın Korunması	84
2.4.2.1.4. Başkalarının Şöhret ve Ahlakının Korunması	84
2.4.2.1.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi	88
2.4.2.1.6. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunması	89
2.4.2.2. Sınırlamanın Demokratik Toplumda Gerekli Olması Şartı	91
2.4.2.3. Sınırlamanın Yasayla Yapılmış Olması Şartı	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ VE AİHM TÜRKİYE KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Takdir Marjı Doktrini	98
3.1.1. Takdir Marjı Kavramı ve Ortaya Çıkışı.....	98
3.1.2. Takdir Marjı Doktrininin Kapsamı	101
3.1.3. Takdir Marjı Doktrinin Bazı İlkeler Işığında Değerlendirilmesi.....	103
3.1.3.1. Devletlerin Egemenlik İlkesi	104
3.1.3.2. Talilik (Subsidiarite) İlkesi	106
3.1.3.3. İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Rölativizm	108
3.1.3.4. Sözleşmenin 15. Maddesi	110
3.2. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Takdir Marjı Doktrini – AİHM Türkiye Kararları.....	111
3.2.1. Müdahalenin Yasayla Öngörülmüş Olma Şartına İlişkin Değerlendirme	114
3.2.2. Sınırlamanın Meşru Sebebe Dayanmasına İlişkin Değerlendirme	115
3.2.3. Demokratik Toplumda Gerekli Olma Şartına İlişkin Değerlendirme	115
3.2.3.1. Ulusal Güvenliğin, Toprak Bütünlüğünün ve Kamu Güvenliğinin Korunmasına İlişkin Kararlar	116
3.2.3.2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suçun Önlenmesine İlişkin Kararlar	119
3.2.3.3. Sağlık veya Ahlakın Korunmasına İlişkin Kararlar.....	122

3.2.3.4. Başkalarının Şöhret ve Ahlakının Korunmasına İlişkin Kararlar	124
3.2.3.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Kararlar	127
3.2.3.6. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunmasına İlişkin Kararlar	129
3.3. Anayasa Mahkemesi İfade Özgürlüğü Kararlarında Takdir Marjı Doktrininin Değerlendirilmesi	130
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	143
EKLER	153



KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights
e.t.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
md.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
No:	: Numara
Par.	: Paragraf
s.	: sayfa
S	: Sayı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
STK	: Sivil Toplum Kuruluşu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: ve devamı

EKLER

Sayfa No:

EK-1: Etik Kurulu Onay Belgesi 153



GİRİŞ

İlk Çağ'dan günümüze kadar devletlerin yönetim şekillerindeki değişiklik ve farklı yönetim anlayışları, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması açısından büyük önem arz etmektedir. İlk Çağ ve Orta Çağ'da tam anlamıyla yerleşmemiş olan temel hak ve özgürlükler, Yeni Çağ'a gelindiğinde kendini belli etmeye başlamıştır. Özellikle 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile insanların doğuştan bazı temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve bireyin devletten önemli olduğu görüşü kabul edilmeye başlanmış ve bugün kabul edilen temel hak ve özgürlüklerin temeli atılmıştır.

İnsanların sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkışından itibaren bu hak ve özgürlüklerin sınırlarının tespiti yapılmaya çalışılmıştır. İlk olarak temel hak ve özgürlükler, liberalizm anlayışı çerçevesinde herkesin doğuştan sahip olduğu ve devlet müdahalesini kabul etmeyen hak ve özgürlükler olarak kabul edilmiştir. Ancak insanların sahip oldukları bu sınırsız özgürlükler toplumdaki eşitsizliği ortaya çıkarmış ve hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla kullanılamamasına neden olmuştur. Toplumsal eşitsizlikle ortaya çıkan sınıfsal farklılıklar sonucunda bireyler sosyal ve ekonomik alanlarda eşit ve özgür olmak için devlet müdahalesinin gerekli olduğunu savunmuş ve sosyal devlet anlayışı ortaya çıkmıştır.

Günümüz demokrasilerinde de kabul edilen görüşe göre birey, sahip olduğu özgürlüklerin tamamına toplumsal bir varlık olarak sahiptir ve toplumda herkesin temel hak ve özgürlüklere eşit oranda sahip olabilmesi için bu özgürlüklerin birtakım sınırları olması gerekmektedir.¹ Yani bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanması amacı, bu haklarda bazı sınırlamalara gidilmesini mecbur kılmaktadır. Diğer yandan, kamu düzeni ve temel hak ve özgürlükler arasında denge kurulması gerekliliği de, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bazı sınırlamalara gidilmesine neden olmuştur. Bu anlamda bireylerin sınırsız hak ve özgürlüklere sahip olduklarının kabulünden, toplumsal yaşamın gerektirdiği ölçüde sınırlamalara tabi olan hak ve özgürlük anlayışına geçilmiştir.

Günümüzde uluslararası düzeyde sözleşmelerle, ulusal düzeyde ise anayasalarla güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler içinde 'ifade özgürlüğü' hem demokratik

¹"Toplumsal yaşamda 'herkes için özgürlük', 'paylaşılmış özgürlük'tür; paylaşılmış özgürlük ise 'sınırlı'dır." İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, İmge Yayınevi, Ankara, 2013, 7. Baskı, s. 76.

yönetimlerin yapı taşlarından biri hem de bireylerin sahip olduğu en önemli temel hak ve özgürlüklerden biridir. Özellikle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi bakımından büyük öneme sahip olan ifade özgürlüğü, toplumsal olarak ilerleme kaydedilmesi için de ulusal ve uluslararası alanda korunması gereken haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

İfade özgürlüğü temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yere sahip olmakla birlikte, sınırlandırılması mümkün olmayan haklardan biri değildir. Bu anlamda Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)² kapsamında öngörülen sınırlama ölçütlerine bağlı olmak şartıyla devletler tarafından sınırlandırılması mümkündür. İfade özgürlüğünün düzenlendiği maddelerde sayılan sınırlama ölçütlerinin dışında herhangi bir sınırlama mümkün olmamakla birlikte, ulusal makamlar tarafından bu ölçütler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bazen doğru veya yeterli olmayabilmektedir. Bu kapsamda ulusal makamlar tarafından yapılan incelemenin yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)³ tarafından da devletin hakka yaptığı müdahalenin değerlendirilmesi söz konusudur.

AİHM bu değerlendirmeyi yaparken ‘takdir marjı doktrini’ kapsamında devletlerin değerlendirmelerine öncelik tanımaktadır. AİHM takdir marjı doktriniyle taraf devletin ülkesinde gerçekleşen bir duruma ilişkin değerlendirme yapma yetkisinin ilk olarak ulusal makamlara tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu kapsamda mahkeme, taraf devletlerin hakkı sınırlandırırken ülkesindeki mevcut durumu değerlendirmesi bakımından daha uygun bir konumda olduğunu kabul etmiş ve taraf devletlere hakkın sınırlandırılması bakımından belli bir alan tanımıştır. Bu çerçevede, mahkeme değerlendirmesi genel olarak, hakkın sınırlandırılmasında gerekli olan ölçütlere göre yapılan müdahalenin ‘demokratik toplumda gerekli olup olmadığı’ kapsamaktadır. Mahkeme, takdir marjı doktrininin devlete sınırsız bir alan bırakmadığını pek çok kararında belirterek, hakkın sınırlandırılma sebepleri bakımından takdir marjı doktrinini ayrı ayrı incelemiş ve bazı sebepler bakımından devlete geniş bir takdir marjı tanıırken, bazı sebepler bakımından ise takdir marjını dar tutmuştur.

Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmelerde, takdir marjı doktrini ifade özgürlüğü bakımından hassas bir konumdadır. Bunun temel sebebi, demokratik toplumların yapı taşı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devletlere bırakılan takdir marjının, AİHM’in ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ olarak kabul ettiği,

² Bundan sonra “Sözleşme” olarak anılacaktır.

³ Bundan sonra “Mahkeme” olarak anılacaktır.

‘çoğulculuk’, ‘açık fikirlilik’ ve ‘hoşgörü’ değerlerine zarar vermesinin engellenmesidir. Bu kapsamda mahkeme, ifade özgürlüğüyle ilgili başvuruları takdir marjı kapsamında değerlendirirken, müdahalenin gerçekten demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını dikkatle incelemektedir.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devletin müdahalesinin AİHM’in takdir marjı doktrini çerçevesinde incelediğimiz bu çalışma üç ana başlıktan oluşmaktadır. İlk bölümde, devlet ve hak kavramları incelenerek, bu kavramların tarihsel gelişimi açıklanmıştır. Bu kapsamda, devletlerin tarih içerisindeki yönetim şekilleri açıklanmış ve dönemsel olarak temel hak ve özgürlüklere bakışı değerlendirilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, ifade özgürlüğünün kapsamı ve unsurları açıklanarak, ifade özgürlüğünün hangi şekilde sınırlandırılabileceği AİHS ve Anayasa ölçütleri kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda AİHS’de yer alan ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartları belirtilerek, bu şartların AİHM tarafından nasıl yorumlandığı kararlar ışığında incelenmiştir. Takdir marjı doktrinin açıklandığı üçüncü bölümde ise, Türkiye’nin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalelerin AİHM takdir marjı doktrini kapsamında nasıl değerlendirildiği, AİHM Türkiye kararları kapsamında açıklanmıştır. Bu kapsamda, AİHM Türkiye kararlarında takdir marjı doktrinin mahkeme içtihatlarına yansımalarıyla ifade özgürlüğünün Türkiye’deki durumu değerlendirilerek, hakkın sınırlandırılmasında devlete bırakılan alanın hakkın kullanılmasını nasıl etkilediği incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET VE HAK KAVRAMLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ, KAPSAMI, HAKLARIN KORUNMASI VE SINIRLANMASI

1.1. Devlet ve Tarihsel Gelişimi

1.1.1. İlk Çağda Devlet Anlayışı

1.1.1.1. Yunan Kent Devletleri

Yunan uygarlığında ilk devletler M.Ö. 2000 yıllarında ortaya çıkmıştır. Genel olarak Ege kıyılarında yerleşik olan bu uygarlıklar, yaklaşık olarak 750 kent devletinden oluşmaktaydılar.⁴ Bu anlamda Site (Polis) devleti, belirli bir toprak parçası üzerinde kurulmuş, içerisinde pek çok şehri barındıran ve siyasal, sosyal ve ekonomik anlamda bütün oluşturan bir yapıdır. Sitelerde yaşayan insanlar Sitelere bağlı olup, Sitenin çıkarlarına yönelik hareket etmektedirler.⁵

Site devletlerinde genel olarak, Site bireyden üstün tutulmaktadır. Ancak bu baskıcı bir rejim doğurmamıştır. Bunun en temel nedeni, Sitede yapılan yasaların üstünlüğünün benimsenmesidir. Bu anlamda Site devletinin doğa tarafından oluşturulduğu kabul edilip, ülkede yaşayan insanların ancak onu düzenleyebileceği fikri hâkimdir. Sitenin gelişmesi için gerekli olan düzenlemeler, sitede yaşayan insanlar tarafından “eşitlik” ve “adalet” kavramları esas alınarak oluşturulmuştur. Yasaların üstünlüğü ilkesi geçerli olduğundan Site, adil bir düzenin sağlanacağı yer olarak kabul edilmiştir.⁶

Site devletindeki sosyal yapıda ise sınıfsal farklılıklar olduğu görülmektedir. *Köleler, yabancılar ve yurttaşlar* şeklinde sınıflanmış sosyal yapıda, kölelerin herhangi bir hakkı veya özgürlüğü bulunmamaktadır. Kölelerin aksine yabancıların hak ve özgürlüklere sahip olduğu kabul edilmiş, ancak yabancılar yurttaşlık haklarından yoksun bırakılmışlardır. Yurttaşlar ise, tüm sosyal ve siyasal haklara sahip, yönetimi elinde bulunduran kişiler olarak kabul edilmişlerdir.⁷

⁴ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul-2017 s. 71.

⁵ Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 9. Baskı, İstanbul-2014, s. 15.

⁶ Akad/Dinçkol, s. 16.

⁷ Akad/Dinçkol, s. 16.

Geniş bir coğrafyaya yayılmış olan Site devletlerinin hepsinde eşitlik ve adaletten bahsetmek mümkün değildir. Bu Site devletlerin bazıları demokrasiyle yönetilirken, bazıları ise mutlak monarşiyle yönetilmekteydi. Yunan kentlerinin bazılarında hakim olan monarşi, yavaş yavaş yurttaşların yönetime katılma hakkı bulmasıyla yerini doğrudan demokrasiye bırakmıştır. Doğrudan demokrasiyle yönetilen Site devletlerinde de en önemlisi Atina olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸ Atina'nın yüzölçümü bakımından da nüfus bakımından da küçük bir devlet oluşu, devlette doğrudan demokrasinin yerleşmesinde büyük bir etkiye sahip olmuştur.⁹

Bu dönemde yönetim biçimlerini sınıflandırmaya giden en önemli düşünürlerden biri *Herodot*'tur. Herodot'a göre, iktidarın elinde bulunduğu kişi sayısına bağlı olarak 'monarşi', 'oligarşi' ve 'demokrasi' olarak 3 ayrı yönetim şekli bulunmaktadır. Monarşi, tek kişinin yönetimi; oligarşi, belli özellikleri sebebiyle üstün kabul edilen kişilerin yönetimi; demokrasi ise, yurttaşların, diğer bir deyişle de çoğunluğun yönetimi olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

Atina kentinde doğrudan demokrasinin hâkim olması, pek çok düşünürün hem felsefi hem de siyasî anlamda farklı fikirler ortaya çıkarmasına olanak sağlamıştır. Bu dönemin en önemli düşünürlerinden *Platon*'un devlet anlayışı, kendisinden çok sonraki dönemlerin düşünürlerini de etkileyen, toplum düzeninin sağlanması için insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleme zorunluluğunu yansıtmaktadır.¹¹

Platon "*Devlet*" adlı eserinde, yönetim biçimlerini ele alarak esas olarak iki yönetim biçimini vurgulamıştır. Bunlardan biri, yöneticilerin birinin üstünlüğüne dayanan 'monarşi', diğeri ise yönetenlerin eşitliğine dayanan 'aristokrasi'dir. Ancak burada önemli olan yöneticilerin gereken eğitimi alarak yönetime geçmesidir.¹² Platon'un devlet anlayışına göre, toplumun en bilgili bireylerinin yönetimi, en iyi

⁸ "Demokrasi sözcüğü de, ilk kez bu dönemde kullanılmaya başlanmıştır. İ.Ö. 5. Yüzyılın ortalarına doğru, eski Yunanlılar, yeni siyasal sistemlerini tanımlamak üzere *demos* (halk) ve *kratos* (yönetim) sözcüklerini birleştiren *demokratia*'yı kullanmıştır. Ancak bu Yunan demokrasisi değildir... Söz konusu olan, Atina, Megara, Samos, Sirakuza ya da diğer sitelerin demokrasisiydi. Bu siteler içinde en gelişmiş demokrasi örneği Atina'ydı." Uygun, *Devlet*, s. 74.

⁹ Uygun, *Devlet*, s. 91-92.

¹⁰ Akad/Dinçkol, s. 18

¹¹ Platon'a göre farklı ihtiyaçları olan insanlar birbirlerine yardım etmelidir. Bu sebeple de çok sayıda insan, yurttaş ve yardımcı bir yerleşimde toplanırlar ve bu yerleşimdeki topluluğa da devlet adı verilir. Platon, *Devlet*, Bordo Siyah Yayınları, Çev: Cenk Saraçoğlu, Veysel Atayman, , Üçüncü Kitap, 369c.

¹² Platon, *Dördüncü Kitap*, 445d-e.

yönetim şeklini tanımlamaktadır. Bu kapsamda Platon, siyasi iktidar gücünün toplumda en bilgili olana, yani filozofa verilmesini savunmaktadır.¹³

Platon'a göre en iyi yönetim şekli aristokrasidir. Bunun dışındaki 'oligarşi', 'demokrasi' ve 'tiranlık' bozuk ve sakıncalı yönetimlerdir. Platon bahsettiği kötü yönetim biçimlerinden oligarşiyi, zenginliğin üstünlüğüne dayalı bir yönetim biçimi olarak görmektedir. Bu yönetim biçiminde yoksullar resmi görevlere katılamaz¹⁴, yönetenlerin dışında herkes yoksullaşır¹⁵. Bu zengin ve yoksul ayrımı ise, toplumda bölünmeye yol açacaktır. Bu bölünmeyle oligarşinin yıkılmasından ise demokrasi ortaya çıkar.¹⁶ Platon demokrasilerin, yoksulların üstün gelmesiyle zenginlerin silah zoruyla gitmeleri sonucunda ortaya çıktığını söyler.¹⁷ Geriye kalan vatandaşlar ise, devleti eşit olarak bölüşürler ve bu yönetim şeklinin en önemli unsuru, bu insanların özgür olmalarıdır. Bu sınırsız özgürlük, insanlara keyfi davranma olanağı vereceğinden ve yöneticilerin bu özgürlükleri tam olarak veremediği durumlarda insanların yöneticileri cezalandırma yoluna gideceklerinden, demokrasi de oligarşi gibi eninde sonunda yıkılacaktır.¹⁸ Platon'a göre, nasıl ki demokrasi oligarşinin yıkılmasıyla ortaya çıkar, aynı şekilde tiranlık da demokrasiden doğar.¹⁹ Bu doyumsuz özgürlük isteği demokrasiyi yıkarak yerine tiranlığı getirir. Neticede bu ölçsüz özgürlük isteği, tiranlıkla halkı köleliğe mahkûm eder.²⁰

Platon devlet ve birey arasındaki ilişkiye ilişkin görüşlerinde ise, otoritesinin meşru olmasını yasaya uygunluğuna bağlamaktadır.²¹ Bununla birlikte toplumda yaşayan insanların da aynı şekilde yasalara uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bireyler yasalara riayet ödevi çerçevesinde hareket etmek ve yasaların yanlış olduğunu düşündüğü noktalarda ise, bu yanlışlıkları eleştirmek ve giderilmesini talep etmek durumundadır.²²

Platon'un öğrencisi *Aristoteles* de, Atina kentinde devlet ve birey ilişkileri üzerine düşünmüş ve eserler vermiştir. Aristoteles de Platon gibi demokrasiye karşı olsa da, orta sınıfın çoğunlukta olduğu bir aristokratik yönetimin demokratik özellikleri de

¹³ Eyüp Şahin, "Platon ve Farabi'de Aristokrasi", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S.51:1, Ankara-2010, s. 116

¹⁴ Platon, *Beşinci Kitap*, 551b.

¹⁵ Platon, *Beşinci Kitap*, 552d.

¹⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, 3. Basım, Eylül, 2016, s. 3

¹⁷ Platon, *Beşinci Kitap*, 557a.

¹⁸ Platon, *Beşinci Kitap*, 562d; M. Semih Gemalmaz, s. 3.

¹⁹ Platon, *Beşinci Kitap*, 564a.

²⁰ M. Semih Gemalmaz, s. 3; bk. Platon, *Beşinci Kitap*, 569c.

²¹ M. Semih Gemalmaz, s. 9.

²² M. Semih Gemalmaz, s. 11.

barındırmasıyla ideal devletin meydana geleceğini savunmaktaydı.²³ Bu bağlamda Aristoteles, bireylerin aşırı zenginlik ve aşırı yoksulluğun olduğu toplumlarda değil, geniş bir orta sınıfa sahip olan toplumlarda mutlu ve erdemli yaşayabileceklerini söyler. Orta sınıf ise, aşırı zengin veya aşırı yoksul olmayıp, politik mücadeleyi kamu yararına olacak yöntemlerle yapan kesimdir.²⁴

Aristoteles'e göre, 'monarşi' ve 'aristokrasi', gerek tek kişinin gerek birden çok kişinin yönetimi olsun, tüm vatandaşların ortak mutluluğunu amaçladıkları için en iyi yönetim olarak görülür. Oysa sadece monarkın çıkarı gözetilirse bu 'tiranlık', sadece zenginlerin çıkarı gözetilirse bu 'oligarşi', sadece yoksulların çıkarı gözetilirse de bu yönetim şekli 'demokrasi' olacaktır.²⁵ Bu bağlamda Aristoteles, en iyi yönetimin yalnızca bir kesiminin değil, toplumun genel yararına hizmet edildiği yönetimler olduğunu savunmaktadır. Aristoteles de demokratik site yönetimlerinin sitenin genel yararına değil, çoğunluğun yararına hizmet ettiğini düşünerek, bu yönetimin kötü bir yönetim olduğunu belirtmiştir.²⁶

Aristoteles '*Politika*' adlı eserinde, devletin ortaya çıkış amacını herkesin eksiksiz ve erdemli bir hayat sürmesinin sağlanması temeline dayandırmaktadır.²⁷ Yönetme gücü hususunda ise, Aristoteles de kendisinden önceki düşünürlerden etkilenecek, yönetme gücüne sahip olan ve işinin ehli kimselerin yönetimde olması gerektiğini savunmuştur.²⁸ Bunun nedeni ise, Aristoteles'in tam anlamıyla bir eşitlik anlayışına sahip olmamasıdır. Ona göre, her insanın kendini gerçekleştirme hususunda doğal bir eğilimi olmakla birlikte, herkes bu amaca ulaşacak yeterliliğe sahip değildir.²⁹

Aristoteles adaleti tanımlarken, devletle birey arasındaki ilişki ile bireyle birey arasındaki ilişkide farklılığa gitmiştir. Buna göre, insanlar eşit olmadıkları için devletin de bireylere karşı eşit davranmaları eşitsizlik olarak kabul edilmektedir. Aristoteles, devlet ve birey arasındaki adalet anlayışını dağıtıcı adalet olarak tanımlamaktadır. Bunun yanında birey ile birey arasındaki adaleti denkleştirici/düzeltici adalet olarak tanımlayarak, toplumdaki doğal dengenin korunması için bireylerin başka birine verdikleri zararı tam anlamıyla karşılamaları gerektiğini savunmuştur.³⁰

²³ Uygun, **Devlet**, s. 127.

²⁴ Uygun, **Devlet**, s. 129.

²⁵ M. Semih Gemalmaz, s. 14.

²⁶ Uygun, **Devlet**, s. 130.

²⁷ M. Semih Gemalmaz, s. 19.

²⁸ M. Semih Gemalmaz, s. 19.

²⁹ Aristoteles, bazı insanların yetkin duruma ulaşmak bakımından doğal yetersizlikleri olduğu görüşünü kabul etmektedir. Uygun, **Devlet**, s. 134.

³⁰ Uygun, **Devlet**, s. 135; Güriz, s. 160-162.

M.Ö. 5. yüzyıldan sonra Yunan Site devletleri Makedonların işgaliyle çökmeye başlamış ve bağımsızlıklarını kaybetmekle karşı karşıya kalmışlardır. Bu işgal döneminde Site devletlerinde devletin işleyişine bizzat katılan Site halkı siyasetten dışlanmışlardı. Bağımsızlıklarını kaybeden Yunan düşünürler, *Epikürizm* ve *Stoisizm* akımlarıyla bu farklı düzen içinde bireylerin nasıl yaşayacaklarına dair sorulara cevap aramışlardır.³¹

Epikürizm günümüzde faydacılık akımının temeli olarak görülmektedir.³² Bu akımda birey, bütünün bir parçası olarak değil, birey olarak tek başına değerlendirilmektedir.³³ İnsanlar doğal yaşamlarında mutluyken birbirleriyle etkileşime girdiklerinde çatışmaya başlamış ve bunun sonucunda kendi haklarını korumak için başkalarının haklarına saygı duymayı kabul etmişlerdir. Bireyin mutluluğunu ve hazzını savunan Epikürizm akımında Devlet, yapay bir varlık olarak, toplum içinde yaşamaları gereken insanların haksızlıklara maruz kalmamaları için bir sözleşmeyle ortaya çıkmıştır.³⁴ Bu anlamda Devlet, bireylerin güvenliğini sağlayarak onların özgürlüklerini koruma altına almalıdır. Epikürizm yönetilenlerin mutluluklarını temele alarak yönetenlerin yetkilerinin sınırlanması gerekliliğini savunmuştur.³⁵ Epikürizm akımının bu bakış açısı sonraki dönemlerde ortaya çıkan akımları da büyük ölçüde etkilemiştir.

Site devletlerinin yıkılmasıyla bireylerin artık sadece Sitenin değil tüm dünyanın vatandaşı olduğu fikrini savunan Stoisizm akımının kurucusu *Kıbrıslı Zenon* (334-263)'dur. Bu akımda, insanların doğaya ve dolayısıyla akla uygun davranmalarıyla evrensel düzene katılabilecekleri savunulmuştur.³⁶ Stoacılar göre, ister köle olsun ister zengin olsun, akla uygun davranan her insan eşittir.³⁷ Bu akıma göre, doğaya ve akla uygun davranmak bireyi hem daha iyi bir insan hem de daha iyi bir yurttaş yapar. Bununla birlikte aynı doğaya ve akla bağlı olan insanlar hem eşit hem de özgürdürler.

Yunan devletlerinde bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlükler değerlendirildiğinde, esas olarak hak ve özgürlüklere sadece yurttaşların sahip olduğu görülmektedir. Bu bakımdan sınıfsal farklılıkların da var olduğu bu devlet anlayışında,

³¹ Akad/Dinçkol, s. 40; Uygun, **Devlet**, s. 136.

³² Epiküros'un kurucusu olduğu bu felsefi akım, özellikle Anglosakson dünyasında yaygın olan faydacı görüşlerin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir. Uygun, **Devlet**, s. 136.

³³ Akad/Dinçkol, s. 40.

³⁴ Akad/Dinçkol, s. 42.

³⁵ Akad/Dinçkol, s. 43.

³⁶ Uygun, **Devlet**, s. 138.

³⁷ Stoacıların görüşüne göre, insan akli evrensel aklın bir parçasıdır ve akla göre hareket ederek evrensel düzene katılabilir. Kişinin yoksul veya zengin, özgür veya köle, bir sitede yurttaş veya yabancı olması fark etmeksizin akla uygun hareket eden herkes eşittir. Uygun, **Devlet**, s. 138.

hak ve özgürlük kavramlarının tam olarak oluşmadığı söylenebilir. Gerçekten de Yunan Site devletlerinde Sitenin bireyden daha öncelikli bir konumda olması, bireyin hak ve özgürlüklere sahip olması siteden daha önemli değildir. Bu anlamda Yunan Site devletlerinde, bireyin hak ve özgürlüklere sahip olması, ancak Sitenin çıkarlarıyla çatışmadığı durumda söz konusu olabilmektedir. M.Ö. 5 yüzyıla gelindiğinde ortaya çıkan Epikürizm akımıyla birey anlayışı ön plana çıkmış ve devletin, bireyin özgürlüğünü ve güvenliğini koruma altına alması gerektiği fikri savunulmuştur. Aynı şekilde Stoisizm akımıyla da bireyin evrensel olduğu fikrinin ortaya çıkması, bugün temel hak ve özgürlüklerin tüm insanların sahip olduğu haklar olarak kabul edilmesinde etkisi olduğu görülmektedir.

1.1.1.2. Roma’da Devlet

Roma İmparatorluğu, tarihinde kendine has yeni bir devlet anlayışı yaratmamış, daha çok Yunan kentlerinde ortaya çıkan devlet anlayışlarını tekrar ederek devleti tanımlamışlardır.³⁸ Yunan kentlerinde ortaya çıkan *Stoa akımı*, Roma İmparatorluğunu büyük ölçüde etkilemeyi başarmıştır. Roma’da Stoisizm akımında öne çıkan evrensellik ile bireyci yaklaşım sonucunda toplumsal düzenin sağlanması için bireyin mutluluğunu temel alan bir devlet anlayışı benimsenmiştir.³⁹

Roma İmparatorluğu’nun yayılcı bir politika izleyerek tüm İtalya’yı egemenliği altına almak istemesiyle benimsediği evrensellik anlayışı, Yunan kentlerinde hâkim olan doğrudan demokrasi yönetiminin yerini cumhuriyetle yönetilen bir imparatorluğa bırakmasına sebep olmuştur.⁴⁰ Roma İmparatorluğu döneminde devlet anlayışı hakkında eser veren en önemli düşünürler Polybios ve Cicero’dur.

Aslen Yunan asıllı olup hayatının büyük bir kısmını Roma’da geçiren tarihçi *Polybios* (M.Ö. 200 – M.Ö. 118), yönetim biçimlerini incelediği eserler vermiştir.⁴¹ Polybios eserlerinde Roma devletinin yönetim şeklinin en iyi yönetim şekli olduğunu savunmaktadır. “*Evrensel Tarih*” adlı eserinin altıncı kitabında yönetim şekillerinin altı tane olduğunu söyleyerek, iyi yönetimleri ‘krallık’, ‘aristokrasi’ ve ‘demokrasi’ olarak;

³⁸ İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, Üçdal Neşriyat, 3. Basım, İstanbul-1966, s. 29; Uygun, **Devlet**, s. 139

³⁹ Akad/Dinçkol, s. 45.

⁴⁰ Uygun, **Devlet**, s. 138; M. Semih Gemalmaz, s. 80; Akad/Dinçkol, s. 44-45.

⁴¹ Bu eserlerden en önemlisi ‘Evrensel Tarih’ adlı eseridir. Bu eser 40 kitaptan oluşmaktadır ancak günümüze bu eserin yalnız ilk 5 kitabı ile diğer kitaplardan çok az bir kısmı ulaşabilmiştir. Akad/Dinçkol, s. 46; C. Cengiz Çevik, “Kim Bu Polybios?” <https://jimithekwel.com/2013/06/30/kim-bu-polybios/>, e.t.: 16.11.2017.

kötü yönetimleri ise, ‘monarşi’, ‘oligarşi’ ve ‘demagoji’ olarak sınıflandırmıştır.⁴² Polybios aslında en iyi yönetimin karma yönetim olduğunu savunmaktadır. Bu yönetimlerde siyasal güç temelde üçe bölünmüştür. Bunlar, kral, yaşlılar meclisi ve halktır.⁴³ Bu bölüşme esasen karma yönetimi de açıklamaktadır. Kralın varlığı krallık yönetimini, meclisin varlığı aristokrasiyi, halkın varlığı da demokrasiyi çağrıştırmaktadır.⁴⁴

Roma İmparatorluğunda devletle ilgili eserler veren bir diğer önemli düşünür ise Ciceron (M.Ö. 106 – M.Ö. 43)’dur. Ciceron da tıpkı Polybios gibi karma yönetim şekillerinin en elverişli yönetim şekli olduğunu savunmaktadır. O’na göre de, en temel yönetim biçimleri olan ‘krallık’, ‘aristokrasi’ ve ‘demokrasi’nin kötü kullanılması halinde kendisini tiranlık veya oligarşiye çevirme olasılıkları söz konusudur. Bu bağlamda da bu yönetim biçimlerinin hiçbirini tek başına benimsemek hepsini karma bir yönetim biçimi haline getirerek uygulamak gerekmektedir.⁴⁵ Ciceron bu üç yönetim şeklini de barındıran dördüncü bir yönetim şekli ileri sürerek, buna “karma hükümet” adını vermiştir.⁴⁶

Ciceron ‘doğal hukuk’⁴⁷ teorisini benimseyerek, hukukun tabiatla var olduğunu ve hukuku insanın yaratmadığı düşüncesini savunmuştur. Ciceron’a göre yasalar vardır ve bunlar Tanrı’nın buyruğu gibilerdir. Gücünü insandan değil doğadan aldığı için de kimse tarafından engellenemez. Bu nedenle de Ciceron, bir yasalar bütünlüğünün bulunduğu yerlerde ortak bir hukukun varlığını savunmaktadır.⁴⁸

Roma’da kabul edilen anlayışa göre yasa, insanların kendi yaptıkları yasalar olan ‘medeni yasa’ ile doğal aklın tüm insanlık için kabul ettiği ‘evrensel yasa’ olarak iki şekildedir. Bu kapsamda Roma’da, her iki yasa da kullanılmaktadır.⁴⁹ Evrensel yasa,

⁴² Akad./Dinçkol, s. 46; Akın, s. 31.

⁴³ Uygun, **Devlet**, s. 140; Akad./Dinçkol, s. 32.

⁴⁴ Akad./Dinçkol, s. 32.

⁴⁵ “Cicero’ya göre temel yönetim biçimleri olan monarşi, aristokrasi ve demokrasinin hem bazı üstünlükleri hem de bazı dezavantajları vardır. Bunlar içinde en iyi gibi görünen monarşide, kral uyruklarına karşı bir baba gibi koruyucu ve sevgi doludur. Ancak kötü bir kral tiran olur. Aristokratlar bilge insanlardır.; devlette bilgeliği hakim kılabilirler. Ancak Atina’da olduğu gibi aristokratik rejim bir oligarşiye dönüşebilir. Demokrasilerde halk özgürlüğü gerçekleştirir. Ancak özgürlük ve eşitlik fikrinde aşırıya kaçılması rejimi çoğunluğun tiranlığına çevirir.” Uygun, **Devlet**, s. 141.

⁴⁶ Akın, s. 36.

⁴⁷ Doğal hukuk, kabul edilen en temel anlamıyla doğal olarak var olan hukuktur. Bununla birlikte doğal hukuk kuralları her zaman ve her yerde geçerli olan en üstün hukuk kuralları olarak kabul edilir. Bir diğer tanıma göre ise, doğal hukuk, insan ürünü olmayan, doğadan veya Tanrı iradesinden kaynaklanan kurallar bütünüdür. Erol Cansel/ Çağlar Özer, **Hukuk Başlangıcı**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara-2012, s. 91.

⁴⁸ Akın, s. 39.

⁴⁹ M. Semih Gemalmaz, s. 89.

tüm insanlık için ortak ve değişmez yasadır; diğer yandan medeni yasa ise, insanlar tarafından yapıldığı için sonradan değiştirilebilir.

Roma'nın hak ve özgürlük anlayışı, köleler ve özgür kişiler olarak farklılık göstermektedir. Özgür kişiler, yasa tarafından engellenmedikçe her şeyi yapabilme hakkına sahipken, köleler mal statüsünde değerlendirilmekteydi. Diğer yandan, Roma'da kadınlar ve erkekler de aynı statüde değerlendirilmemektedir.⁵⁰ Bu bakımından, Roma'da tam anlamıyla bir eşitlikten bahsedilmesi mümkün değildir. Sahip olunan hak ve özgürlükler bakımından da bireyler, cinsiyetlerine veya statülerine göre ayrılmaktaydılar. Bu anlamda Roma'nın devlet anlayışında, henüz daha bireylerin hak ve özgürlüklere sahip olduğu bilincinin yerleşmemiş olduğu görülmektedir.

1.1.2. Orta Çağda Devlet Anlayışı

Genel kabule göre Orta Çağ, Batı Roma İmparatorluğu'nun çöktüğü M.S 476 tarihiyle başlayıp, 1492'de Amerika'nın keşfedilmesi ile sona ermiştir.⁵¹ Bu dönemde toplum, feodal yapıda olup, dış ekonominin olmadığı, kapalı tarım ekonomisini benimsemiştir. Toprak sahibi olanların bu topraklar üzerinde birtakım yetkilere sahip olmasıyla elde ettikleri güç sayesinde bu toplumsal düzen, bir ekonomik rejim olmanın çok ötesinde bir yönetim şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵²

Orta Çağ, Roma Devletinin yıkılmasıyla Avrupa'da kiliseden başka bir otoritenin kalmaması sonucunda "kilise" iktidar boşluğunu doldurma yoluna gitmiştir. Bu dönemde, kilisenin otorite boşluğunu tamamen doldurması ve insanların güvenliğini sağlayabilmesi pek mümkün olmamıştır. Güvenliğin sağlanamaması neticesinde insanlar 5. yüzyılda gerçekleşen saldırı ve yağma tehlikesiyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu tehlikeler karşısında ise insanlar güvenli olarak gördükleri toprak sahiplerine ait şatolara sığınma yolunu seçmişlerdi. İnsanların bu yöntemleri, şatolarına sığındıkları toprak sahiplerine, kendilerine sığınanlara karşı yasama, yürütme, yargı yetkilerini kullanma hakkına sahip olduklarını düşündürmüştür. Toprak sahiplerinin Avrupa'daki 1.000 yıllık sürecek bu hâkimiyetinin temel nedeni de budur.⁵³

⁵⁰ Roma'da genel olarak kadınlar, kocalarının egemenliği ve kontrolü altında bulunarak çoğunlukla vesayet altındaydı. M. Semih Gemalmaz, s. 92.

⁵¹ M. Semih Gemalmaz, s. 129; Akın, s. 42; Akad/Dinçkol, s. 53.

⁵² Uygun, **Devlet**, s. 150; Akad/Dinçkol, s. 53.

⁵³ Uygun, **Devlet**, s. 149.

Bu dönemde yaşamış Aziz Agustinus, Aquino’lu Thomas, Ockham’lı William ve Dante’nin düşünceleri Avrupa’da siyasi düşüncenin açıklanmasında yol gösterici nitelikte olması sebebiyle büyük önem taşımaktadır.

Teokratik devlet anlayışını benimsemiş en önemli Orta Çağ düşünürlerinden biri olan ve devlet kavramı açısından büyük öneme sahip olan “*Tanrı Devleti*” adlı eseri kaleme alan Aziz Agustinus (M.S. 354 – M.S. 430), Yunan ve Roma devlet anlayışını Hristiyanlıkla sentezlemeye çalışmıştır. “Tanrı Devleti” fikrini savunarak, kilisenin her türlü siyasi iktidardan daha üstün olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda kilisenin haklarının sınırlanmayacağını söyleyen Aziz Agustinus, her ne yaparsa yapsın Tanrı’dan gelen iktidarın her zaman üstün olduğunu savunmuştur.⁵⁴

Aziz Agustinus’un devlet anlayışı, “yeryüzü devleti” ile “Tanrı Devleti” arasında bir ayrıma gitmektedir. O’na göre, yeryüzü devletindeki hâkimiyet insanın hırslarına bağlı iken, Tanrı Devletinde hâkimiyet Tanrı sevgisinden gelmektedir.⁵⁵ Bu nedenle de Tanrı’nın adaletinin en doğru adalet olduğunu savunarak, sadece Tanrı Devleti’nde adaletin gerçekleşebileceğini söylemiştir.⁵⁶

Aquino’lu Thomas da teokratik iktidarı savunarak, bütün iktidarların Tanrı’dan geldiği anlayışına halkı da ekleyip, tüm iktidarların Tanrı’dan halkın aracılığıyla geldiği fikrini benimsemiştir. Bu anlamda Aquino’lu Thomas halka iktidarın belirlenmesinde bir rol tanımış ve bu anlayış demokrasinin gelişmesine de katkıda bulunmuştur.⁵⁷ Genel olarak Aristoteles ve Aziz Agustinus’un fikirlerinden etkilenmiş olan Aquino’lu Thomas, insanın toplumsal bir varlık olduğunu ileri sürmüş ve yeryüzü devleti ile kutsal devletin farklı olduğunu savunmuştur.⁵⁸ Aquino’lu Thomas devleti tanımlarken üzerinde durduğu “ortak yarar” kavramıyla insanı toplumsal bir varlık olarak ele almıştır.⁵⁹ Toplumsal bir varlık olarak insanın da herkesle birlikte iyi bir yaşama sahip olabilmesi için devlete ihtiyacı vardır.⁶⁰ Aquino’lu Thomas bu devlet anlayışını Hristiyanlıkla da birleştirerek teokratik bir devlet anlayışı benimsemiştir. O’na göre, toplumsal bir varlık olan insanı bir arada tutmak için üstün bir güce ihtiyaç vardır. Bu üstün güç ise, devletin

⁵⁴ Uygun, **Devlet**, s. 156-157; Akın, s. 44-49.

⁵⁵ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 8. Basım, Ankara-2009, s. 166.

⁵⁶ Uygun, **Devlet**, s. 157.

⁵⁷ Uygun, **Devlet**, s. 158.

⁵⁸ Cengiz Çuhadar, Bazı Filozofların Düşüncesinde Devlet Kavramı, **Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 12:2, 2007, s. 118-119.

⁵⁹ Akın, s. 52.

⁶⁰ Aquino’lu Thomas’ın Aristoteles’ten etkilenmesi devleti ortak yararla tanımlamasından anlaşılmaktadır. Aristoteles de iyi ve mutlu bir hayat sürdürmek için toplumun genel yararının korunduğu yönetim biçimlerinin en iyi yönetim biçimleri olduğunu savunmaktadır.

başındaki kişinin gücünü Tanrı'dan almasından gelmektedir.⁶¹ Bu anlamda Aziz Agustinous'un fikirlerinden etkilenen Aquino'lu Thomas, iktidarı tanımlarken halktan da bahsederek Aziz Agustinous'dan ayrılmaktadır.⁶²

Aquino'lu Thomas yasa anlayışını da 'ortak yarar' kavramı çerçevesinde açıklamaktadır. Yasanın amacını kamu yararı olarak açıklayan düşünür, yasa koyucunun belirli sınırları olması ve bu sınırları aşmaması gerektiğini savunmaktadır.⁶³ O'na göre çeşitli yasalar bulunmaktadır. Bu yasalar, Tanrı tarafından belirlenen 'ölümsüz yasa', Tanrı tarafından belirlenen yasalardan akıl yürütme yoluyla çıkarılan 'doğal yasa', iman veya vahiy yoluyla bilinebilen 'kutsal yasa' ve insan tarafından yaratılan 'pozitif yasa'dır.⁶⁴ Bu yasa tanımlarıyla Aquino'lu Thomas'ın kabul ettiği insanlar tarafından yapılan pozitif yasaların doğal yasaya uygun olması gerekmektedir. Çünkü doğal yasa herkes için aynı olan evrensel bir yasadır; ancak pozitif yasalar insanlar tarafından doğal yasaya uygun olarak ortak yararın sağlanması için yapılması gereken yasalarlardır.⁶⁵ Yani ona göre, devletin görevi ortak yararı korumak ve sağlamak için doğal yasayla uyumlu yasalar yapmak ve toplumsal düzeni sağlamaktır. Diğer yandan, yasalar ve devlet insan ürünü olduğu için siyasi iktidarın bu gücünü kötüye kullanma ihtimalini de değerlendiren Aquino'lu Thomas, yönetime karşı bireyin direnme hakkının olduğunu savunmaktadır.⁶⁶ İnsanların sahip oldukları hakları doğal hukuk yardımıyla tanımlayan düşünüre göre, insanlar eşit ve özgürlerdir. Bu nedenle, iktidarın zorbalığına karşı haklarını korumak adına direnme haklarının olması gerekmektedir.⁶⁷

Orta Çağa hâkim olan iktidarın Tanrı'dan geldiği fikrini benimsemeyen İslam felsefesi düşünürü *İbn-i Haldun* (1332-1406) yazdığı "*Mukaddime*" adlı eserinde, devlet ve toplum için farklı bir bakış açısı sergileyerek çağdaş düşüncenin gelişmesinde bir öncü olarak kabul edilmiştir.⁶⁸ Orta Çağ'daki Hristiyan düşünürlerin aksine İbn-i Haldun'a göre iktidarın kaynağı Tanrı değildir. Ona göre, devlet toplumsal temele ve akla dayanarak açıklanması gereken bir kavramdır.⁶⁹ Toplumsal bir varlık olarak

⁶¹ Akın, s. 57.

⁶² Uygun, **Devlet**, s. 158.

⁶³ Uygun, **Devlet**, s. 158.

⁶⁴ Uygun, **Devlet**, s. 158-159; Akın, s. 54-55; Güriz, s. 172.

⁶⁵ Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, 2015, İstanbul, s. 115.

⁶⁶ Işıқтаç, s. 116.

⁶⁷ Işıқтаç, s. 117.

⁶⁸ Uygun, **Devlet**, s.166; bkz. Cemil Meriç, **Sosyoloji Ders Notları ve Konferanslar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s. 177.

⁶⁹ Uygun, **Devlet**, s. 167.

insanın birbirleriyle birlikte yaşama zorunluluğu aralarında güçlü bir bağ oluşmasına neden olmaktadır. O'na göre toplum ve bireyin bu birlikte yaşama zorunluluğuna asabiyet⁷⁰ denmektedir.⁷¹ İşte siyasi iktidarın temelinde de bu toplumsal bağa bağlı asabiyet bulunmaktadır. Bu anlamda devleti ortaya çıkaran güç asabiyet olduğu için devlet, asabiyeti korumak ve toplumun varlığına bağlı kalarak işlevini sürdürmek mecburiyetindedir.⁷² İbn-i Haldun iktidarın adil olması gerektiğini savunmaktadır. Bu anlamda genel Orta Çağ görüşünün aksine İbn-i Haldun peygamberlik ile siyasi iktidarın hiçbir ilişki olmadığını savunarak günümüzdeki laiklik anlayışının gelişmesinde öncü olarak gösterilebilecek bir düşünürdür.⁷³

Podovalı Marsilius (1275-1342), Orta Çağ'da laik iktidar anlayışını benimseyen düşünürlerden biridir. İslam felsefesinde kilise ve siyasi iktidarın hiçbir ilişkisi olmadığını savunan İbn-i Haldun'un düşüncesini daha ileri taşıyarak siyasetin temelini din dışı olduğunu ve bu dünyada geçerli olan yasaların sadece insan yapımı pozitif yasalar olduğunu savunmaktadır.⁷⁴ Düşüncelerinde çoğunlukla Aristoteles'ten izler taşıyan Marsilius, devletin varlığını tüm insanların mutluluğu ve huzuru olarak açıklayarak aynı zamanda barış ve güvenliği de sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁵ Çağdaşlarının kabul ettiği gibi, Tanrısal yasaların pozitif yasalara üstünlüğünü kabul etmeyen düşünür, Tanrısal yasaların bu dünyada değil öteki dünyada geçerli olacağını savunmuş ve bu dünyada geçerli olan tek yasanın pozitif yasalar olduğunu belirtmiştir.⁷⁶ Yasaların yapılmasında dikkate alınacak en önemli unsurun toplumun ortak yararı olduğu konusunda diğer düşünürlerle hemfikir olan Marsilius'a göre yasalar, tüm

⁷⁰ Asabiyet kavramı İbn-i Haldun'a özgü bir kavram olup, onun devlet görüşünün temelini oluşturur. Düşünür bu kavramı farklı şekillerde tanımlamaktadır. Asabiyet dar anlamıyla, aynı gruba bağlılıktan doğan dayanışmayı, özellikle erkek soyuna dayanan kabilelerdeki akrabalık ilişkisini ifade etmektedir. Zamanla asabiyeğe bağlı grubun nüfusunun artması ve gruba yeni katılımların olması sonucu kan akrabalığı anlamını aşarak kabile veya kavim bağına ifade eden bir içerik kazanmıştır. Böylece asabiyet göçebe toplumların dayanışma bağı olarak nitelendirilebilir. Ona göre asabiyet, sadece nesep birliğinden veya ona benzer diğer bir şeyden meydana gelir. Bu kapsamda düşünürün göre, devleti meydana getiren temel unsur asabiyeettir ve eğer toplum asabiyeti oluşturamazsa en ufak bir zorlamayla dağılma tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar. Ezeli Azarkan, "İbn Haldun'un Devlet Görüşü", **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067895>, e.t.: 13.12.2017.

⁷¹ Uygun, **Devlet**, s.167-168; Ezeli Azarkan, e.t.: 13.12.2017; Metin Gültekin, "İbni Haldun, Modernlik ve Modern Sosyoloji", **The Journal of Academic Social Science Studies**, S. 51, Elazığ, 2016.

⁷² Azarkan, s. 291.

⁷³ Akad/Dinçkol, s. 86-87.

⁷⁴ Celalettin Güngör, "Marsilius'un Siyaset Kuramı: Defensor Pacis Üzerine", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, Sayı:4, s. 328.

⁷⁵ Uygun, **Devlet**, s. 162.

⁷⁶ Uygun, **Devlet**, s. 162; bkz. Hyman, Walsh, Williams, 2010, s. 663.

yurttaşlar veya onların çoğunluğu veya temsilcileriyle hazırlanması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷

Marsilius'un iyi yönetimleri ve kötü yönetimleri tanımlarken yararlandığı temel kavram "ortak yarar"⁷⁸ olsa da, Marsilius, yönetimin ancak halkın iradesine dayandığı durumlarda iyi bir yönetim olacağını belirtmiştir.⁷⁹ Marsilius yaşadığı dönemde sahip olduğu bu düşüncesi ile 16. ve 17. yüzyıl halk egemenliği anlayışının ortaya çıkmasında da etkili olduğu söylenebilir.

Orta Çağ'da devletle birlikte etkili olan kilise ise Marsilius'a göre, dünyevi konularda söz hakkına sahip olmamalıdır.⁸⁰ Bu anlamda o, iktidarın kaynağının Tanrı'ya veya kiliseye dayanmadığını, aksine iktidarının kaynağının halk olduğunu söyleyerek laik ve halk egemenliğine dayalı bir iktidar fikrini ortaya atmıştır.⁸¹ Kilise ve devleti işlevsel olarak birbirinden ayıran Marsilius, insanın toplumsal bir varlık olarak toplumun ortak yararı için ortaya çıkardığı ve halkın iradesine dayalı olan devletin, kilisenin görevleri de dâhil tüm yetkilere sahip olması gerektiği görüşünü benimseyerek, günümüzde kabul edilen laiklik anlayışından farklı bir görüş ileri sürmüştür.⁸²

Yukarıda özetlenen Orta Çağ düşünürlerinin devlet anlayışı kapsamında, devletin bireyin sahip olması gereken hak ve özgürlüklere bakış açısının son derece sınırlı olduğu görülmektedir. Özellikle kilisenin hakimiyetinin söz konusu olduğu bu dönemde, yönetilenler yöneticilere karşı hizmet ve sadakat borcu altındayken, yöneticiler de yönetenlerin can ve mal güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler.⁸³ Bu dönemde özellikle Tanrıdan kaynaklanan doğal yasa ile bireyden kaynaklanan pozitif yasanın varlığı düşüncesi çoğu zaman kral ve kilise arasında uyuşmazlıkların çıkmasına sebep olmuştur.⁸⁴ Bu uyuşmazlıklardan rahatsız olan halkın başkaldırıları sonucunda

⁷⁷ Güngör, s. 379.

⁷⁸ Aristoteles'ten etkilenecek devletin varlığını ortak yararla açıklayan Aquino'lu Thomas gibi Padova'lı Marsilius da devletin varlık nedenini ortak yararı sağlanmak olduğu fikrini benimsemiştir.

⁷⁹ Uygun, **Devlet**, s. 163.

⁸⁰ Uygun, **Devlet**, s. 163.

⁸¹ Ahmet Umut Hacıfevzioğlu, "Padova'lı Marsilius'da İktidarın Dünyeviliği", **Kilikya Felsefe Dergisi**, 2017, Sayı:3, s. 76.

⁸² Hacıfevzioğlu, s. 76.

⁸³ Merve Şimşek, Orta Çağ'da İnsan Hakları Düşüncesi, s. 9. https://www.academia.edu/32587731/ORTA_CAGDA_INSAN_HAKLARI_DUSUNCESI, e.t.: 25.08.2017.

⁸⁴ Şimşek, s. 9.

kral ve kilisenin bireylere bazı haklar tanımak zorunda kalması yavaş yavaş insan haklarının oluşmasına temel oluşturmuştur.⁸⁵

1.1.3. Yeni Çağda Devlet Anlayışı

Devlet kavramı tarihten günümüze kadar pek çok düşünürün eserlerine konu olmuş ve her döneme özgü farklı devlet anlayışları ortaya çıkmıştır. Modern anlamda devletin tam anlamıyla 16. yüzyılda kurulduğu kabul edilmektedir.⁸⁶ 15. ve 16. yüzyıllarda Rönesans'ın etkisiyle önceki dönem fikirleri sorgulanmış ve eleştirel bakış açısı yerleşmeye başlamıştır.⁸⁷ Rönesans döneminde gelişen bilim ve sanat fikirleri, o döneme hümanizm akımının da yerleşmesine neden olmuştur. Hümanizmle birlikte artık dünya görüşü bireyci bakış açısına doğru kayarak, devletin mutlakiyetçi tavrı yerini yavaş yavaş sorgulamaya ve düşünmeye bırakmıştır.⁸⁸ Bu dönem, monarşiler dönemi ve egemen iktidarın sınırlanması ve halk egemenliği başlığı altında incelenecektir.

1.1.3.1. Monarşiler Dönemi

En önemli Rönesans Dönemi düşünürlerinden biri olan *Niccolo Machiavelli* (1469-1527), o dönemde Fransa, İspanya, İngiltere gibi ülkelerde güçlü bir iktidar kurulduğunu gözlemlemiş ve İtalya'da da birliğin sağlanması için merkezi iktidar fikrini savunmuştur.⁸⁹ Orta Çağ düşüncesindeki kilise bağlılığını reddeden Machiavelli, din ve iktidarı birbirinden tamamen ayırarak laik bir iktidar modelini savunmuştur.⁹⁰ '*Prens*'⁹¹ adlı eserinde ideal iktidarı anlatmak yerine iktidarın devleti nasıl yönetmesi gerektiğini anlatmıştır. O iktidarın kaynağının Tanrı'dan veya ahlaktan geldiğini reddetmiş, ancak iktidar için herhangi bir kaynak belirtmemiştir.⁹² Kaynağını Tanrı'dan veya ahlaktan almayan kral, devleti yönetirken de bu kurallara bağlı olmamaktadır. Machievelli için tek önemli olan düzenin sağlanması için kralın her şeyi yapabilmesine müsaade

⁸⁵ Bu kapsamda halkın baskısı üzerinde yapılan antlaşmaların en önemlilerinden biri Magna Carta Libertatum olmuştur. Bu antlaşmayla halka bazı haklar tanınırken kralın ve kilisenin de yetkileri sınırlandırılmıştır. Bu anlamda Magna Carta Libertatum, insan haklarının kabulü bakımından ilk adım olması itibarıyla en önemli belge olarak kabul edilmektedir. Şimşek, s. 9.

⁸⁶ Uygun, **Devlet**, s. 185; Akın, s. 76; Akad/Dinçkol, s. 89; Işıktaş, s. 131.

⁸⁷ Işıktaş, s. 130.

⁸⁸ Işıktaş, s. 132.

⁸⁹ Uygun, **Devlet**, s. 187; Akad/Dinçkol, s. 92.

⁹⁰ Uygun, **Devlet**, s. 187.

⁹¹ Niccolo Machiavelli, **Prens**, Çev.: Kemal Atakay, Can Yayınları, Haziran, 2012.

⁹² Uygun, **Devlet**, s. 190.

etmektir.⁹³ Bu anlamda mutlak monarşiyi savunan Machiavelli, kralı herhangi bir yasa veya kuralla bağlı tutmamış, devletin işleyişi için ne gerekiyorsa yapılması gerektiğini ve “amaç” karşısında “araç”ın öneminin olmadığını savunmuştur. İktidarın sahibine devleti nasıl yönetmesi gerektiğini anlattığı eserinde, kralın devleti yönetirken kullandığı her türlü aracın, İtalya’nın birlik ve düzeninin sağlanması amacına hizmet ettiğini belirtmektedir.⁹⁴ Devletin başındaki prensin ahlaki olarak iyi olup olmadığının önemli olmadığını ve hatta gerektiğinde ülkenin birlik ve düzeni için “iyi olmaması” gerektiğini savunmaktadır.⁹⁵ Machiavelli bu bağlamda, prensin bazı koşullarda merhametli olmak yerine acımasız olması gerektiğini, çünkü fazla merhametli olmanın soygun veya katliam gibi türlü kötülöklere yol açtığını savunmaktadır.

Prens eserinin eleştirilerinde Machiavelli’nin zorba bir kral figürünü benimsediğı ve bu kralın zaman zaman ahlakdışı eylemlerde bulunabileceğini kabul etmesi, Machiavelli’nin insan haklarına önem vermediğı ve sadece ülkenin birlik ve düzenini sağlamayı amaçladığı söylenmektedir.⁹⁶ Özetle, Machiavelli’nin ‘*Prens*’ adlı eserinde, devleti ayakta tutmak için her yolun mübah olduğunu savunması, bireyin hak ve özgürlüklerinin yok sayıldığı anlamını taşımaktadır.

Machiavelli bir diğör eseri olan ‘*Söylevler*’de ise, *Prens* eserinde savunduğı monarşi yerine, cumhuriyet yönetiminin daha iyi bir yönetim şekli olduğunu savunmuştur. Machiavelli’ye göre, devletin birlik ve düzeninin monarşiyile sağlanmasından sonra, bu düzeni koruyacak en iyi yönetim şekli cumhuriyettir.⁹⁷

Rönesans döneminde yaşamış bir diğör düşünür *Jean Bodin* (1530-1596), krallığı savunmak ve devletin karma yönetimle yürütölemeyeceğini anlatmak için “Devletin Altı Kitabı” adlı eserini yazmıştır. Machiavelli’nin iktidarın kaynağını Tanrı’ya bağlamadığı fikrini benimsemiş, ancak düşünürün iktidarı ahlaki kurallarla da sınırlamamasını eleştirmiştir. Bu anlamda Jean Bodin devleti ahlakî temelle ve adaletle açıklamıştır.⁹⁸ Devletin altı kitabı adlı eserinde de devleti eşkıyaların iktidarından ayıran temel unsurun adaletle dayalı yönetim anlayışı olduğunu savunmuştur.⁹⁹ Jean Bodin, ‘egemenlik’ kavramını ‘yurttaşlar ve uyruklar üstündeki en yüksek, mutlak ve en sürekli

⁹³ Uygun, **Devlet**, s. 191

⁹⁴ Akad/Dinçkol, s. 92-93.

⁹⁵ “Konumunu korumak isteyen bir prensin iyi olmamayı öğrenmesi ve bunu duruma göre kullanması ya da kullanmaması gerekir.” Machiavelli, s. 93.

⁹⁶ Warburton, s. 80.

⁹⁷ Uygun, **Devlet**, s. 192.

⁹⁸ Uygun, **Devlet**, s. 196.

⁹⁹ Jean Bodin, **Devletin Altı Kitabı**, İkinci Kitap, s. 110.

güç' olarak tanımlayarak, kendisinden sonraki düşünörlere öncü olmuştur.¹⁰⁰ Bu anlamda Bodin, devlet ile egemenlik ilişkisi üzerinde durmuş, sağlam bir devletin varlığının egemenliğin yerleşmesinden geçtiğini belirtmiştir. Bodin'e göre egemenlik bölünmez, salt ve süreklidir.¹⁰¹ Özellikle egemenlik kapsamında süreklilik unsurunun üstünde durmuştur. Egemenliğin sürekli olarak temin edilmemesi halinde bunun egemenlik değil yalnızca bir yetki olduğunu savunmaktadır.¹⁰²

Bodin devleti tanımlarken egemenlik kavramıyla birlikte aile kavramının da üstünde durmuştur. Bodin'e göre devlet "ailelerin ve onların ortak varlıklarının egemen güç tarafından adaletle yönetimidir." Ailenin devleti oluşturan en temel unsur olduğunu söyleyen Bodin, kralı da babaya benzeterek, aile içindeki babanın mutlak yetkisi ile kralın devletteki yetkisini özdeşleştirmiştir.¹⁰³

Bodin'in görüşüne göre, kralın yetkisi pozitif yasalarla sınırlandırılmaz. Kral egemenlik hakkını kullanırken yönetilenlere danışmadan yasa yaparak kullanabilmektedir. Kralın hürriyeti ise hiçbir yasayla sınırlandırılmamaktadır.¹⁰⁴ Bunun yanında Bodin'e göre kral pozitif yasalarla sınırlı değilse de yasa yaparken doğa yasalarını dikkate almak zorundadır, çünkü doğa yasaları pozitif yasalardan üstündür. Ancak eğer egemen doğa yasalarına uygun olarak yaptığı yasalara uymazsa, egemeni kimse yargılayamamaktadır.¹⁰⁵

16. yüzyılın diğer önemli düşünörllerinden *Thomas Hobbes* (1588-1679), doğal hukuk anlayışını benimsemiş, yurttta sürekli bir barışın kurulmasını ve yurttaşların mutluluğa ermelerini doğrudan doğruya, kuvvetli ve salt bir Devlet otoritesinin kurulmasına bağlamıştır.¹⁰⁶

Hobbes, devletin toplumsal düzenin sağlanması için insanlar tarafından meydana getirildiğini savunur. Devletin 'toplum sözleşmesi' ile ortaya çıktığını söyleyen Hobbes, toplum öncesi "doğal yaşamda" insanlar her istediklerini yapmakta özgürdür ve tüm haklar bakımından bütün insanlar eşittir. Ancak herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin her hakka sahip olması, insanlar arasında karmaşa yaratmaktadır.¹⁰⁷ Düşünür

¹⁰⁰ Ahmet Cevizci, **Felsefenin Kısa Tarihi**, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2015, s. 268.

¹⁰¹ Akad/Dinçkol, s. 95.

¹⁰² Akad/Dinçkol, s. 101

¹⁰³ Abdurrahman Saygılı, "Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Sayı:63, s. 187-188

¹⁰⁴ Uygun, **Devlet**, s. 200-201.

¹⁰⁵ Uygun, **Devlet**, s. 201.

¹⁰⁶ Akın, s. 103; Akad/Dinçkol, s. 106.

¹⁰⁷ Yavuz Kılıç, Hobbes, Locke Ve Rousseau'da "Doğa Durumu" Düşüncesi, s. 102, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/219966>, e.t.: 19.12.2017.

bu karmaşanın sona ermesi ve barışın sağlanması için ise insanların bir araya gelerek bir sözleşme yaptığını belirtir.¹⁰⁸ Hobbes'a göre, insanlar bir sözleşme yaparak belirli haklarını bir devlete bıraktıklarında tüm bu kargaşa sona erecek, toplumsal barış sağlanacaktır. Ona göre, bireylerin düzen içerisinde yaşamalarının tek yolu bu sözleşme ile bir iktidarın buyruğu altına girmeleridir. İnsanlar kendi doğal haklarından vazgeçerek, bir sözleşmeyle bu haklarını iktidara bırakmayı kabul etmişlerdir.¹⁰⁹ Ancak bu sözleşmeyi devletle değil kendi arasında yaptığı için egemen bu sözleşmeyle bağlı değildir.¹¹⁰

Hobbes, Leviathan'da tek başlı bir canavar tasviriyle devleti tanımlar. Bu baş, hiçbir sınır tanımayan, devleti yöneten bir canavardır. Hobbes barışın sürmesinin en temel yolunun bu olacağına inandığı için devlet iktidarına sınırsız yetkiler öngörmüştür. O'na göre toplum sözleşmesinin tarafı olmayan devlet, hiçbir yasayla bağlı değildir. Devletin egemenliği sınırsız, sürekli ve mutlak.¹¹¹ Bu anlamda eserinde de mutlak monarşiyi savunan Hobbes'a göre, karma yönetimler devletin varlığını tehlikeye düşürerek, bölünmezliğe zarar vermektedir.¹¹²

Hobbes insanların doğuştan sahip olduğu birtakım doğal hakları olduğu fikrini benimsemiştir. Düşününün doğal hukuk anlayışına göre, kişiler geçerli olan sözleşmelere uymalıdır.¹¹³ Adalet anlayışı da bu düşüncesine dayanan Hobbes, kişiler toplum sözleşmesi yaparak haklarını egemene devrettiklerinde artık bu sözü tutmamalarını adaletsizlik olarak nitelendirmektedir.¹¹⁴ Bu anlamda adalet ve devleti birbirinden ayırmayan düşünür, adaletin devletle birlikte ortaya çıktığını söylemektedir.¹¹⁵ Hobbes sözleşmeye bağlılık çerçevesinde kişilerin devletten herhangi bir hak talep edemeyeceklerini söylemiş, ancak kişinin kendini koruması ve güvenliği sağlayamayan devlete karşı direnmesi konusunu istisna kabul etmiştir.¹¹⁶ Hobbes'ın mutlak egemenlik anlayışı çerçevesinde, bireylere bu istisnayı tanımış olması, kişinin

¹⁰⁸ Uygun, **Devlet**, s. 204-205; Akad/Dinçkol, s.106-107; M. Semih Gemalmaz, s.209; Akın, s. 107-108.

¹⁰⁹ Akın, s. 109.

¹¹⁰ Akad/Dinçkol, s. 107.

¹¹¹ Uygun, **Devlet**, s. 208.

¹¹² Uygun, **Devlet**, s. 209.

¹¹³ Uygun, **Devlet**, s. 210.

¹¹⁴ Thomas Hobbes, **Leviathan**, 1993, Kitap 1, Bölüm 15, s. 106.

¹¹⁵ Uygun, **Devlet**, s. 211.

¹¹⁶ Güriz, s. 183.

vazgeçilmez ve devredilmez temel hakları olduğu düşüncesinin gelişmesinde etkili olduğu söylenebilir.¹¹⁷

1.1.3.2. Egemen İktidarın Sınırlanması ve Halk Egemenliği

Bu dönemde Orta Çağ'ın kral ve kilise anlaşmazlığında galip gelen kralın egemenliğinde ve mutlak monarşi yönetiminin sağlanmasında burjuvazinin önemli bir yeri bulunmaktaydı.¹¹⁸ Tarımın yerini ticaretin almasıyla, sermayenin önemi yavaş yavaş kendini göstermeye başlamış, ticarete dayalı girişimlerin artması ve bu anlamda sermayenin oluşması ise burjuvazi kesiminin yararına olmuştu. Ticaret burjuvazileri yararına bu düzenin korunması için güçlü iktidarların olması gerekmektedir. O dönemdeki krallıklar bu ticaret bazlı yeni sistemi korumak adına burjuvazinin istediği gibi güçlü bir iktidar kurmak için önlemler alma yoluna gittiler. Ekonomiye egemen olan bu yeni sınıf, bu güçlü iktidarın oluşması için tüm yetkilerin kralın elinde toplanması gerektiğine inanmaktaydı. Krallık ise güçlü bir merkezi sistem kurmak için yapacağı düzenlemelerin parasal kaynağını burjuvazi kesiminden karşılayacağı için, bu yeni sınıfın beklediği ihtiyaçları karşılamak durumunda kalmıştır.¹¹⁹

Egemen iktidarın sınırlanmasını 'doğal hukuk' teorisine ve 'toplum sözleşmesi'ne göre savunan *John Locke*'a göre insanlar, doğal yaşama düzenlerinde eşit ve özgür olarak yaşamaktaydılar.¹²⁰ Hobbes'un aksine¹²¹ Locke'a göre bu doğal yaşama hali bir kargaşa değil bir düzen içermektedir ve bunun nedeni de herkesin özgürce yaşamasını sağlayan temel yasanın akıl olmasından kaynaklanmaktaydı.¹²² Locke bu akıl yasasını, doğa yasası olarak açıklamakta ve olması gerekeni söyleyen evrensel bir yasa olarak kabul etmekteydi.¹²³ Locke, bu doğal yaşama durumundan çıkıp, toplumsal sözleşmeyle devletin kurulması gerekliliğini ise, kişilerin cezalandırma hakkının devredilmesiyle açıklamaktadır.¹²⁴ Kişilerin kendi haklarının ihlal edilmesi sonucunda duydukları öfkeye hâkim olamayacaklarını söyleyerek, bu durumda kendi cezalandırma

¹¹⁷ Herkesin koşullar ne olursa olsun, yaşamını korumak için direnme hakkı ya da itaatsizlik özgürlüğünün olduğunu kabul eden Hobbes bu düşüncesiyle vazgeçilmez hak kavramını ortaya atmış ve insan hakları tarihinde önemli bir yer teşkil etmiştir. M. Semih Gemalmaz, s. 209.

¹¹⁸ Uygun, **Devlet**, s. 216-217.

¹¹⁹ Uygun, **Devlet**, s. 217.

¹²⁰ Cevizci, s. 336; Uygun, **Devlet**, s. 219; Güriz, s. 186.

¹²¹ Hobbes'a göre doğal yaşama düzeninde insanlar özgür ve eşitlerdi ancak sahip oldukları bu özgürlüklerini herhangi bir sınırlama olmaksızın kullandıkları için bu durum insanları kargaşaya sürüklemekteydi ve toplumda çatışmaya yol açmaktaydı. Bk. yukarıda dn.100.

¹²² Güriz, s. 186.

¹²³ Cevizci, s. 336.

¹²⁴ Uygun, **Devlet**, s. 219; Güriz, s. 187.

haklarını kullanacak ve toplumun düzenini bozacaklardır.¹²⁵ İşte bu sebeple toplumla bir sözleşme imzalanarak, kişilerin sahip oldukları cezalandırma yetkisini devleti kurarak ona devretmişlerdir.

Locke'un devlet anlayışı liberal öğretinin de temelini atıldığı egemenin sınırlandırılması fikrine dayanmaktadır. Doğal yaşama döneminde insanların doğuştan sahip olduğu bazı hakları olduğunu belirten düşünür'e göre devlet, kişilerin bu haklarına zarar vermeden sadece güvenliği sağlamak için kurulmuştur.¹²⁶ Bu düşüncesinin devamı olarak Locke, kişilere devlete karşı direnme hakkını da tanımıştır. Şöyle ki devlet, kendisine verilen yetkiler dışında kişilerin özgürlüklerine müdahale ederse, bu halde hakları ihlal edilen kişilerin devlete karşı direnme hakkı olduğunu savunmaktadır.¹²⁷

Locke devleti tanımlarken, devletin üç ayrı güce sahip olduğunu söyleyerek güçler ayrılığı ilkesinin benimsenmesine de büyük bir katkı sağlamıştır.¹²⁸ Kişilere direnme hakkını da tanıyan düşünür, bu hakkı devletin organlarının ayrılığına dayandırmaktadır. Yasama, yürütme ve federatif güç olarak tanımladığı bu organlardan yasama organı toplumun korunması için devlet organlarının işleyişini yasa yoluyla belirleyen organdır. Yürütme ise, koyulan bu yasaların uygulanmasını sağlarken federatif güç ise, savaş ve barış gibi uluslararası işlerle ilgilenmektedir.¹²⁹

Geliştirdiği kuvvetler ayrılığı ilkesiyle kişilere tanıdığı direnme hakkını özellikle yürütme gücünün yasaları uygulama görevini yerine iyi getirmediğinde uygulanabileceğini belirten düşünür, devletin düzeninin ve güvenliğinin sağlanması için devletin keyfi uygulamalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.¹³⁰

18. yüzyıl düşünürlerinden *Charles Louis Montesquieu* (1689-1755), iktidarın sınırlandırılmasını savunurken çağın diğer düşünürleri gibi 'doğal hukuk' teorisine dayanmamaktadır.¹³¹ Ona göre, ülkenin yönetim şekli ve yasaları, o ülkenin coğrafi koşullarına, iklimine, fiziksel ve özel koşullarına göre değişkenlik göstermektedir ve herhangi bir yönetim şekli ancak bu koşullar değerlendirilerek kötü veya iyi olarak nitelendirilebilmektedir.¹³²

¹²⁵ Uygun, **Devlet**, s. 220.

¹²⁶ Akad ve Dinçkol, s. 130; Uygun, **Devlet**, s. 219-220.

¹²⁷ Uygun, **Devlet**, s. 221.

¹²⁸ Güriz, s.130.

¹²⁹ Ayhan Yalçinkaya ve Mehmet Ali Ağaoğulları, **Siyasi Düşünceler Tarihi**, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Yayını, Ocak, 2013, s. 144-145, Uygun, **Devlet**, s. 224; Güriz, s. 188.

¹³⁰ Akad/Dinçkol, s. 132.

¹³¹ Uygun, **Devlet**, s. 233.

¹³² Cevizci, s. 359; Uygun, **Devlet**, s. 231.

Montesquieu'ya göre yönetim şekilleri 'cumhuriyet', 'monarşi' ve 'despotizm' olarak üç gruba ayrılır. Cumhuriyeti demokratik cumhuriyet ve aristokratik cumhuriyet olarak ayıran düşünür, demokratik cumhuriyette herkesin halk tarafından yapılmış yasalara göre yaşadığını, aristokratik cumhuriyette ise, halkın bir kısmının koyduğu yasaların geçerli olduğunu belirtmiştir.¹³³ Yönetim şekillerini tanımlarken, erdemın önemi üzerinde duran düşünür, uygulanan yasaların halk tarafından yapılmasının, halkın erdemli olması ve ortak yararı kendi çıkarlarının üstünde tutma gerekliliğini doğurduğunu savunmaktadır.¹³⁴ Ancak düşünür, cumhuriyetin eski çağlarda kaldığını söyleyerek cumhuriyetin iyi bir yönetim şekli olmadığını savunmaktadır.¹³⁵ Monarşi yönetimi için ise, temel unsurun 'onur' olduğunu söylemiş ve yasaların soyluların şan ve şereflerini güvence altına almak için yapıldığını belirtmiştir. Ona göre, monarşi yönetimi özgür bir yönetim olup, liberalizm kapsamında herkes kendini gerçekleştirmesi için uygun bir yönetimdir. Çünkü insan onuru gereği hep sınıfsal atlama ister ve kişinin bu amaç için kendi çıkarlarına hizmet etmesi günün sonunda toplumun çıkarlarına hizmet etmesini sağlamaktadır.¹³⁶ Son olarak despotizm ise, korkudan beslenir ve akıldışı bir yönetimdir. Kişiler duydukları korku sebebiyle iktidara sorgusuzca itaat ederler.¹³⁷

Montesquieu, John Locke'un temelini attığı kuvvetler ayrılığı ilkesini teorileştirerek günümüz anayasalarına çok büyük katkı sunmuştur.¹³⁸ Yasa yapma, yasayı uygulama ve uyuşmazlıkları çözmek şeklinde 'yasama', 'yürütme' ve 'yargı' organlarının tanımını yapan düşünür, iktidar gücünün kötüye kullanılmaması için iktidarın bizzat kendisini sınırlaması gerektiğini savunarak, bu kuvvetlerin ayrı olması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁹

İnsan haklarının yavaş yavaş ortaya çıktığı bu dönemde, devlet iktidarının sınırlandırılması gerektiğini savunan ve kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen düşünür, özgürlüğü, yasanın izin verdiği her şeyi yapma olarak tanımlamaktadır.¹⁴⁰ Eşitlik üzerinde de duran düşünür, insanın doğal yaşamında sahip olduğu ve sonra kaybettiği

¹³³ Uygun, **Devlet**, s. 233, Cevizci, s. 360.

¹³⁴ Uygun, **Devlet**, s. 234.

¹³⁵ Yalçınkaya/Ağaoğulları, s. 189.

¹³⁶ Yalçınkaya/Ağaoğulları, s. 189, Uygun, **Devlet**, s. 234.

¹³⁷ Yalçınkaya/Ağaoğlu, **Devlet**, s. 190.

¹³⁸ Uygun, **Devlet**, s. 235.

¹³⁹ Uygun, **Devlet**, s. 235.

¹⁴⁰ Özgürlük aynı zamanda ilke olarak, yasanın emretmediği herhangi bir şeyi yapmaya zorlanmamayı da içermektedir. M. Semih Gemalmaz, s. 223; bkz. Montesquieu, **Kanunların Ruhı**, Kitap 26, Bölüm 20, s. 514-515.

eşitliğini ancak yasa yoluyla tekrar elde edebileceğini söylemiştir.¹⁴¹ Kişinin özgürlüklerini savunan düşünür, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bu anlamda önemini vurgulayarak, organların tek bir güç elinde birleştiği durumda özgürlük diye bir şeyin kalmayacağını savunmaktadır.¹⁴²

18. yüzyılda yaşamış ve demokrasi fikrinin gelişmesinde öncü olmuş düşünür *Jean Jacques Rousseau* (1712-1778), kendi dönemindeki diğer düşünürler gibi devletin oluşmasını ‘toplum sözleşmesi’ne dayandırmıştır.¹⁴³ Çağının diğer düşünürleri gibi doğal yaşama döneminden bahseden düşünür, bu dönemde insanların eşit ve özgür olduklarını söylemiştir.¹⁴⁴ Doğal yaşama dönemindeki özgürlük ve eşitlik özel mülkiyet gibi sebeplerle bozulunca ortaya uygar toplumun çıktığını söylemiş ve eşit ve özgür doğan insanın bu haklarını elinden alan uygar toplumu kabul etmemiştir.¹⁴⁵ Bozulan eşitlik ve özgürlük düzenini düzenlemek için ise insanlar toplum olarak bir toplum sözleşmesi yapmalıdır.¹⁴⁶ Toplum sözleşmesinin yapılmasına tüm insanların katılmasını öngören düşünür, bu anlamda doğrudan demokrasi fikrini de geliştirmiştir.¹⁴⁷

Rousseau toplum sözleşmesini, diğer düşünürler¹⁴⁸ gibi tek tek bireylerin değil toplumun, yani halkın kendisinin yaptığı fikrini benimsemiş ve bunun sonucu olarak da halk egemenliğini savunmuştur.¹⁴⁹ Bu anlamda yasa koyma yetkisinin halka ait olduğunu savunan düşünür, aynı zamanda yasaların amacını da eşitlik ve özgürlüğün sağlanması olarak tanımlamaktadır.¹⁵⁰ Düşünüre göre, toplum sözleşmesi hem kişilerin kendisiyle yapmış olduğu hem de devletle yapmış olduğu bir sözleşme içeriğine sahip olduğu için aslında herkesi bağlamaktadır.¹⁵¹ Kişi bu sözleşmeyle hem toplumun diğer

¹⁴¹ M. Semih Gemalmaz, s. 224.

¹⁴² M. Semih Gemalmaz, s.225.

¹⁴³ Cevizci, s. 393, Uygun, **Devlet**, s. 236; M. Semih Gemalmaz, s. 235; Jean Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev.: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ocak, 2017.

¹⁴⁴ “İnsan özgür doğar ama her yerde zincire vurulmuştur.”. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 4.

¹⁴⁵ Uygun, **Devlet**, s. 237. bkz. Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, Say Yayınları, 2013, s. 144-145.

¹⁴⁶ “Üyelerinden her birinin canını malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalı ki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun.” Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 14.

¹⁴⁷ Düşünür doğrudan demokrasi anlayışını Toplum Sözleşmesi eserinde her bireyin sözleşme yapılırken özgür iradesiyle katılması ve oybirliğiyle karar alınması şeklinde tanımlamıştır. Uygun, **Devlet**, s. 238; Bk. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 102.

¹⁴⁸ Thomas Hobbes ve John Locke da devletin oluşumunu toplum sözleşmesine dayandırmışlardır ancak onların düşüncesine göre bu sözleşme tek tek bireylerin yapmış olduğu bir sözleşmedir. Bu anlamda Rousseau’nun bahsettiği halk egemenliğinden bahsetmemişlerdir.

¹⁴⁹ Uygun, **Devlet**, s. 238.

¹⁵⁰ M. Semih Gemalmaz, s. 235.

¹⁵¹ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 16.

üyelerine karşı hem de devlete karşı sorumluluk almaktadır, ancak bu sözleşme hiçbir şekilde kişinin özgürlüklerini sınırlandırmamaktadır.¹⁵²

Rousseau, egemenin genel iradeyle seçildiği düşüncesine paralel olarak egemenliğin devredilemeyeceğini ve bölünemeyeceğini belirtmektedir.¹⁵³ Genel irade Rousseau'ya göre kamu yararadır, devredilmez ve bölünemez niteliktedir.¹⁵⁴ Ancak düşünür egemenin sınırlarını da Toplum Sözleşmesi adlı kitabında belirtmiş ve mutlak bir egemenlik öngörmemiştir. Devletin, üyelerinin birleşiminden oluştuğunu söyleyen düşünür, devletin kendisini kuran genel iradenin devrettiği haklarını aşan hiçbir şeyi yapmaya zorlayamaz demektedir.¹⁵⁵ Bu anlamda egemen güç, toplum sözleşmesinin yani genel iradenin mümkün kılmadığı herhangi bir şey talep edemez ve kişiler bu sözleşme dışında sahip oldukları hakları istedikleri gibi kullanabilirler.¹⁵⁶

Rousseau adaletin kaynağını Tanrı olarak göstermiş, ancak insanların bu adalete erişebilmeleri için başka bir güce ihtiyacı olduğunu söylemiştir.¹⁵⁷ Kişilerin adalete erişebilmelerinin yolunun yasa olduğunu kabul eden düşünür, yasaların genel bir kural olarak kamu yararını gerçekleştirmek için yapılmış olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁵⁸ O'na göre yasalar asla özel bir kişiyi veya bir durumu ele almaz, genel kurallar olarak ortaya çıkan yasalar, bir bütün olarak toplumun özgürlüklerini koruyan ve toplumun yararına konulan kurallar bütünüdür.¹⁵⁹

Yasama gücünün daima halkta olduğunu belirten düşünüre göre, ancak halk ile egemen arasında bir köprü görevi gören ve yasaları uygulayan yürütme gücüne kimin sahip olduğu farklılık gösterebilmektedir.¹⁶⁰ Düşünür yönetim şekillerini yönetme gücüne göre sınıflandırarak, yönetme gücü halkın tamamına veya bir kısmına bırakılırsa 'demokrasi', azınlığa bırakılırsa 'aristokrasi' ve eğer tek bir kişiye bırakılırsa da

¹⁵² Rousseau'ya göre, kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmamasının nedeni, toplum sözleşmesi ile kurdukları egemen varlığa tabi olmalarıdır. Ona göre egemen varlık toplum sözleşmesiyle, yani genel iradeyle kurulmuştur. Bu durumda, kişilerin egemen varlığa itaat etmeleriyle kendi iradelerine itaat etmeleri aynı şey olarak kabul edilmektedir. M. Semih Gemalmaz, s.239.

¹⁵³ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 23-24.

¹⁵⁴ Uygun, **Devlet**, s. 241.

¹⁵⁵ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 28-30.

¹⁵⁶ “Egemen varlık ne denli mutlak, ne denli kutsal, ne denli dokunulmaz olursa olsun, genel sözleşmelerin sınırlarını aşamaz ve her insan bu sözleşme gereğince, mallarından özgürlüklerinden kendisine ne kaldıysa, ondan tümüyle ve istediği gibi yararlanabilir.” Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 30-31.

¹⁵⁷ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 34.

¹⁵⁸ Uygun, **Devlet**, s. 243.

¹⁵⁹ Rousseau, s. 36.

¹⁶⁰ Yazar, geleneksel olarak yönetim biçimleri daima yasama gücünün kimde olduğuna göre sınıflandırılmasından dolayı Rousseau'nun yürütme gücüne göre bir sınıflandırma yapmasının gözden kaçırıldığını belirtmektedir. Uygun, **Devlet**, s. 250.

‘monarşi’ olacağını belirtmiştir.¹⁶¹ Bu yönetim şekillerinden hangisinin en iyisi olduğu konusuna değinmeyen düşünür için bir yönetim şeklinin iyi olup olmadığı o devletin düzeninin devamlı olup olmadığına bakılarak anlaşılabilmektedir.¹⁶² Hangi yönetim şekli olursa olsun devletin ortadan kalkmasının temel nedeni ise, yönetme gücünü elinde bulunduran kişi veya kişilerin genel iradeye yani toplum sözleşmesine aykırı davranmasıdır.¹⁶³

‘Toplum sözleşmesi’ kavramıyla egemen iktidarın sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin gelişmesinde önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Yukarıda bahsedilen düşünörlere göre de insanlar zaten doğal yaşamda özgörlürlüdür ancak toplumsal yaşam içerisinde bu özgörlüklerin bazı sınırlamalara tabî olması gerekmektedir. Bu anlamda, dönemin düşünörlüne göre, insanlar temel hak ve özgörlöklere devletin onlara bu hakları tanınmasıyla değil, zaten doğuştan sahiplerdir.

1.1.4. Modern Devlet Anlayışı

1.1.4.1. Liberal Devlet

Liberal devlet köken olarak İngiltere’de doğmuş olmakla birlikte, etkisi Fransa, Amerika gibi ölkelerde de görölmüştür. Liberalizmin doğuşu Avrupa’da skolastik düşünöcenin anlamını yitirmesi ve feodal düzenin yıkılmasıyla gerçekleşmiştir. Feodal düzende kral ve kilise arasındaki üstönlük mücadelesi ve toplum içindeki toprağa bağılılıkla birlikte sınıfsal ayrılıklar yaşanması liberalizmin doğuşunda büyük önem taşımaktadır.

Aydınlanma Çağı düşünörlülerinin etkisiyle ortaya çıkmış liberalizm akımının temeli 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisinin ilk maddesinde “İnsanlar özgörlü doğarlar ve yaşarlar, hepsi yasa karşısında eşittir.”¹⁶⁴ ifadesiyle açıklanmıştır. Buradan yola çıkarak liberal ideolojinin temelini ‘özgörlük’ ve ‘eşitlik’ olduğu anlaşılmaktadır. Aydınlanma Çağı’ndan önce de düşünörlüler eserlerinde bireylerin özgörlüklerinin korunması ve devlet iktidarının sınırlandırılması hususlarını

¹⁶¹ Uygun, **Devlet**, s.2 50-251, bkz. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 61-62.

¹⁶² Akın, s. 172.

¹⁶³ Akın, s. 173.

¹⁶⁴ “Madde 1: İnsanlar, özgörlü ve eşit haklarla doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayandırılabilirler.” Alev Alatlı, **Batı’ya Yön Veren Metinler III**, Melisa Matbaacılık, Ekim 2010, s. 939.

ele alarak liberal akımın kökenlerinin oluşumuna katkı sağlamışlardır.¹⁶⁵ Liberalizm düşüncesinin temelini oluşturan doğal hak kavramı toplum sözleşmesiyle desteklenmiş, ancak liberal doktrin bunun yetersiz olduğunu ve bireyi devletten bağımsız bir ferd olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.¹⁶⁶

Toplum sözleşmesiyle benimsenen, devlet, sözleşme ile bireylerin kurduğu düşüncesi, devletin yapay bir varlık olduğunu söyleyen liberalizm akımıyla desteklenerek, devletin varlık amacının yalnızca bireylerin çıkarlarını korumak olduğu savunulmaktadır.¹⁶⁷ Bu kapsamda, bireylerin hem iktidarı seçmesi öngörülürken hem de bireylerin sahip olduğu hakların devlete ve diğer bireylere karşı korunması sağlanmaktadır.

Liberalizmin esaslarından birini teşkil eden ‘devlet iktidarının sınırlanması’, bireylerin sahip olduğu özgürlüklerin en iyi şekilde korunması açısından olmazsa olmazdır. Bireylerin doğuştan sahip oldukları doğal haklar olduğunu savunan liberal görüşte devlet yalnızca toplum iradesi tarafından belirli hakların devredildiği ve fakat bireylere özgürlüklerini kullanmaları bakımında herhangi bir müdahalede bulunmaması gereken sınırlı bir yapı olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁸ Liberal öğretide devlet rejiminin ne olduğunun bir önemi yoktur, önemli olan rejim ne olursa olsun devlet iktidarının sınırlı olmasıdır.¹⁶⁹

Liberalizmin devlet iktidarının sınırlanmasından başka en temel özelliklerinden biri de ‘bireylerin özgürlüğünü savunması’dır.¹⁷⁰ Öyle ki, bireyi diğer tüm varlıklardan ayıran onun sahip olduğu özgürlüklerdir.¹⁷¹ Liberalizm’e göre, esas olarak kişilerin özgür olduğu ve bu özgürlüklerini kullanırken hiçbir zorlamaya tabi olmadıkları kabul görmektedir.¹⁷² Bu bağlamda, devletin görevi yalnızca bireylerin sahip oldukları bu

¹⁶⁵ Antik Çağ akımlarından Stoisizm, diğer düşünürler gibi devleti her şeyin üstünde tutmayıp, aklın devlet gücünün üstünde olduğunu savunmuş, Orta Çağda ise, Podovalı Marsilius devletin varlığı kişilerin mutluluğu ve huzuru olarak açıklayarak bireye ayrıca bir anlam addetmiştir. Bu anlamda eski dönemlerde insan haklarının tam olarak geliştiğini söylemek mümkün değilse de bu düşüncelerin etkisini yadsımak mümkün değildir. Münci Kapani, **Kamu Özgürlükleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 453, s. 17-25; Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2012, s. 38-40.

¹⁶⁶ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Temmuz, 2017, s. 134.

¹⁶⁷ Uygun, **Devlet**, s. 296.

¹⁶⁸ Gözler, **İnsan Hakları**, s.134-135; Karagöz, s.278; Kapani, s. 39-40.

¹⁶⁹ Uygun, **Devlet**, s. 299.

¹⁷⁰ Liberalizmi diğer ideolojilerden ayıran en önemli unsur, oldukça az tehdit ve sınırlamaya tabi olması ve insan özgürlüğüne çok daha fazla değer veren bir ideoloji olmasıdır. David Conway, **Klasik Liberalizm**, Çev. Atilla Yayla, Liberte Yayınları, Kasım, 2013, s. 151.

¹⁷¹ Uygun, **Devlet**, s. 299.

¹⁷² Friedrich August von Hayek, **Liberalizm**, (Çev. Ünsal Çetin), Liberal Düşünce, Cilt 14, Sayı: 55, 2009, s. 208.

özgürlükleri kullanmalarını sağlamak ve bu özgürlükleri korumaktır.¹⁷³ Bu anlamda liberal öğreti, bireyler, devleti hak ve özgürlüklerini korumak için kurduklarında, ona yalnızca negatif yükümlülük yüklemekte, bunun dışında devletin pozitif yükümlülüğünü kabul etmemektedir. Birey, doğuştan sahip olduğu doğal haklar ve özgürlüklerle devletten daha üstün bir varlık olarak bu haklarını devletin negatif yükümlülüğü çerçevesinde, yani devletin müdahalelerine tabi olmadan kullanabilmelidir.

Liberalizmin eşitlik anlayışında ise, insanların doğuştan sahip olduğu doğal hakların savunulmasına paralel olarak herkesin sadece insan olduğu için eşit değere sahip olduğu savunulmaktadır.¹⁷⁴ Ancak liberal düşünce akımında bahsedilen eşitlik yasa önünde eşitlik.¹⁷⁵ Esas olarak eşitlik anlayışı, her bireyin özgürlüklerini devlet müdahalesi olmaksızın kullanması ve bu özgürlüklerinin kullanılmasının her birey için geçerli olan yasalarla güvence altına alınmasıdır.¹⁷⁶

Liberalizm, esas itibarıyla bireyciliğe dayalı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını esas alan, temelinde devletin değil, bireyin olduğu bir akımdır.¹⁷⁷ Liberal doktrinde bireyler özgürlerdir ve bu özgürlüklere hiç kimsenin baskısı ve zorlaması olmadan sahiptirler. Liberal öğretinin anlaşılmasında çok büyük bir yere sahip olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde de devlet, bireyle açıklanmaktadır. Liberalizmin bireyci anlayışıyla kaleme alınmış bildirge, insanların eşit ve özgür olduklarını belirterek devletin bu özgürlükleri sınırlandıracak hiçbir müdahalesini kabul etmemektedir.¹⁷⁸ İnsan haklarının kavramsal olarak ortaya çıkışında en temel belgelerden biri olarak kabul edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, insanın doğuştan gelen devredilmez ve mutlak hakları olduğunu savunmaktadır.¹⁷⁹ Liberalizm genel olarak birey ve bireycilik üzerine kurulu bir anlayış olması itibarıyla birey, üstün bir değer olarak görülerek, devlet bireylerin oluşturduğu bir varlık olarak bireyden daha alt bir varlıktır.¹⁸⁰ Bu anlamda, o dönemin fikirlerine göre, devlet-birey ilişkisi, devletin tamamen bireyler tarafından bireylerin özgürlüklerini korumak için oluşturulmuş yapay

¹⁷³ Rona Aybay, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Ekim, 2017, s. 129.

¹⁷⁴ Uygun, **Devlet**, s. 299.

¹⁷⁵ Aybay, s. 129-130.

¹⁷⁶ Yeşim Özer Dal, Liberal Eşitlik Anlayışı ve Uluslararası Mekanizmalar, s.23, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7186>, e.t.: 26.12.2017. (e.t.: 26.12.2017).

¹⁷⁷ Uygun, **Devlet**, s. 296-297; Yıldız Karagöz, "Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük", **C.Ü Sosyal Bilimler Dergisi**, Aralık, 2002, Sayı:26, s. 276-278.

¹⁷⁸ *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Madde:2 Bütün siyasi birliğin amacı, insanın doğal ve daimi haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, güvenlik, mülkiyet ve baskıya karşı direnme haklarıdır.*

¹⁷⁹ Aybay, s. 128.

¹⁸⁰ Uygun, **Devlet**, s. 296-297.

bir yapı olarak ortaya çıktığı ve devletin görevinin sadece kişinin doğuştan getirdiği hakları korumasından ibaret olduğudur.¹⁸¹

İnsan haklarının da temelini oluşturan ve insanların sırf insan olmalarından kaynaklanan hakları olduğunu savunan liberal öğretide kişiler “özgürlük”, “mülkiyet” ve “yaşam hakkı” olarak üç temel hakka sahiplerdir.¹⁸² Kişilerin bu haklara doğuştan sahip olduğunu savunan bu görüşe göre, bu haklar devredilmez ve hiçbir organ tarafından ihlal edilemez haklardır. Bunun yanında, bildirgede sayılan hak ve özgürlükler arasında, ‘kişi dokunulmazlığı’, ‘düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğü’, ‘inanç özgürlüğü’ gibi hakların bulunması, günümüzde insan hakları olarak kabul edilen hakların kapsamının bu belgede şekillendiğini de göstermektedir.¹⁸³

1.1.4.2. Sosyal Devlet

Liberalizm esas olarak, bireylerin özgürlük ve eşitlik haklarının savunulması ile devlet iktidarının sınırlanması boyutunu ifade etmekle birlikte, ekonomik anlamda da kişinin özgürlüğünü savunmaktaydı. Bu anlamda ekonomik özgürlük, aslında hedeflenen eşitlikten uzaklaşılmasına sebep olmuştu.¹⁸⁴ Bunun temel nedeni de, kişiyi sadece birey olarak ele alan ve toplumsal bir varlık olarak düşünmeyen liberalizm akımının etkisinin teoride kalması ve kişileri özgürleştirirken aynı zamanda yoksullaştırmasıydı.¹⁸⁵

Ticaretle uğraşan burjuvazinin yaptığı liberal devrimle devletin müdahalesinden yoksun olan ticaret yaygınlaşırken, gelişen kapitalizmle işçi sınıfı ortaya çıkmış ve eşitlik ortadan kalkarak, hak ve özgürlükler büyük zarara uğramıştır.¹⁸⁶ Kişiyi sadece birey olarak ele alan ve toplumsal bir varlık olarak düşünmeyen liberalizm akımının etkisi teoride kalmış, kişileri özgürleştirirken yoksullaştırmıştır.¹⁸⁷

Sosyal devlet anlayışı, bireyin devletin kaynağı olduğu fikrini kabul ederken, bireyin, sosyal, ekonomik veya kültürel alanlarda da eşit olması gerekliliğini savunmaktadır.¹⁸⁸ 19. yüzyılın ortalarında kapitalizmle yoksullaşan işçi sınıfı, devletin

¹⁸¹ Yıldız Karagöz, s. 277.

¹⁸² Yıldız Karagöz, s. 277.

¹⁸³ Aybay, s. 134-136.

¹⁸⁴ Uygun, **Devlet**, s. 302.

¹⁸⁵ Kapani, s. 50-51.

¹⁸⁶ “Devletin ekonomiye müdahale etmediği düzende, geniş kitleler bakımından toplumdaki eşitsizlik derinleşmiş ve hak ve özgürlükler kullanılamaz hale gelmiştir. Sonuçta, kapitalizm ile siyasal liberalizmin daha adil bir toplum düzenine ilişkin bütün beklentileri ortadan kalkmıştır. Uygun, **Devlet**, s. 302.

¹⁸⁷ Kapani, s. 50-51.

¹⁸⁸ Uygun, **Devlet**, s. 305.

pozitif yükümlülüklerle sahip olmaması sebebiyle doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlükleri kullanamaz hale gelmişlerdi.¹⁸⁹ Bu da liberalizm düşüncesinde savunulan eşitlik hakkının herkes için değil, sadece belli bir kesim için kullanılabilir hale geldiğini ve liberalizmin bireyci anlayışının hak ve özgürlük anlamında elverişli olmaktan çıktığını göstermekteydi.

Sosyal devlet anlayışıyla liberal öğretilerde savunulan eşitlik ve özgürlük anlayışı terk edilmemiş, yerine bu haklara ek olarak başka haklar benimsenmiş ve yeni ilkeler getirilmiştir. Bu bağlamda devletin liberalizm anlayışında benimsenen hak ve özgürlüklerini kullanabilmelerini sağlayacak pozitif yükümlülüklerle sahip olması gerektiği savunularak, buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.¹⁹⁰

Esasen sosyal devlet anlayışıyla bireyin tek bir varlık olarak üstünlüğünün yanında sosyal bir varlık olduğu inancı da yerleşmiş ve toplumsal bir varlık olarak bireyin yasalar önünde olduğu kadar sosyal ve ekonomik alanda da eşit olmasının gerektiği düşüncesi benimsenmiştir.¹⁹¹ Bu anlayış, liberalizmde öngörülen eşitlik ve özgürlük haklarını yetersiz bularak, siyasal liberalizmle öngörülen, devletin, bireylerin doğuştan sahip olduğu haklara dokunmamasını savunan negatif yükümlülüklerinin yanında, devlete bireylerin eşitliğinin sağlanması için gereken desteği vererek pozitif yükümlülük verme yoluna gidilmiştir.¹⁹² Bu pozitif yükümlülük, devletin bireylere gereken eğitim, sağlık, güvenlik gibi ihtiyaçların karşılanmasına destek vermesini gerektirmektedir. Bu bağlamda sosyal devlet anlayışının gelişmesi bireyler arasındaki eşitsizliğin en az seviyeye inmesine ve bireylerin sosyal haklardan eşit seviyede yararlanmasına olanak sağlamaktadır.¹⁹³

Sosyal devlet anlayışını benimseyen ilk belge 1848 Fransız Anayasası, liberalizmin temel öğelerinin yanında 'aile', 'çalışma', 'mülkiyet' gibi kavramlarını da getirerek, bireyi toplumsal bir varlık olarak değerlendirmiştir.¹⁹⁴ Bu anlamda kişinin özgürlüklerini koruyarak devlete de görevler yükleyen bu anlayış, kişilerin özgürlüklerinin sağlanması için devlete pozitif yükümlülükler yüklemenin zorunlu

¹⁸⁹ Uygun, **Devlet**, s. 303; Kapani, s. 51.

¹⁹⁰ Gözler, **İnsan Hakları**, s. 137-138; Kapani, s. 51-52.

¹⁹¹ Osman Akgül, Sosyal Devletin Evimi, Türkiye’de Sosyal Devlet Teoride mi, Pratikte mi?, s.281, https://www.academia.edu/19607825/Sosyal_Devletin_Evrimi_-_T%C3%BCrkiyede_Sosyal_Devlet_Teoride_mi_Pratikte_mi?auto=download, e.t.: 26.12.2017.

¹⁹² Bireye yaşam hakkı tanınmıştır ancak bu hakkını kullanabileceği sağlık hizmetleri sağlanmamıştır veya bireyin konut dokunulmazlığı vardır ancak mevcut bir konutu bulunmamaktadır. Kapani, s. 51.

¹⁹³ Uygun, **Devlet**, s. 303.

¹⁹⁴ Akad/Dinçkol, s. 248.

olduğu düşüncesini benimseyerek, herkesin eşit olmasının ve hak ve özgürlüklerden aynı oranda faydalanmasının ancak bu yolla gerçekleşeceğini savunmuştur.¹⁹⁵

Sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle insan haklarına temel olan ‘insan onuru’¹⁹⁶ kavramı da yavaş yavaş gelişmeye başlamıştır. Esasen sosyal devletle toplumun yaşam standartlarını belli bir seviyede tutmak amaçlanmış ve insanlara aynı olanakları sağlayıp, fırsat eşitliği¹⁹⁷ yaratmaya çalışılmıştır. Sosyal hakların ortaya çıkışıyla, devletin negatif yükümlülüğü olan bireysel hakların yanında, bu hakların korunması ve sağlanması açısından devlete görevler yükleyen sosyal haklar da tanınmış ve liberalizmle ortaya çıkan insan haklarının temelleri sağlamlaştırılmıştır.

1.1.4.3. Sosyalist ve Komünist Devlet – Marksizm

Sosyal devlet anlayışının yayılmasından sonra etkisini gösteren sosyalist ve komünist devlet anlayışı, özellikle 2. Dünya savaşının sonrasında SSCB’nin yıkılmasına kadar etkisini sürdürmüştür. Özellikle Karl Marx ve Friedrich Engels’in görüşleriyle ortaya çıkan sosyalist ve komünist devlet anlayışları, sınıfsız toplumların yani komünizmin ortaya çıkmasında, sosyalizm bir basamak teşkil etmektedir. Buna göre sosyalizm ve komünizm arasındaki temel fark, sosyalist devlet anlayışında henüz sınıflar varlığını korumaktaysa da, işçi sınıfının daha çok bolluğa sahip olduğu bir devlet anlayışı mevcuttur. Komünist devlet anlayışında ise sınıf kavramı tamamen ortadan kalkmıştır.¹⁹⁸ Bu anlamda Marksizm önce bir proletarya (ezilen emekçi sınıf) diktatörlüğünün kurulmasını öngörmüş bu diktatörlüğün ise sadece bütün sınıfları ortadan kaldırma amacına hizmet edeceğini belirtmiştir.¹⁹⁹ Bu bağlamda Marks ve Engels, önce sosyalist devletin ve daha sonra da komünist devletin hayata geçirilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Marksizmin eşitlik anlayışına göre, gerçek eşitlik insanların sosyal ve ekonomik anlamda da eşit olmalarıyla mümkündür. Marksizme göre eşitlik mücadeleyle kazanılmaktadır. Bunun tek yolu ise, özel mülkiyetin kaldırılması ve üretilen değerlerin

¹⁹⁵ Kapani, s. 52; Akad/Dinçkol, s. 248-252.

¹⁹⁶ İnsan onurunun liberal akımın hâkim olduğu dönemde sadece devlet gücünün sınırlanmasıyla korunacağı fikri hâkimken; daha sonraki dönemlerde bunun yeterli olmadığı ve devletin sosyal ve ekonomik koşulları sağlaması halinde insan onurunun korunacağı fikri yerleşmeye başlamış ve devlete görevler verilmiştir. Uygun, **Devlet**, s. 479.

¹⁹⁷ Liberal düşüncede benimsenen kanun önünde eşitlik, bireylerin hak ve özgürlüklerden yararlanmaları açısından elverişli olmamaktaydı. Bu nedenle sosyal devlet anlayışıyla birlikte kanun önünde eşitliğin, fırsat eşitliği ile desteklenmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. Uygun, **Devlet**, s. 302.

¹⁹⁸ Mahir Gün, Sosyalist Düşünce Yönetimi, s. 2, https://www.academia.edu/19820442/Sosyalist_Y%C3%B6netim_D%C3%BC%C5%9F%C3%BCncesi, e.t.: 31.08.2018.

¹⁹⁹ Uygun, **Devlet**, s. 308.

eşit olarak paylaşılmasıdır.²⁰⁰ Bu anlayışa göre eşitlik de ancak sosyalist aşamadan geçilerek komünizm aşamasında tam olarak meydana gelecektir. Marksizmin eşitlik anlayışı gibi özgürlük anlayışına göre de, insan özgürlüğünü mücadeleyle kazanmaktadır. İnsanın sosyal olarak köle olduğunu belirten bu anlayışa göre, sınıflar ve özel mülkiyet insan özgürlüğünü sınırlayan en temel etkenlerdir. Bu anlamda sosyalist devlet ve komünist devlet anlayışlarının sosyal sınıf ve özel mülkiyeti kaldırmasıyla insanlar tam anlamıyla özgür olacaklardır.²⁰¹

Marksizmin sosyalist devlet aşamasında, devlet var olduğu için kişiler özgürlüklere sahip olacak, ancak devlet tarafından hala sınırlanabilir olacaktır. Ancak insanlar komünist devlet aşamasına geçildiğinde tam olarak özgürlüklerine kavuşacaklardır. Marksizme göre, komünist topluma geçiş aşamasında insanların gerçek özgürlük anlayışını özümsemeleri ve komünist devlet anlayışına ayak uydurabilmeleri sosyalist devlete ihtiyaç bulunmaktadır. Bu anlamda sınıfsız ve devletsiz komünist toplum düzeninde, devlet bulunmayacağından, insanların özgürlüklerini sınırlayacak herhangi bir güç de olmayacaktır.²⁰²

1.1.4.4. Anarşist Devlet

19. yüzyılda ortaya çıkan anarşizm, başta devlet olmak üzere bireyin özgürlüklerini sınırlayan her türlü otoriteyi reddetmektedir. Anarşizm kavram gereği yeknesak bir tanıma²⁰³ sahip olmamakla birlikte, genel tanımında devlet otoritesinin ortadan kalkması ve bireylerin özgürleşmesi fikri her zaman varlığını korumaktadır.²⁰⁴ Anarşizmin bireyci bir ideoloji olarak bireyin özgürlüklerinin her zaman korunması gerekliliğini savunmaktadır. Liberalizmin bireyci yaklaşımından farklı olarak anarşizm görüşü, bireyin her zaman toplum içinde yaşadığını ve devlet olmadan da yaşayabileceğini söyleyerek devlet otoritesine karşı çıkmaktadır.²⁰⁵

²⁰⁰ Uygun, **Devlet**, s. 313.

²⁰¹ Uygun, **Devlet**, s. 310.

²⁰² Uygun, **Devlet**, s. 312.

²⁰³ Anarşizmin bireyi merkeze alan görüşüne bireyci anarşizm (ultraliberalizm), toplumu merkeze alan görüşüne ise, toplumcu anarşizm (ultrasosyalizm) denmektedir. Anarşizm anlayışının ayrıldığı bir diğer nokta ise, anarşist toplumların nasıl kurulacağına ilişkindir. Bu bağlamda anarşist görüşlerden bir kısmı bunun ılımlı yollarla yapılmasını öngörürken, diğer kısmı ise bunun ancak şiddetle gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Bu ayrım ise, pasifist anarşizm ve devrimci anarşizm olarak tanımlanmaktadır. Uygun, **Devlet**, s. 344.

²⁰⁴ Nafiz Tok/Vedat Koçal, **Anarşizm**, Dünyada ve Türkiye’de Siyasal İdeolojiler, Orion Kitabevi, 2013, s. 403; Uygun, **Devlet**, s. 344.

²⁰⁵ Aybay, s.175; Uygun, **Devlet**, s. 345.

Anarşizmde de liberalizm gibi bireylerin özgürlükleri ve eşitlikleri esastır. Özgürlük anlamında liberalizmle aynı doğrultuda olan anarşizme göre, kişiler özgürlüklerini hiçbir dış baskıyla karşılaşmadan kullanırlar.²⁰⁶ Bu anlamda kişilerin doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlükleri korumak için devletin varlığını kabul eden liberal görüşten ayrılan anarşizm görüşü tamamen otoritesiz özgürlüğü savunmaktadır.²⁰⁷ Anarşizmin eşitlik anlayışı ise, liberalizmin kanun önünde eşitlik ilkesinden farklıdır. Anarşizme göre de insanlar eşitlerdir, ancak esas eşitliğin sağlanması için kişilerin sosyal ve ekonomik olarak eşit olmaları gerekmektedir.²⁰⁸ Özel mülkiyeti reddeden anarşist düşünce, özel mülkiyetin insanların toplumda birlikte yaşamalarını engelleyeceğini savunmaktadır.²⁰⁹

Anarşist düşünce, insanı sınırlayan hiçbir otoriteyi özellikle de devleti reddederken, devletin bir organı tarafından çıkarılan ve insanları sınırlayan yasaları da kabul etmemektedir. Anarşizme göre, kişinin uyduğu tek bir yasa vardır; bu yasa da kişinin kendisi tarafından yalnızca kendisine koymuş olduğu yasadır.²¹⁰ Anarşizm yasaları reddederken, din kuralları ve ahlak kuralları gibi toplumsal kuralları da reddetmektedir. Çünkü bu kuralların hiçbiri kişilerin kendileri tarafından koyulmamıştır ve kişiler yalnızca kendi kendilerine koymuş oldukları kurallarla kendilerini sınırlayabildikleri için bu toplumsal kuralları reddederek, toplum olarak en iyi şekilde yaşayabileceklerdir.²¹¹

1.1.4.5. Faşist Devlet

Faşizmin ortaya çıkmasındaki temel neden liberalizm düşüncesinin sorunları çözemeyişi ve yoksullaşarak haklarını kullanamayan işçi sınıfının devrim yapacağı düşüncesi idi.²¹² Bu düşünceyle belirlenen yönetim diktatörlük olarak şekillenerek, devletin başındaki kişiye mutlak bir egemenlik hakkı tanımaktaydı. Bu anlamda, devletin üstünlüğünü kabul eden faşizme göre, bireyin devlete karşı hiçbir hak talep etmesi söz konusu olamamaktaydı. Faşist devlet anlayışının en önemli iki örneği,

²⁰⁶ Tok, Koçal, s. 409.

²⁰⁷ Aybay, s. 175; Tok, Koçal, s. 409.

²⁰⁸ Uygun, **Devlet**, s. 346.

²⁰⁹ “Liberalizmin savunduğu özel mülkiyet hakkı hırsızlıktır, cinayettir, despotizmin kaynağıdır. Özel mülkiyet insanları birbirinden uzaklaştırır, çünkü bir kişinin malı üzerindeki hakkı, diğerinin o eşya üzerindeki haklarını kaldırır.” Uygun, **Devlet**, s. 346.

²¹⁰ Uygun, **Devlet**, s. 349.

²¹¹ “Din kuralları da ahlak kuralları da insana dışarıdan dayatılan, sorgulanmayan ve değiştirilemeyen kurallardır. Hiç biri şu anda yaşayan insanların bizzat kendileri tarafından kendileri için üretilmiş kurallar değildir. Uygun, **Devlet**, s. 350.

²¹² Aybay, s. 151-152.

İtalya’da Benito Mussolini ve Almanya’da Adolf Hitler yönetimi olarak kabul edilmektedir.

İlk olarak İtalya’da ortaya çıkan Faşizm, liberalizmin bireyci yaklaşımının tam tersi olarak tamamen devletin üstünlüğünü savunmakla birlikte, liberal görüş gibi devletin varlığını bireye bağlamamış, tam tersine bireyin varlığını devlete bağlamıştır.²¹³ Devlet bireylerin kişisel çıkarlarından ziyade ulusun amaçlarına yönelik çalışmalıdır. Faşizm görüşüne göre, toplumun temelinde birey bulunmaz. Kişinin doğuştan bazı haklara sahip olduğu düşüncesini reddeden faşizm, kişisel hakların da ancak devlet izin verirse kullanılabileceğini söylemektedir.²¹⁴

Faşizm yine liberalizmden farklı olarak bireyin özgür ve eşit olduğunu kabul etmez.²¹⁵ Faşizmde insanların temel olarak hakları değil görevleri vardır ve kişilere ancak görevlerini yerine getirebilmeleri için hak tanınabilir.²¹⁶ Kişilerin doğuştan bazı haklara sahip olduğu düşüncesini reddeden faşizm anlayışında devlet, kişilerin bütün hakları üzerinde söz sahibi olarak, kişilere müdahale edebilir.²¹⁷

Faşizm düşüncesine göre özgür olmayan bireyler aynı zamanda eşit de değildirler. Toplumda eşitliğin değil hiyerarşinin olması gerektiğini savunan bu düşünceye göre, herkesin yetkilerinin ve haklarının devlete verdiği hizmete göre belirlenmesi gerekmektedir.²¹⁸ Bireyin özgür ve eşit olmadığını savunan faşist düşünce, yalnızca devletin üstünlüğüne dayanan ve liberal öğretide savunulan bireyci yaklaşımı reddederek bireyin devlet için var olduğu ve devletin menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Bu çerçevede, liberalizm akımıyla yerleşmeye çalışan ‘insan hakları’ kavramına büyük bir darbe vuran faşizm anlayışı, 2. Dünya Savaşı’yla da bu anlamda en önemli etkisini doğurmuştur. 2. Dünya Savaşından sonra reddedilen bu görüşle insan hakları uluslararası boyuta taşınmış ve insan onuru kavramının önemi vurgulanarak evrensel anlamda korunmaya başlamıştır.²¹⁹

²¹³ Kapani, s. 149; Uygun, **Devlet**, s. 324; Aybay, s. 150.

²¹⁴ Uygun, **Devlet**, s. 324; Aybay, s. 155.

²¹⁵ Faşizmin kişiye hiçbir hak tanımadığını söylemek yanlış olacaktır. Faşizm kapsamında devlet bireye karşı üstün nitelikte bir varlıktır ve bu nedenle kişiler ancak devletin menfaatleri için ve yalnızca devletin izin verdiği ölçüde hak ve özgürlüklere sahip olabilmektedirler. Örneğin; kişi ifade ve basın özgürlüğünü ancak devlet lehine kullanabilmektedir. Kapani, s. 150-151.

²¹⁶ Aybay, s. 151; Uygun, **Devlet**, s. 326.

²¹⁷ Uygun, **Devlet**, s.326.

²¹⁸ Aybay, s. 158; Uygun, **Devlet**, s. 326.

²¹⁹ Akad/Dinçkol, s. 261.

1.2. Temel Hak ve Özgürlükler

1.2.1. Kavramlar

1.2.1.1. Hak Kavramı

Tarih boyunca hak kavramının açıklanması için yapılan tanımlar, farklı düşünce akımlarına veya farklı çağlara göre değişiklik göstermiştir. Bu bağlamda hak kavramının yeknesak kabul edilen bir tanımı yoktur. Sözlük anlamıyla hak kavramı, adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç olarak tanımlanmaktadır.²²⁰ Tarihsel ve hukuksal açıdan bakıldığında ise bu tanımın yeterli olmadığı görülmektedir. Ortaya çıkan görüşler kapsamında hak kavramı genel itibarıyla “hukukça korunan çıkar” veya “insanlara hukuk düzeni tarafından verilmiş yetki” olarak tanımlanmaktadır.²²¹

Hak kavramı tarih içerisinde pek çok teoriyle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu teorilerden “irade teorisini” benimseyen *Eriedrich Carl Von Savigny* (1779-1860), hakkın kişiye ait irade kudreti olduğunu belirtmiş, Windscheid de hakkın irade kudretinden geldiğini söyleyerek, bir kişinin hakkının her zaman başka bir kişiye yönelip onu etkilediğini savunmuştur.²²² Bir başka teori olan “menfaat teorisi”nin savunucularından *Rudolf von Jhering* (1818-1892), irade teorisini tam olarak reddetmemekle birlikte, iradeyi harekete geçiren etkenin menfaat olduğunu savunmaktadır. Jhering’e göre, hakkın bir unsuru menfaat, diğer unsuru ise bu menfaatin korunmasıdır.²²³ “Karma teori” ise *Georg Jellinek* (1851-1911) tarafından desteklenen ve irade ve menfaat teorilerinin birleştirilmesiyle oluşturulmuş bir teoridir. Bu teoriye göre hak, sahip olanın iradesine bağlı bulunan bir menfaat olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda ne irade ne de menfaat teorisini reddeden karma teoride, irade ve menfaat kavramları birlikte değerlendirilerek bir tanıma ulaşılmıştır.²²⁴ Bir diğer teori olan “analitik görüş” ile ortaya çıkan hukuki ödev kavramını ortaya atan

²²⁰ Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59fae9d2ca2277.84140625, e.t.: 02.11.2017.

²²¹ Windscheid’e (1817-1892) göre hak, hukuk düzeni tarafından bahsedilmiş bir irade yetkisidir. Jhering’e (1818-1892) göre hak, ‘hukukça korunan çıkar’dır. Kant ise hakkı, “bireyin diğer bireylerle bağdaşabilir özgürlüğü” şeklinde tanımlamaktadır. Mumcu/Küzeci, s. 16.

²²² Güriz, s. 121-122; M. Emin Emni, “Hak Kavramı”, dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/705/657, e.t.: 02.11.2017.

²²³ Güriz, s. 122; Yonca F. Yücel, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, *TBB Dergisi*, Ankara-2010, Sayı: 91, s. 350; “*Jhering hukuk kuralının açıklanmasında irade kuramının yeterli olabileceğini, ancak sırf iradede yola çıkarak hak kavramının açıklanmayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle iradeyi harekete geçiren dışsal nedenin araştırılmasında bunun menfaat/çıkar olabileceği söylenmektedir. İnsan iradesini belli bir amaca ulaşmak için kullanmaktadır.*” Yonca F. Yücel, s. 350.

²²⁴ Güriz, s. 124-125.

düşünür *John Austin* (1790-1859) ise, egemenin sınırlanamayacağını söyleyerek, egemen gücün herhangi bir hareketin yapılıp yapılmayacağını emretmesinin hukuki ödevi ortaya çıkardığını belirtir. Austin'e göre ise, hukuki ödevin var olmadığı yerde haktan söz edilememektedir. Analitik görüşte Austin, hakkın, egemen gücün belirlediği hukuki ödevin yerine getirilmesinden sonra ortaya çıktığını savunmaktadır.²²⁵ Hak kavramına ilişkin bir başka teori de “beyan teorisi”dir. Bu teorinin savunucularından *Arnulf Zitelmann* (1929-), hak kavramını kanun koyucunun iradesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu bağlamda, hukuk kuralları bağlayıcı bir emir değil, belirli durumlarda hak ve ödevler arasındaki ilişkileri etkileyen öneriler olarak değerlendirilerek, hakların ortaya çıkışı kanun koyucunun iradesine bağlanmıştır.²²⁶

“Doğal hukuk” teorisinde kabul edilen, insanların doğuştan bazı haklara sahip olduğu düşüncesi kapsamında hak kavramı, tam anlamıyla 1789 Fransız Devrimiyle yerleşmeye başlamıştır.²²⁷ Ancak doğal hukuk akımının ortaya çıkışı bu tarihten çok daha eskilere dayanmaktadır. Doğal hukuk teorisine göre doğal yaşamda her insan özgürdür. Hiç kimsenin bir başkasının üstünde herhangi bir üstünlüğü yoktur. Ancak insanlar toplumsal düzenin sağlanması için toplum sözleşmesiyle bazı özgürlüklerini başkasına devretmişlerdir. İnsanların devrettiği bu haklar, sadece toplumu ve devleti oluşturmak için devrettiği haklardır. Doğal hukuk görüşüne göre, insanların doğuştan sahip oldukları hakları kendilerinde saklı tutarak devletin sınırlarını çizmişlerdir. İnsanlar böylece özgürce yaşadıkları tabiat halinden, devleti oluşturdukları bir sözleşmeyle çıkmışlardır.²²⁸ Doğal hukuku savunan görüşlerde toplum sözleşmesinin üzerinde bu denli fazla durulmasının temel nedeni, insanların toplum sözleşmesiyle haklarını devrettikleri otoritenin sınırlarını belirlemesidir.²²⁹

1.2.1.2. Özgürlük Kavramı

Özgürlük kelime anlamıyla herhangi bir baskıyla karşılaşmadan kendi kendine karar verebilme veya herhangi bir otoriteden izin almaya gerek duymadan kendi seçimlerini yapabilmek olarak tanımlanmaktadır.²³⁰ Tarih boyunca çeşitli şekillerde de

²²⁵ Güriz, s. 125; Ertuğrul Uzun, “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, **Sosyal Bilimler Dergisi**, 2003/2, s. 19-23.

²²⁶ Güriz, s. 126.

²²⁷ Uygun, **Devlet**, s. 486.

²²⁸ Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları Kuramı**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 9.

²²⁹ Güriz, s. 137-138; Uygun, **Devlet**, s. 492.

²³⁰ Selahattin Bağdatlı, **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul, 2010, s. 487.

tanımlanan özgürlük esas itibariyle kişinin herhangi bir baskı altında olmaksızın düşünmesine ve davranmasına denmektedir.²³¹ Özgürlük tarih içerisinde, herkesin istediğini yaparken hiçbir otoriteden çekinmemesi²³², kişinin mutluluğunun sağlanmasında herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmaması²³³, herkesin sadece yasalara uyarak yasalarca yasaklanmamış her şeyi yapabilmesi²³⁴ veya kişinin başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmesi²³⁵ olarak tanımlanmıştır.

Özgürlük kavramı çağlara göre değişiklik gösteren bir kavramdır. Yıllara göre özgürlüğün tanımı değiştiği gibi özgürlüklerin kapsamı da değişmektedir. Örneğin, liberalizm anlayışında kişiler özgürlüklere yalnız devletin müdahalesi olmaksızın sahip oldukları düşüncesi hakimken, sosyal devlet anlayışında, yoksul kesim özgürlüklerin sağlanmasında ve kullanılmasında devletin pozitif edimde bulunmasının mecbur olduğunu savunmaktaydı.²³⁶ Doğal hukuk tarafından ortaya atılmış ve insan hakları açısından yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, insanlar doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahiplerdir ve devlet, insanlar tarafından ortaya çıkarılmış yapay bir varlık olarak ancak insanların bu hak ve özgürlüklerini korumak ve sağlamakla yükümlüdür.²³⁷

Doğal hukuk tarafından kabul edilen insanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerin pozitif hukuk tarafından güvence altına alınmasıyla da “kamu özgürlükleri” ortaya çıkmaktadır. Kişilerin doğuştan sahip olduğu temel hakların

²³¹ Mumcu ve Küzeci, s. 11.

²³² John Emerich Acton (1834-1902), Özgürlüğü, kişinin istediğini veya kendine düşeni yaparken otorite, toplumsal kurallar veya iktidar gibi herhangi bir güçten çekinmemesi olarak tanımlamaktadır. Akın, s. 260; bkz. John Emerich Acton, **The History of Freedom and Other Essays**, London, 1907, s. 3.

²³³ Harold J. Laski (1893-1950) özgürlüğü kişinin hiçbir kısıtlamayla karşılaşmaması olarak tanımlamaktadır. Bu anlamda yasaları da reddetmeyen Laski, kişilerin kendilerini kısıtlamayan yasalara uymalarının asıl özgürlük olduğunu belirtmiştir. Akın, s. 260; bk. Harold J. Laski, **Liberty in The Modern State**, London, 1948, s. 48-49.

²³⁴ Montesquieu (1669-1755)’ya göre, insanları toplumsal olarak düzenlemek için yasalara ihtiyaç vardır ve bu yasalar insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlerler. Evrensel yasanın varlığına inanan düşünürü göre pozitif yasalar evrensel yasalara aykırı olamazlar. Bu bağlamda yasaların gücüne inanan Montesquieu, özgürlüğü kişilerin yasaların yasaklamadığı her şeyi yapabilmek olarak tanımlamaktadır. Cevizci, s. 357; İlyas Doğan, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Eylül, 2015, s. 44.

²³⁵ *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Madde IV: Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmeyi kapsar. Böylece her kişinin doğal haklarının kullanımı, toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan yararlanmalarını sağlayan sınırlar dışında hiçbir sınıra sahip değildir. Bu sınırlar ise ancak yasa ile belirlenebilir*; Bildirgenin bu özgürlük tanımını yetersiz bularak karşı çıkan Joseph Barthelemy (1874-1945), kişiye, devletin karışmayacağı bir alan yaratan bir yasanın uygulanmasının özgürlük olduğunu savunmuştur. Akın, s. 261.

²³⁶ Liberalizmin öncüsü olan burjuvazinin gelir durumuyla sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasına öncülük eden işçi sınıfının gelir durumu karşılaştırıldığında, varlıklı kesimin devlet müdahalesini tamamen reddederken yoksul kesim daha iyi şartlarda yaşamak için devlet müdahalesini gerekli görmektedir. Bu da yıllara göre özgürlüklerin kapsamlarının ne şekilde değiştiğini göstermektedir. Akın, s. 262.

²³⁷ Doğan, s. 44.

toplumsal düzen içerisinde belirli sınırlamalara tabi tutularak düzenlenmesiyle oluşan kamu özgürlükleri, doğal hukukun pozitif hukuka yansıması şeklindedir.²³⁸

Hak ve özgürlük kavramları çoğunlukla birbirini yerine kullanılan kavramlar olmasına rağmen, bu iki kavram birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. Öncelikle özgürlük soyut, hak ise somut bir kavram olarak kabul edilmektedir.²³⁹ Genel kabule göre özgürlük bir haktır.²⁴⁰ Bu anlamda hak, özgürlüğü de içinde barındıran daha geniş bir kavramdır.²⁴¹

Özgürlük kavramı, insan hakları alanının çerçevesinin çizilmesinde önemli bir yere sahiptir. İnsan hakları olarak tanımladığımız tüm hakların içeriğinde kişilerin özgürlükleri bulunmaktadır ve bu özgürlükler insan hakları kapsamında korunmaktadır. Doğal hukuk öğretisine göre, kişilerin doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlükler ise, anayasalarca tanınıp, yargı tarafından da güvence altına alınarak kamu özgürlükleri haline geldiklerinde pozitif hukuk tarafından korunur hale gelmektedirler.²⁴²

1.2.1.3. İnsan Onuru Kavramı

İnsan onuru kavramının ortaya çıkışı çok eski dönemlere dayansa da insan haklarının temelini oluşturarak insan hakları belgelerine ve yasalara girmesi 2. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir.²⁴³ İlk olarak Rönesans döneminde, insanın temel değer olarak kabul edildiği hümanizm akımıyla ortaya çıkmış olan insan onuru kavramı, daha sonraki dönemlerde doğal hukuktan pozitif hukuka geçerek ülkelerin yasalarına ve uluslararası belgelere girmiştir.²⁴⁴ Yazılı olarak ilk kez BM Genel Kurulu tarafından

²³⁸ Mumcu/Küzeci, s. 17; Akad/Dinçkol, s. 230.

²³⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa-2014, s. 146.

²⁴⁰ Mumcu/Küzeci, s. 14; bkz: İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, İstanbul, 1980, s. 259 vd.; Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982, s. 206; Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1971, s. 164 vd.; Özkan Tivşek, **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir, 1982, s. 109 vd.; Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1980, s. 187 vd.

²⁴¹ Gözler'e göre hak ve özgürlük arasındaki farklar şunlardır; hak somut bir kavram iken hürriyet soyut bir kavramdır ve hak bir hürriyetin uygulanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bir hürriyetin var olması için devletin veya bireyin herhangi bir şey yapmasına gerek bulunmamaktayken bir hakkın var olması için devletin veya diğer kişilerin birtakım edimlerde bulunması gerekmektedir. Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 146.

²⁴² Her devlet anayasasını hazırlarken, Haklar Bildirilerindeki klasik, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan örnekleri, kendi ülkelerindeki geçerli demokrasi anlayışını ve mali olanaklarını dikkate alarak seçmektedirler. Akad/Dinçkol, s. 231.

²⁴³ Doğan, s. 46.

²⁴⁴ Ayşen Seymen Çakar, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, **3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, Ekim, 2013, s. 2.

kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde kullanılan "insan onuru" kavramı insanın değerini belirtmektedir.²⁴⁵

İnsanın sırf insan olduğu için değerli bir varlık olmasından dolayı onurlu bir varlık olduğu kabul edilmektedir.²⁴⁶ İnsan, kendisini diğer canlılardan ayıran kendine özgü niteliklere sahiptir ve bu nitelikler insanı sırf insan olmasından dolayı değerli bir varlık yapmaktadır.²⁴⁷ Bu bağlamda insan onuru kavramı, insanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu değer olarak tanımlanabilir. İnsan sahip olduğu bu değerden dolayı saygı duyulması gereken bir varlıktır ve insanın bu onurunun korunması insan haklarının ortaya çıkmasında büyük önem taşımaktadır.²⁴⁸ İnsan onuru, insan haklarının temelini oluşturmaktadır.

İlk olarak doğal hukuk kapsamında ortaya çıkan insan onuru kavramını pozitif hukuka girmesiyle devlet, insan onurunu korumak açısından bazı yükümlülükler altına girmiştir. İnsan onuru ilk olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yer almış olsa da, daha sonra Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme²⁴⁹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²⁵⁰, Kadınlar Aleyhine Her Türü Ayrımın Kaldırılması Hakkındaki Sözleşme²⁵¹, Çocuk Hakları Sözleşmesi²⁵² gibi uluslararası belgelerde de yer bularak, pozitif hukukta evrensel olarak kabul edilen bir kavram olmuştur.

Uluslararası belgelerde düzenlenerek evrensel nitelik kazanan insan onuru kavramı, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak anayasalarda da yer

²⁴⁵ *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 1: Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğar, akıl ve vicdan sahibidirler.* İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara-2016, s. 532.

²⁴⁶ Çakar, s. 3.

²⁴⁷ Kahan Onur Arslan, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015, s. 156.

²⁴⁸ Uygun, **Devlet**, s. 478.

²⁴⁹ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin giriş bölümünde, bu uluslararası antlaşmanın imzalanmasında nelerin göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir. Bu giriş bölümüne göre; sözleşmeye taraf devletler, insanlık ailesinin tüm mensuplarının doğuştan sahip oldukları onurun ve eşit ve devredilmez haklarının olduğunu göz önünde bulundurarak bu sözleşme hükümlerini yerine getireceklerini belirtmişlerdir. Kaya, s. 560.

²⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3'ncü maddesinde düzenlenen işkence yasağı kapsamında hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Mutlak olup hiçbir durumda sınırlandırılmayan işkence yasağı, insan onurunun korunması kapsamında değerlendirilmektedir. Kaya, s. 618.

²⁵¹ Bu sözleşmenin giriş kısmında, sözleşme taraflarının, temel insan haklarına ve kişilerin cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit itibar ve değere sahip olduklarına inandıkları vurgulanmaktadır. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, **Türkiye Büyük Millet Meclisi**, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf

²⁵² Çocuk Hakları Sözleşmesinin 16'ncı maddesinde, hiçbir çocuğun onur ve itibarına haksız olarak saldırılmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, insan onuru hiçbir ayırım gözetmeksizin, herkes için aynı şekilde kabul edilmeli ve korunmalıdır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, **Unicef**, <https://www.unicef.org/turkey/crc/cr23c.html>

almaktadır.²⁵³ Hukuk devletinde, vatandaşların hukuki güvenliğinin sağlanması ve yasaların herkese aynı şekilde uygulanmasının öngörülmesi, insan onurunun korunmasında hukuk devleti ilkesinin önemini göstermektedir.²⁵⁴

1.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Ortaya Çıkışı ve Sınıflandırılması

1.2.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Ortaya Çıkışı

İlk Çağ'da ve Orta Çağ'da henüz daha insan haklarının ortaya çıktığı kabul edilmese de yukarıda belirtildiği gibi, bu çağlarda yaşamış düşünürlerin insan hakları kavramının ortaya çıkışında çok önemli etkilere sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu dönemlerde gerek kişilerin birtakım özgürlüklerinin kabul edilmesi, gerekse devletin yetkilerinin sınırlandırılması günümüzdeki insan haklarının gelişmesinde büyük öneme sahiptir.

İnsan haklarının esas olarak 17. yüzyılda Fransız Devrimiyle ortaya çıktığı düşünülse de aslında '1215 Magna Carta Libertatum' ile İngiltere'de devletin yetkileri sınırlandırılarak, kişilere birtakım özgürlükler tanınmıştır.²⁵⁵ Magna Carta Libertatum'da keyfi tutuklamaların ve cezalandırmaların yasaklanması, kişi güvenliğine önem verildiğini göstermektedir. Diğer yandan, Magna Carta Libertatum'da düzenlenen en önemli madde krala karşı direnme hakkıdır. Bu hak kapsamında, kendisine konan sınırlara uymayarak kişilerin haklarına müdahale eden krala karşı, kişilerin direnme hakkı olduğu düzenlenmektedir.²⁵⁶ Bu düzenlemeyle iktidarın yetkileri sınırlandırılarak kişilerin özgürlükleri ve güvenlikleri sağlanmaya çalışılmıştır. Bu anlamda, bu belgenin, insan haklarının ortaya çıkışında önemli bir role sahip olduğu söylenebilir. Ancak Magna Carta Libertatum'da düzenlenen kişi özgürlükleri ancak krallığın özgür insanlarının sahip olduğu özgürlüklerdir. Bu nedenle, bu belgenin tam bir insan hakları belgesi olduğunu söylemek mümkün değildir. İnsan haklarının tüm insanların doğuştan sahip olduğu haklar olduğu düşünüldüğünde, sadece krallığın özgür insanlarına bu hakların tanınması tam olarak insan haklarından bahsedilmesini engellemektedir.

²⁵³ Örneğin TC Anayasası'nın başlangıç bölümünde her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilerek, insan onuru kavramına yer verilmiştir. Bir diğer örnek olan Alman Anayasası da insan onur ve haysiyeti dokunulmazdır hükmünü içermektedir. Belçika Anayasası'nda da bu hükümlerle paralel olarak, herkesin insan onuruna yaraşır bir hayat sürme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Çakar, s. 5.

²⁵⁴ Çakar, s. 6-7; Ayrıca bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, 2009, Bursa, s. 92; Şeref Gözübüyük, **Yönetişel Yargı**, Turhan Kitabevi, 14. Baskı, 2001, Ankara, s.1; Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2008, Ankara, s. 52.

²⁵⁵ Doğan, s. 79.

²⁵⁶ Akad/Dinçkol, s. 236.

Magna Carta Libertatum'la devletin yetkilerinin sınırlanması ve kişi özgürlüklerinin sınırlı da olsa tanınması sonraki tarihli diğer belgelerde de etkisini göstermiştir. İngiltere'de ortaya çıkmış diğer tüm belgelerde Magna Carta Libertatum'dan etkilenilmiş ve bu belgeye atıf yapılmıştır.²⁵⁷ Özellikle 1628 tarihinde düzenlenen Haklar Dilekçesi (Petition of Rights), Magna Carta Libertatum'un devamı niteliğinde ve kişi güvenliğinin sağlamaya yönelik hükümler içeren bir belgedir. Bu belgenin esas önemi ise, tanınan hakların sadece belli bir sınıf için değil tüm İngiltere halkı için geçerli olduğunun düzenlenmesidir.²⁵⁸ Bu bağlamda Haklar Dilekçesi, kişilere sağlanan özgürlüklerde sınıfsal farklılığı ortadan kaldırmış ve herkesin bu haklara sahip olması gerektiğini düzenleyerek, insan haklarının oluşmasında önemli bir yere sahip olmuştur.

İnsan haklarının ortaya çıkmasında etkisi olan bir diğer belge ise, İngiltere'de ortaya çıkan belgelerden çok daha sonra, 18. yüzyılda kabul edilen 'Virginia Haklar Bildirisi'dir. Amerika da ortaya çıkan bu önemli belgede, o döneme ilişkin liberalizmin bireyci anlayışının etkisi görülmektedir. İngiltere'nin sömürgesi halinde olan Amerika'nın kuruluşunda ortaya çıkan bu belge, daha çok insan haklarının evrensel nitelik taşımasında rol oynamıştır.²⁵⁹ İnsanların özgür oldukları ve doğuştan bazı haklara sahip oldukları kabul edilerek, devletin kimseyi bu haklardan yoksun bırakamayacağı belirtilmiştir. Belgede tüm insanların eşit ve özgür oldukları belirtilmiş ve kişilerin doğuştan sahip oldukları hakların devredilemez olduğunun altı çizilmiştir.²⁶⁰ Virginia Haklar Bildirgesi'yle tanınan haklar temel olarak 'yaşama hakkı', 'özgürlük hakkı' ve 'mutluluğu arama'²⁶¹ hakkı'dır. Bu belgede düzenlenmiş din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı gibi hak ve özgürlükler de günümüzde kabul edilen insan haklarının oluşmasında etkili olmuştur.²⁶²

Virginia Haklar Bildirgesi'nden sonra Amerika'da ortaya çıkan '1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi' ve '1787 Amerikan Anayasası', Virginia Haklar Bildirgesi'yle

²⁵⁷ Akad/Dinçkol, s. 236; Doğan, s. 84; Kapani, s. 42.

²⁵⁸ Doğan, s. 86.

²⁵⁹ Doğan, s. 95.

²⁶⁰ *Virginia Haklar Bildirgesi Madde 1: Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır.* Akad/Dinçkol, s. 242; Doğan, s. 96.

²⁶¹ Mutluluğu arama hakkı bireyci düşüncenin bir yansımasıdır. Bu kapsamda Virginia Haklar Bildirgesi'nde liberal anlayışın etkili olduğunu söylemek mümkündür. Doğan, s. 96; Ayrıca bkz. Kapani, 1993, s. 44.

²⁶² Kapani, s. 44-45; Doğan, s. 96; Akad ve Dinçkol, s. 240.

aynı doğrultuda insan haklarını savunmaktadır. Bu belgeler insanların eşit ve özgür olduklarını savunup, devletin varlık amacının insanların hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu belirterek, insan haklarının ortaya çıkışında en temel belge olarak kabul edilen 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ortaya çıkışına zemin hazırlamışlardır.

'1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi', Fransa'nın içinde bulunduğu ekonomik zayıflığın, sınıf farklılıklarının, mutlakiyetçi yönetimin ve Amerika'nın bağımsızlık mücadelesinin de etkisiyle eşitlik ve özgürlük üzerine kurulu bir düzen amacıyla ortaya çıkmıştır.²⁶³ Hak ve özgürlükleri kabul eden ilk bildirge olmamasına rağmen Fransız Bildirgesini Amerikan Bildirilerinden ayıran en temel unsur, özgürlükleri daha kapsamlı düzenlemesi ve evrensellik niteliği taşımasıdır.²⁶⁴ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi doğal hukuku esas alarak tüm insanların doğuştan bazı haklara sahip olduğu düşüncesi çerçevesinde düzenlenmiştir.²⁶⁵

İnsan haklarının tam anlamıyla yerleşmeye başladığı bu bildiride temel haklar 'özgürlük', 'güvenlik', 'mülkiyet' ve 'baskıya karşı direnme' hakları olarak sayılmaktadır.²⁶⁶ Yine doğal hukuk teorisine göre şekillenmiş bu temel haklar, bireylerin doğuştan sahip olduğu, devredilmez ve vazgeçilmez haklar olarak kabul edilmektedir.

Bu şekilde ortaya çıkan ve pozitif hukukta yer bulan 'insan hakları', hem diğer uluslararası belgelerde hem de devletlerin anayasalarında garanti altına alınmaya başlanmıştır. Bugün insan haklarının tanınması ve korunması hem uluslararası belgelerin hem de anayasaların en önemli hükümleri haline gelmiştir.

1.2.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınıflandırılması

Temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmasına ilişkin kabul edilen en temel ayırım, 'Jellinek Üçlüsü' ayırımıdır. Buna göre haklar, negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak sınıflandırılır. Bu sınıflandırmaya göre, negatif statü hakları²⁶⁷, kişinin devlet tarafından dokunulamayacak ve aşılamayacak haklarını, pozitif

²⁶³ Mumcu/Küzeci, s. 62-63.

²⁶⁴ Akad/Dinçkol, s. 242; Kapani, s. 45-46; Mumcu/Küzeci, s. 63; Doğan, s. 107

²⁶⁵ *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Madde 1: İnsanlar özgür ve eşit haklarla doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayandırılabilir.*

²⁶⁶ *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Madde 2: Bütün siyasal birliğin amacı, insanın doğal ve daimi haklarını korumaktır. Bu haklar, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarıdır.*

²⁶⁷ Negatif statü haklarına örnek olarak özgürlük ve güvenlik hakkı, din ve vicdan özgürlüğü verilebilir.

statü hakları,²⁶⁸ bireyin devletten olumlu bir edim veya davranış isteyebileceği haklarını ve aktif statü hakları²⁶⁹ da kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan hakları ifade etmektedir.²⁷⁰

Bir diğer sınıflandırmaya göre ise haklar, birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşak haklar olarak ayrılmakta ve ortaya çıktığı dönemin toplumsal yapısı hakkında da bilgi vererek, insan haklarının tarihsel gelişimiyle paralellik göstermektedir.²⁷¹ 17. ve 18. yüzyıllarda Fransız ve Amerikan devrimleriyle ortaya çıkan birinci kuşak haklar, doğal hukuk anlayışı çerçevesinde insanların bazı temel haklara sahip olduğu fikrini yansıtmaktadır. Birinci kuşak hakların en temel özelliği ise kişilere devletin karışamayacağı bir özel alan yaratmasıdır.²⁷² Bu kapsamda klasik haklar olarak da tanımlanan birinci kuşak haklar, devletin müdahalesini kabul etmeyen, özgürlükçü ve bireyci haklar olarak tanımlanmaktadır. Kişilerin özgürlüklerini savunan bu hakların başında, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlığı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, mülkiyet hakkı, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi hak ve özgürlükler yer almaktadır.²⁷³

19. yüzyıla gelindiğinde ise 17. ve 18. yüzyılda sahip olunan hakların büyük çoğunluğu insanlar tarafından kullanılamaz hale gelmişti.²⁷⁴ Özellikle Sanayi Devrimiyle yoksullaşarak bu haklarını kullanamayan işçi sınıfı, sosyal haklar da dediğimiz ikinci kuşak hakların ortaya çıkışında önemli rol oynamıştır. Liberalizmin özgürlük anlayışının tek başına yeterli olmadığı bu dönemde, artık insanlar özgürlüklerini kullanmak adına devletten hizmet beklemekteydi.²⁷⁵ Devletin müdahalesinin kabul edilmediği birinci kuşak haklardan farklı olarak, ikinci kuşak hakların ortaya çıkışıyla hak ve özgürlüklerin sağlanması ve korunmasında devlete görevler yüklenmektedir. Bu anlamda sosyal hakların ortaya çıkmasıyla devlet, hem tüm insanların özgürlüklerini sağlamakta, hem de bu özgürlükleri koruyacak görevler üstlenmektedir.²⁷⁶ Devletin pozitif yükümlülüğünü gerektiren bu haklar, çalışma hakkı,

²⁶⁸ Pozitif statü hakları, çalışma hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı gibi haklardır.

²⁶⁹ Aktif statü hakları ise, seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti kurma hakkı gibi siyasi haklar olarak kabul edilmektedir.

²⁷⁰ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 149.

²⁷¹ Uygun, **Devlet**, s. 501.

²⁷² Uygun, **Devlet**, s. 503.

²⁷³ Bu haklar 17. ve 18. yüzyıllarda düzenlenmiş belgelerde ve anayasalarda, özellikle de bunların başında gelen 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde düzenlenmiştir.

²⁷⁴ Uygun, **Devlet**, s. 503-504.

²⁷⁵ Uygun, **Devlet**, s. 504.

²⁷⁶ Akın, s. 316.

sendika kurma hakkı, grev ve toplu sözleşme hakkı, sağlık hakkı, parasız öğrenim ve eğitim göreme hakkı, dinleme hakkı gibi sosyal haklardır.²⁷⁷

İlk iki kuşak hakların Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve diğer Birleşmiş Milletler belgelerinde yer almasıyla hukuksal açıdan insan haklarının pozitif hukukta oluşumu tamamlanmış kabul edilmektedir.²⁷⁸ Üçüncü haklar ise, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan ve dayanışma hakları olarak kabul edilen haklardır. Bu dönemde ön plana çıkan kesim ise bireyin kültürel kimliğiyle içinde bulunduğu topluluklardır. Dayanışma hakları da denen bu üçüncü kuşak haklar, bireyin kültürel kimliğinin korunması amacıyla ortaya çıkmıştır.²⁷⁹ Bu amaçla ortaya çıkan hakların yanında barış hakkı, çevre hakkı gibi herkese tanınan ve kollektif olarak kullanılması gereken haklar da dayanışma hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.²⁸⁰

Üçüncü kuşak hakların gelişimini tam olarak tamamlayamamıştır. Bunun temel nedeni, dayanışma haklarına yöneltilen “öznesinin ve konusunun tam anlamıyla belli olmadığı” eleştirisidir.²⁸¹ Oysa dayanışma hakları, önce kültürel kimliği içerisinde bireyi, daha sonra tüm insanlığı kapsamakta olan haklardan oluşmaktadır. Bunların başında gelişme hakkı, barış hakkı ve çevre hakkı gelmektedir.

Son olarak, bilim ve teknoloji çağının getirdiği riskler sonucunda oluşmaya başlayan haklar dördüncü kuşak haklar olarak nitelendirilmektedir.²⁸² 21. yüzyılda ortaya çıkan teknolojik gelişmelerin kötüye kullanılması sonucunda oluşacak hak kayıplarının önlenmesi amacıyla bu hakların da insan hakları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği fikri kabul görmeye başlamıştır. Bu bağlamda, kabul edilen en temel hak olan kişisel verilerin korunması hakkı, bazı ulusal ve uluslararası belgelerle de kabul edilerek pozitif hukukta karşılık bulmuştur.²⁸³

²⁷⁷ Sosyal haklar ilk kez 1848 Fransız Anayasasında düzenlenmiş olsa da, hukuki temelinin tam olarak sağlamlaştığı belge Birleşmiş Milletler tarafından 1966 yılında kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir. Salih Özkan, “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Kuşak Sınıflandırması”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1, 2015, Haziran, s. 116.

²⁷⁸ Uygun, **Devlet**, s. 505.

²⁷⁹ Uygun, **Devlet**, s. 505-506.

²⁸⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri, <http://ibrahimkaboglu.org/dayanisma-haklari-nin-hukuksal-degeri-soyut-talepler-mi-insan-haklari-mi.html/>, e.t.: 24.01.2017

²⁸¹ Jean Rivero, her hakkın belli bir özneye sahip olması gerektiğini ve üçüncü kuşak hakları belirli bir öznenin yoksun olması sebebiyle eleştirmiştir. Diğer yandan Robert Pelloux, yine üçüncü kuşak hakların öznelarının belirli olmaması ve bu hakların hukuksal korumalarının çok zor olması gerekçesiyle eleştirmiştir. Kaboğlu, **Dayanışma Hakları**, s. 37.

²⁸² Uygun, **Devlet**, s. 506.

²⁸³ Türkiye Cumhuriyeti tarafından 2016 yılında kabul edilen 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu dördüncü kuşak hakların pozitif hukuktaki yansımalarından biri olarak kabul edilmelidir.

1.2.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Tanınması ve Korunması

1.2.3.1. Ulusal Hukukta Tanıma ve Koruma

Temel hak ve özgürlükler, doğal hukuk görüşüne göre, insanların doğuştan sahip oldukları birtakım insan haklarıdır. Bu haklar, insanın insan olmasından kaynaklanan ve insan onurunu koruyan haklar olmasından dolayı pozitif hukukla kabul edilsin veya edilmesin, insanların doğuştan sahip oldukları haklar olarak kabul edilirler. Ancak bir özgürlüğün pozitif hukukla tanınması o özgürlüğü hak haline getirerek, kişinin sahip olduğu özgürlüğün sağlamlaşmasını sağlar.²⁸⁴

Tarihsel süreçte insan hakları ilk olarak bildirilerle tanınmıştır.²⁸⁵ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi anayasaların iki temel işlevinden birinin kuvvetler ayrılığının sağlanması, diğerinin ise hakların güvence altına alınması olduğunu belirtmiştir.²⁸⁶ İnsan haklarının pozitif hukukta ilk yansımalarından biri olarak kabul edilen belgede düzenlenmiş bu hususla devletler de anayasalarında temel hak ve özgürlükleri düzenlemeye başlamışlardır.

Temel hak ve özgürlüklerin anayasayla tanınması en yaygın tanıma şekillerinden biridir.²⁸⁷ Temel hak ve özgürlüklerin anayasalar tarafından tanınması kişilerin haklarının ve özgürlüklerinin hukuki temelini sağlamlaştırırken, aynı zamanda devlete de bu hak ve özgürlükleri koruması için görev yüklemektedir.²⁸⁸ Bununla birlikte, insan hakları, oluşumu gereği devlet tarafından verilmiş haklar olmadıkları için anayasalarda tanınmamış olsa dahi var olan haklardır.

Ulusal düzeyde anayasalarda tanınmayan haklar, kanun, yönetmelik, tüzük gibi anayasa altı normlarla da tanınıp pozitif hukuka girebilirler. Elbette ki anayasada tanınan bir hak ile kanun, tüzük veya yönetmelikle tanınan bir hakkın sağladığı güvence birbirine eşdeğer olmayacaktır, ancak yine de tüzük veya yönetmelik tarafından tanınmış bir hak veya özgürlük idari makamlara karşı belirli bir güvence sağlamaktadır.²⁸⁹

²⁸⁴ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 130.

²⁸⁵ 1215 Magna Carta Libertatum, 1628 Haklar Dilekçesi, 1689 Haklar Bildirisi, 1776 Virginia Haklar Bildirisi, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, temel hak ve özgürlükleri pozitif hukukta tanıyan ilk belgeler olarak kabul edilmektedir.

²⁸⁶ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Madde 16: *Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur.*

²⁸⁷ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 130.

²⁸⁸ Akad/Dinçkol, s. 285.

²⁸⁹ “Örneğin tüzükle tanınan bir hak ve hürriyet, tüzük çıkarmaya yetkili makamın altında yer alan bütün idari makamları bağlar. Yönetmelikle tanınan bir hak ve hürriyet, bu yönetmeliği değiştirmeye yetkili makam dışında bütün makamları bağlar.” Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 132.

Bir diğerk ulusal düzeyde tanıma yolu da uluslararası antlaşmalarla tanımadır. İmzalanana bir uluslararası antlaşma iç hukukta geçerlilik kazandığında, uluslararası sözleşmeyle tanınan haklar o ÷lke için de geçerli olmaktadır.²⁹⁰ Bizim anayasamıza göre, uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edilirler. Hatta temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar kanunlardan üstün kabul edilmektedir.²⁹¹

1.2.3.2. Uluslararası Hukukta Tanıma ve Koruma

Temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzeyde tanıma ve korumasının yanında, uluslararası düzeyde de bazı temel hak ve özgürlüklerin korunması yolları öngör÷lmüştür. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasının yolları ortaya çıkmaya başlamıştır. Ulusal korumaların yanında uluslararası korumaların da öngör÷lmesindeki amaç, farklı toplumların farklı insan hakları anlayışı benimsemesinin önüne geçip, tüm toplumlarca kabul edilen yeknesak insan haklarının oluşmasını sağlamaktır.²⁹²

Temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde korunması bazı temel uluslararası belgelerle mümkün olmaktadır. Bu belgelerin başında BM İnsan Haklar Evrensel Beyannamesi gelmektedir.²⁹³ Bu belgenin en önemli niteliği belli başlı insan haklarının ne olduğuna açıklık getirmesidir.²⁹⁴ BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden sonra düzenlenen ve İkiz Sözleşmeler²⁹⁵ olarak da anılan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsam olarak BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden daha dar olmakla birlikte, denetim organı da öngör÷lmüş olması bakımından önemlidir.²⁹⁶

²⁹⁰ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 132.

²⁹¹ T.C. Anayasası Madde 90/5: *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*

²⁹² Yücel Acer/İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 287.

²⁹³ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 10 Aralık 1949'da BM Genel Kurulu tarafından ilan edilmiştir.

²⁹⁴ Bu belgenin hemen hemen tüm temel hak ve özgürlükleri kapsaması sonucunda kendisinden sonra yapılacak uluslararası belgeler için bir ölçüt niteliği taşımaktadır. Acer/Kaya, s. 287-288

²⁹⁵

²⁹⁶ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde kabul edilen haklar için bir denetim organı öngör÷lmemişken, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesindeki hakların sağlanıp sağlanmadığını denetleyecek bir İnsan Hakları Komitesi kurulması ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesindeki haklar için denetim organı olarak BM Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulması öngör÷lmüştür.

Uluslararası alanda BM örgütü tarafından desteklenmiş, kabul edilmiş ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik düzenlenen bu evrensel belgelerin²⁹⁷ yanında bölgesel nitelikli sözleşmeler de bulunmaktadır. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması için yapılan bu tür çalışmalar Avrupa, Afrika, Amerika ve Asya-Pasifik bölgelerinde yoğunluk göstermektedir.²⁹⁸

Temel hak ve özgürlüklerin uluslararası korunmasında en etkili organlardan biri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Mahkemenin temel hak ve özgürlüklerin ihlallerine ilişkin bireysel başvuruları değerlendirme yetkisi, taraf devletlerin iç hukukta düzenlemeler yaparak insan haklarını koruması yükümlülüğünü beraberinde getirmiştir.

Evrensel, bölgesel ve özel konulara dair sözleşmelerle, bu sözleşmelerde belirtilen hakların korunması için öngörülen denetleme yolları, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde korunmasını sağlamaktadır. Ancak genel kabule göre, insan haklarının “ulusal düzeyde korunması” esas, “uluslararası düzeyde korunması” ise ikincildir.²⁹⁹

1.2.4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

1.2.4.1. Genel Olarak Hakkın Sınırlanması Kavramı ve Sınırlama Yöntemleri

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin kabul edilmesiyle kendini pozitif hukukta daha çok gösteren insan hakları, bu dönemde, bireyin özgürlüklerinin hiçbir güç tarafından sınırlanamayacağı anlayışıyla kabul edilmekteydi. Daha sonra bireyin toplumsal bir varlık olarak kabul edilmesiyle artık toplum içinde yaşayan bireylerin özgürlüklerinin devlet tarafından sınırlanabileceği anlayışı kabul edilmeye başlandı.

Günümüz demokrasilerinde de kabul edilen görüşe göre birey, sahip olduğu özgürlüklerin tamamına toplumsal bir varlık olarak sahiptir ve toplumda herkesin

²⁹⁷ Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin yanında Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (21 Aralık 1965), Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (18 Aralık 1979), İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlık dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme (10 Aralık 1984), Çocuk Hakları Sözleşmesi (20 Kasım 1989) gibi temel hak ve özgürlüklerle ilgili pek çok konuya dair Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme düzenlenerek uluslararası koruma sağlanmıştır. Abdullah Eren, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları**, 1. Baskı, İstanbul-2012, On İki Levha Yayıncılık, s. 108-109.

²⁹⁸ Eren, s. 121.

²⁹⁹ Eren, s. 58-59; Devletin görevi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gereken korumayı sağlamaktır. Ancak bu koruma yeterli olmadığında, uluslararası koruma yollarına gidilmelidir. Buna örnek olarak, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde AIHM'e başvurulabileceğini öngören AIHS'in 35'nci maddesi verilebilir.

özgürlüklere eşit oranda sahip olabilmesi için bu özgürlüklerin birtakım sınırları olması gerekmektedir.³⁰⁰ Yani bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanması amacı, bu haklarda bazı sınırlamalara gidilmesini mecbur kılmaktadır. Diğer yandan, kamu düzeni ve temel hak ve özgürlükler arasında denge kurulması gerekliliği de, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bazı sınırlamalara gidilmesine neden olmuştur.³⁰¹

Günümüzde kabul edilen hak ve özgürlük anlayışına göre, asıl olan özgürlüktür, sınırlama ise istisnadır.³⁰² Sınırlamanın istisna olması, sınırlama yapılırken bazı ilkelere ve ölçütlere uyulmasını zorunlu kılmaktadır. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının belirli ilke ve ölçütlere uygun olması gerekliliğinin temel amacı ise, sınırlamanın keyfiliğini ortadan kaldırmaktır.³⁰³

Hak ve özgürlüklerin var olması için pozitif hukukta temel hak ve özgürlüğün tanınmasına gerek olmamasına rağmen, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için bazı şartlar öngörülmüştür.³⁰⁴ Öyle ki, temel hak ve özgürlükler ancak anayasayla veya kanunla sınırlandırılabilirler.

Devletlerin, hak ve özgürlükleri sınırlama rejimleri çoğunlukla anayasalarda öngörülmektedir.³⁰⁵ Bu kapsamda, genel olarak temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken kabul edilen ölçütler anayasalarda gösterilerek sınırlamanın çerçevesi çizilmektedir. Bu ölçütler, ‘sınırlamanın kanunla yapılması’, ‘demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması’ gibi genel sınırlama ölçütleri olabilir.³⁰⁶ Bunun yanında, devletlerce her hakka özgü sınırlama sebepleri de öngörebilir. Ancak her iki durumda da hak ve özgürlüklerin, anayasa veya kanunla sınırlandırılması gerekmektedir.

Genel sınırlama sebepleri ile özel sınırlama sebepleri arasındaki fark 1982 Anayasası’nın 2001 değişikliğinden önceki ve sonraki halinde kendini

³⁰⁰ “Toplumsal yaşamda ‘herkes için özgürlük’, ‘paylaşılmış özgürlük’tür; paylaşılmış özgürlük ise ‘sınırlı’dır.” Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 76.

³⁰¹ Kapani, s. 223.

³⁰² Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 110.

³⁰³ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 161.

³⁰⁴ “İnsan, insan olduğu için özgürdür ve bu özgürlükler anayasadan veya kanundan kaynaklanmaz. Ancak insanların sahip olduğu özgürlükler anayasa ve kanunla sınırlandırılabilir. Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 161.

³⁰⁵ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 162.

³⁰⁶ Örneğin, İspanya Anayasası “kamu düzeni” dışında herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.79; Alman Anayasası ise, temel hak ve özgürlüğün hiçbir şekilde hakkın özüne dokunulmadan ve ancak yasayla sınırlandırılabilirliğini hükme bağlamıştır.

göstermektedir.³⁰⁷ Öyle ki, 1982 Anayasası'nın ilk halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel sınırlama sebepleri kabul edilirken, 2001 değişikliğiyle bu sebepler, özel sınırlama sebepleri olarak kabul edilmiştir.³⁰⁸ Genel sınırlama sebepleri ile özel sınırlama sebepleri arasındaki en önemli fark, genel sınırlama sebeplerinin kabul edilmesi halinde hakkın sınırlanması bakımından yasama organına geniş bir alan bırakılmış olmasıdır.³⁰⁹

Anayasasının 13'üncü maddesinin ilk halinde kabul edilen genel sınırlama sebepleri, 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü', 'milli egemenliğin', 'Cumhuriyetin', 'milli güvenliğin', 'kamu düzeninin', 'genel asayişin', 'kamu yararının', 'genel ahlakın' ve 'genel sağlığın' korunması amaçları olarak düzenlenmişti. Yapılan 2001 değişikliğiyle bu genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve madde temel hak ve özgürlüklerin 'yalnızca ilgili maddede sayılan sebeplere bağlı olarak sınırlandırabileceğini' belirterek, özel sınırlama sebeplerinin öngörüldüğü bir madde haline gelmiştir.³¹⁰

Temel hak ve özgürlükler devletlerin anayasalarında tanımlanarak yine anayasalarda düzenlendiği şekilde sınırlandırılabilirler. Bu sınırlama iki şekilde yapılabilir. Devletler anayasalarında bir temel hak ve özgürlüğü açıkça sınır koyarak tanıyabilir.³¹¹ Diğer yandan devletler, anayasalarında bir hakkı sınırlı bir şekilde tanıyarak da o hakkı sınırlandırabilirler.³¹²

³⁰⁷ 1982 Anayasası'nın 13'ncü maddesi 3 Ekim 2001 Tarih ve 4709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla değiştirilmiştir.

³⁰⁸ 1982 Anayasası'nın ilk halinde md. 13, 'Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacıyla... sınırlandırılabilir' şeklinde iken; 2001 değişikliğiyle aynı madde 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlandırılabilir.' şeklinde kabul edilmiştir.

³⁰⁹ Tamer Bozkurt, "'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş' Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle 'Sözleşme Hürriyeti' Açısından Durum", **Hukuk Gündemi Dergisi**, S:2008-9, Ankara-2008, 144-153, s. 144.

³¹⁰ *Madde 13 (Eski Hali): Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.*

Madde 13 (Yeni Hali): Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

³¹¹ Örneğin, TC Anayasası md. 69/2'ye göre; "Siyasi partiler, ticari faaliyetlere girişemezler." Bu hüküm bir temel hak ve özgürlüğün tanınmasını belirli bir şarta bağlamış; yani bu temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını açıkça sınırlandırmıştır.

³¹² Örneğin, TC Anayasası md. 34/1'de herkesin silahsız ve saldırısız bir gösteri veya yürüyüşü önceden izin almadan düzenleme hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre toplantı ve yürüyüş

Temel hak ve özgürlükler çoğunlukla anayasalar yerine kanunlarla sınırlandırılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin keyfi ve sınırsız şekilde yapılmasını engellemek için temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların, belirli şartlar altında ancak kanunla sınırlanabileceği anayasalarda öngörülür. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların ancak kanunla yapılması kanunilik ilkesinin bir gereğidir.³¹³ Kanunilik ilkesiyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla öngörülmesi, haklar bakımından objektif sınırların belirlenmesinde büyük rol oynamaktadır, çünkü kanunlar herkes için geçerli olan genel kuralları koyarlar. Bu kapsamda kanunlarla yapılan sınırlamalarla sınırlamanın belirli kişi ve gruplara özgü yapılması engellenerek, hak ve özgürlüklerin eşitlik ilkesi kapsamında kullanılması sağlanmaktadır.³¹⁴

Kanunla yapılan sınırlamaların iki şekli vardır. Bu kapsamda kanunla sınırlama, “basit yasa kaydı” veya “nitelikli yasa kaydı” ile yapılabilmektedir. Basit yasa kaydıyla yapılan sınırlamalarda, yasa koyucuya genel anlamda sınırlama yetkisi verilmektedir. Bu yetki dışında herhangi bir sınırlama ölçütü belirtilmemektedir.³¹⁵ Nitelikli yasa kaydıyla yapılan sınırlandırmalarda ise, anayasada, sınırlamanın yasayla yapılacağı öngörülürken, aynı zamanda sınırlamayı düzenleyen yasanın temel hak ve özgürlüğü sınırlandırırken, sınırlamanın sebebini de içermesi istenmektedir. Bu durumda, sınırlamanın kanunla yapılması yeterli olmayıp ayrıca sınırlamanın sebebinin de belirtilmesi gerekmektedir. Bu sebepler, kamu düzeni, genel sağlık veya kamu yararı olabilmektedir.³¹⁶ Bu kapsamda, nitelikli yasa kaydı genel bir sınırlama sebebi olarak anayasalarda ayrı bir hüküm şeklinde bulunabileceği gibi, tek tek her hakka özgü

düzenleme hakkını serbestçe kullanabilmek için silahsız ve saldırısız olma şartı aranmaktadır. Yani bu hak anayasada tanınırken sınırlı bir şekilde tanınmıştır.

³¹³ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 165.

³¹⁴ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 166.

³¹⁵ TC Anayasası md 54’te grev hakkı ve lokavt hükmünü düzenlenirken, söz konusu hakkın kullanılmasının ve lokavta başvurulmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceğini belirtilerek, basit yasa kaydıyla sınırlandırma yapılmıştır. Halil İbrahim Kılıç, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 34-35.

³¹⁶ Abdullah Topal, “1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 36-37.

sınırlama sebepleri, o hakkın düzenlendiği maddede belirtilerek özel sınırlama sebepleri de öngörülebilir.³¹⁷

Temel hak ve özgürlüklerin anayasa veya kanunla sınırlandırılması ve genel veya özel sınırlama sebeplerinin gösterilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından büyük öneme sahip olsa da yeterli görülmeyip, başka bazı şartların da varlığı aranmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle kanunla yapılan sınırlandırmanın anayasaya aykırı olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, hak ve özgürlük, ancak anayasa tarafından çizilen sınırlar çerçevesinde, kanunla sınırlandırılabilir.³¹⁸ Normlar hiyerarşisi de göz önüne alındığında, anayasayla tanınan temel hak ve özgürlükleri kanun maddesiyle sınırlandırırken, bu sınırlandırmanın anayasaya aykırı olması kabul edilemez.

1.2.4.2. Hakkın Sınırlanmasında AİHS ve 1982 Anayasası Ölçütleri

Çağdaş demokrasilerde, toplumsal bir varlık olarak kabul edilen insanın sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri kullanırken birtakım sınırlamalarla karşı karşıya kalması, herkesin o temel hak ve özgürlüğü kullanma hakkının olmasından ileri gelmektedir. Başka bir deyişle, kişilerin temel hak ve özgürlüğü sınırsız kullanması, diğer kişilerin bu hak ve özgürlüğü kullanmasını engelleyeceğinden, bu temel hak ve özgürlüğün kullanılmasına sınırlama getirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu anlamda bazı sınırlama ölçütleri belirlenerek, yapılacak sınırlamanın keyfiliğini ortadan kaldırmak amaçlanmıştır. Devletlerin hakların sınırlanmasında kabul ettiği ölçütler genel olarak AİHS’de belirlenen ölçütlerle paralellik göstermektedir.

AİHS kural olarak olağan dönemlerde yapılacak sınırlamalar için genel sınırlama sebeplerini kabul etmeyip, sınırlama ölçütlerini her bir hak için ayrı ayrı belirleyerek özel sınırlama sebepleri öngörmüştür.³¹⁹ Özel sınırlama sebeplerinin her bir hak için ayrı ayrı belirlenmesinin önemi, her hak için belirlenen sınırlama sebeplerinden farklı bir sebeple hakkın sınırlandırılmasının mümkün olmamasıdır.³²⁰

³¹⁷ 1982 anayasasının ilk halinde genel sınırlama sebepleri kabul edilmiş; daha sonra 2001 yılında yapılan değişikliklerle genel sınırlama sebepleri yerine özel sınırlama sebepleri kabul edilmiştir. bkz. yukarıda s. 45.

³¹⁸ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 172.

³¹⁹ Örneğin; AİHS md.9’da düzenlenen din ve vicdan özgürlüğünün ikinci fıkrasında düzenlenen din veya inancını açıklama özgürlüğüne dair sınırlama ölçütü “sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” şeklinde belirtilmiştir.

³²⁰ Burak Gemalmaz, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi-Sınırlama ve Güvence İlkeleri”, **İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu**, İstanbul/2013, s. 375.

AİHS her hak için özel sınırlama sebepleri öngörürken, aynı zamanda her hak için ortak olarak belirlemiş olduğu bazı ölçütleri göz önüne almaktadır. AİHM herhangi bir devletin bir hakka müdahale ettiğine dair bir başvuru aldığında, bu müdahalenin meşru olup olmadığını bu ölçütleri inceleyerek belirlemektedir. AİHM bu incelemeyi, söz konusu müdahalenin yasayla yapıp yapılmadığına, yapılan müdahalenin sınırlama sebeplerine uygun olup olmadığına ve son olarak da sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakarak yapmaktadır.³²¹

Bu kapsamda, AİHS'nin her hak için özel sınırlama sebepleri öngörüp bu sınırlamalar dışında hakka müdahale edilmesini yasaklarken, aynı zamanda o hak için sayılan sınırlama ölçütlerinin de “yasayla öngörülmüş”, “sınırlama sebeplerine uygun olarak” ve “demokratik bir toplumda gerekli olması” koşuluyla müdahalede bulunulabileceğini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda, AİHM tarafından oluşturulan içtihatla devletin müdahalesinin Sözleşmeye aykırı olup olmadığı değerlendirilmektedir.³²²

Bu ölçütlerden, müdahalenin yasayla öngörülmüş olma ölçütünün temel amacı hakkın sınırlandırılmasında keyfiliğin önüne geçmektir. Bu bağlamda AİHM tarafından verilen kararlarla oluşan içtihada göre, yasaların ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması gerekmektedir.³²³ Bu iki unsur, hakkı kullanan kişinin bilmediği veya öngörmediği müdahalelerle karşılaşmasını önleyerek, hukuk devleti ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemini altını çizmektedir.³²⁴ Müdahalenin yasayla öngörülmüş olması hususundaki yasanın “ulaşılabilir” olması şartı, yasanın aleni olması gerekliliğidir. Yasanın bilinmemesinin mazeret sayılmadığı hukuk sistemlerinde yasaların aleni hale gelmesinin şartı, hukuksal düzenlemelerin yayınlanmasıdır.³²⁵ Yasayla öngörülmüş olma şartının diğer unsuru olan yasanın “anlaşılabilir” olma şartı

³²¹ Burak Gemalmaz, s. 374.

³²² Rıza Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, **Yargıtay Dergisi**, C.28, S.1-2, Ankara-2002, s. 199.

³²³ Mahkemenin bu içtihadı ilk olarak Silver/İngiltere ve Sunday Times/Birleşik Krallık davalarında oluşturmuştur. Mahkeme Sunday Times/Birleşik Krallık Kararında, “*Mahkeme'nin görüşüne göre, “yasayla öngörülmüş” ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır: belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir kural vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse “yasa” sayılamaz; vatandaş, gerekirse uygun görüş alarak, belirli bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul olacak bir derecede öngörebilmelidir*” şeklinde belirterek günümüzde de kabul edilen bu içtihadın oluşmasını sağlamıştır. Türmen, s.199; Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım-2003, s. 239.

³²⁴ Burak Gemalmaz, s. 371; Hukuk devletinin en basit tanımı ile vatandaşlara hukuki güvenlik sağlayan devlet olarak kabul edilmesi, kişilerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını bilmesi veya öngörebilmesi yasa ile öngörülebilir olma ölçütünün tamamlayıcısı niteliğindedir.

³²⁵ Burak Gemalmaz, s. 371.

ise, mutlak değildir.³²⁶ Bu kapsamda, bireyin yaptığı eylemin sonuçlarını makul derecede öngörebilmesi halinde yasanın anlaşılabilir olma şartının sağlandığı söylenebilecektir.³²⁷

Benzer şekilde 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tüzük gibi idari işlemlerle sınırlanması kesin olarak yasaklanmaktadır.³²⁸ Ancak bu hak ve hürriyetler alanında yürütmenin hiçbir işlem yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, yürütme organı bir kanuna dayanarak temel hak ve özgürlükler konusunda düzenlemeler yapabilse de bu düzenlemeler kanunun belirlediği sınırları aşamaz.³²⁹

Sınırlamanın ihlal oluşturmaması için, devlet müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığının değerlendirilmesi, AİHM tarafından kabul edilen bir diğer ölçüttür. Kapsamı genel olarak mahkeme içtihatlarıyla belirlenen demokratik toplumda gerekli olma ölçütü, müdahalenin herhangi bir toplumsal gereksinimi karşılaması ve elde edilmek istenen meşru amaçla orantılı olması şeklinde açıklanmaktadır.³³⁰ Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını bu şartlar altında değerlendirirken devletlere belirli bir *takdir marjı*³³¹ tanımıştır.³³²

AİHM içtihatlarında “zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması” ve “ulaşılacak istenen meşru amaçla orantılı” olması halinde müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir.³³³ Bu kapsamda mahkeme, demokratik toplumun özelliklerini de ‘çoğulculuk’, ‘açık fikirlilik’ ve ‘hoşgörü’ olarak açıklamaktadır.³³⁴ Mahkeme demokratik toplumda gerekli olma ölçütünü, hakka yapılan müdahalenin ‘zorunlu’ ve ‘orantılı’ olması gerekliliğiyle açıklamıştır. Bununla birlikte, AİHS'nin

³²⁶ Çünkü başta kanunlar olmak üzere bütün hukuki düzenlemeler soyut ve belirsizdir. Bunların yorumlanması ile icrası uygulamanın sorunudur. Burak Gemalmaz, s. 371.

³²⁷ Yukarıda bk. dn. 302.

³²⁸ Kemal Gözler, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme), **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, Ankara-2001,53-67, s. 56.

³²⁹ Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 342

³³⁰ Olsson/İsveç Kararı, Başvuru No: 13441/87, Karar Tarihi: 24.03.1988; Norris/İrlanda Kararı, Başvuru No: 10581/83, Karar Tarihi: 26.10.1988.

³³¹ Takdir marjı doktrini III. Bölümde detaylı olarak incelenecektir.

³³² Duterte, s. 231.

³³³ Söz konusu kararlara örnek olarak; Dilek Aslan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 34364/08, Karar Tarihi: 20.10.2015; Pentikäinen/Finlandiya Kararı, Başvuru No: 11882/10, Karar Tarihi: 20.10.2015; Langner/Almanya Kararı, Başvuru No: 14464/11, Karar Tarihi: 17.09.2015; Poyraz/Türkiye Kararı, Başvuru No: 15966/06, Karar Tarihi: 07.12.2010.

³³⁴ Dudgeon/Birleşik Krallık Kararı. Başvuru No:7525/76, Karar Tarihi: 24.02.1983; Türmen, s. 201

amacıyla paralel olarak, demokratik toplumlardaki hak kayıplarının önüne geçilmesi için demokratik toplumun açık fikirli, hoşgörülü ve çoğulcu olması gerekliliğine dikkat çekerek, devlet tarafından yapılan müdahalenin bu özellikler dikkate alınarak değerlendirileceğini içtihatlarıyla belirlemiştir.³³⁵

Sınırlamanın ‘demokratik toplumda gerekli olması’ ölçütü Türk Anayasa tarihinde ilk olarak 1982 Anayasası’nda kabul edilmiştir. 1961 Anayasası’nda kabul edilen hakkın özüne dokunmama ölçütünün belirgin ve kullanışlı olmaması nedeniyle, kanun koyucu anayasasının ilk halinde bu ölçüt yerine ‘demokratik toplumda gerekli olma’ ölçütünü uygun görmüştür.³³⁶ Demokratik toplumda gerekli olma ölçütünün değerlendirilmesinde esas tartışılan konu, 1982 Anayasası’nın benimsediği demokratik toplum görüşü mü yoksa batının demokratik toplum görüşünün mü esas alınacağıdır.³³⁷ Genel kabule göre, demokratik toplumda gerekli olma ölçütündeki demokratik toplumdan kasıt batılı demokratik toplumdur.³³⁸ Bu noktada, 1982 Anayasası’nın benimsediği demokratik toplum ile batılı demokratik toplumlar arasında bir ayrım olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Esasen 1982 Anayasası’nın benimsemiş olduğu demokratik toplum düzeni, batılı demokratik toplum düzeninden farklı değildir. Bu kapsamda bakıldığında, demokratik toplumdan bahsedebilmek için hem Türk demokrasisi hem de batılı demokrasilerin benimsemiş olduğu gibi ampirik demokrasi anlayışının varlığı yeterli olmaktadır.³³⁹

AİHM tarafından kabul edilen bir diğer ölçüt ise, ‘sınırlamanın meşru bir sebebe yönelmiş olması’ gerekliliğidir. Bu meşru sebepler Sözleşmenin 8 ve 11’inci maddeleri arasında düzenlenen, her temel hak ve özgürlüğün tanındığı maddenin ikinci fıkrasında

³³⁵ Türmen, s. 201.

³³⁶ 2001 değişikliğiyle hem demokratik toplumda gerekli olma ölçütü hem de hakkın özüne dokunmama ölçütü kabul edilmiştir. Gözler, **İnsan Hakları**, s. 384.

³³⁷ Gözler, **İnsan Hakları**, s. 385-386; Topal, s. 123.

³³⁸ Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulamasında 1982 Anayasası’nın demokratik toplum anlayışının benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak daha sonraki ifadesinde demokratik toplum düzeninin gereklerinin genellikle kabul gören demokratik toplum rejimlerine uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Gözler, **İnsan Hakları**, s.385-386; Feyyaz Gölcüklü, “Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları”, **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt:8, Yasama Yılı: 1, 130. Birleşim, 1982, s. 149 ve 154.

³³⁹ Gözler, ampirik demokrasi teorisi ile demokratik rejimlerin sahip olması gereken minimum özellikleri belirtmiştir. Buna göre, demokratik rejimlerde, siyasal rejimler seçimle belirlenmektedir, seçimler düzenli aralıklarla tekrarlanmalıdır, seçimler serbest olmalıdır, birden çok siyasal parti olmalıdır, muhalefetin iktidar olma imkanı olmalıdır ve temel hakların tanınmış ve güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 10. Baskı, Bursa-2017, s. 164.

düzenlenmiş sebeplerdir.³⁴⁰ Sözleşmede öngörülen bu meşru sebepler genel olarak; *kamu düzeni, ulusal güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* gibi amaçlardır. Bu amaçlardan kamu güvenliğinin korunması, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının haklarının korunması gibi sebepler tüm maddeler için sınırlama sebebi olarak sayılırken, bazı sınırlama sebepleri sadece belirli bir hak için sayılmıştır. Ancak maddelerin hepsinde bu sınırlama sebeplerinin varlığı, bu sebeplerin genel sınırlama sebebi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sebepler yalnızca tüm maddelerde ortak olarak sayılan özel sınırlama sebepleri olarak öngörülmüştür. Örneğin, ülkenin ekonomik kalkınması, yalnızca 8'inci maddede düzenlenen “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” için öngörülmüş bir sınırlama sebebidir.³⁴¹ Ancak her iki durumda da bir hak sadece o hakkın düzenlendiği maddede sayılan sebeplerle sınırlanabilecek, başkaca bir sınırlama sebebiyle devletlerce o hakka müdahale edilmesi mümkün olmayacaktır.³⁴²

AİHS'nin sınırlama sebepleriyle paralel olarak 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin özel sınırlama sebepleri öngörülmüştür. 1982 Anayasası'nın ilk halinde genel sınırlama sebepleri kabul edilmişse de 2001'de yapılan değişiklikle³⁴³ AİHS'le uyumlu olarak özel sınırlama sebepleri kabul edilmiştir. Sınırlama sebeplerinin belirlenmesi, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin keyfiliğini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesine göre, temel hak ve özgürlükler sadece o hak için öngörülen sınırlama sebepleriyle sınırlandırılabilirlerdir.³⁴⁴

³⁴⁰ Örneğin AİHS md. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ikinci fıkrası “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, maddede sayılan amaçlar dışında hakkın herhangi bir amaçla sınırlandırılması mümkün değildir.

³⁴¹ Türmen, s. 199.

³⁴² Burak Gemalmaz, s. 376.

³⁴³ 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13'ncü maddesinde değişiklik yapılmıştır.

³⁴⁴ Örneğin T.C. Anayasası md. 34'te düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının 2'nci fıkrasında bu özgürlüğün hangi sebeplerle sınırlandırılacağını açıklamaktadır. Maddeye göre, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlandırılmaktadır. Anayasada yazılan bu sebeplerden başka bir sebeple bu hakkın sınırlandırılması mümkün değildir.

Her hakkın ancak kendisi için öngörülen sınırlama sebepleriyle sınırlanabileceğini öngören bu düzenleme, 1982 Anayasası'nda, hakkında sınırlama sebebi belirtilmemiş haklar bakımından birtakım tartışmalara yol açmıştır. Anayasamızın 13'üncü maddesinde açıkça hakların yalnızca ilgili maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği belirtildiğinden, hakkında herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemeyen hakların sınırsız veya mutlak hak haline gelmeleri sorunu ortaya çıkmıştır.³⁴⁵ Bu konuyla ilgili Gözler'in görüşü, sınırlama sebebi öngörülmemeyen haklar için hiçbir sınırlamanın uygulanamayacağıdır. Yani sınırlama sebebi öngörülmemeyen bir hakkın sınırlanması anayasanın 13'üncü maddesine aykırılık teşkil edecektir.³⁴⁶ Buna karşılık öğretide yaygın olarak kabul edilen diğer görüş ise, hakların özel sınırlama sebeplerinden bağımsız olarak o özgürlüğün niteliği gereği sahip olduğu objektif sınırları olduğudur.³⁴⁷ Özbudun'a göre³⁴⁸, her hak ve hürriyetin doğasında gizli objektif sınırları olduğunu söylerken; benzer şekilde Sağlam, hiçbir sınırlama sebebine yer verilmemiş bir hakkın sınırsız bir hak olarak kabul edilemeyeceğini ve hakkın doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu belirtmiştir.³⁴⁹

1.2.4.3. Haklarının Sınırlanmasının Sınırı

1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenlerken aynı zamanda bu sınırlamanın sınırını da belirlemektedir. Öyle ki, her hak ve özgürlüğün sınırı olduğu gibi devletin keyfi müdahalesini önlemek için bu sınırlamaların bir sınırı olması gerekliliği de ortaya çıkmıştır. Bu sebeple 13'üncü maddede temel hak ve özgürlüklerin, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olarak, ölçülü bir şekilde sınırlanması gerektiği öngörülmüştür.

³⁴⁵ Tamer Bozkurt, “'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş' Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle 'Sözleşme Hürriyeti' Açısından Durum”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S:2008-9, Ankara-2008, s. 145; Gözler, **İnsan Hakları**, s. 350.

³⁴⁶ Bu görüşü savunan Gözler, örneğin anayasanın 48'nci maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlayacak herhangi bir sebep öngörülmediği için bu hakka ilişkin yapılan herhangi bir sınırlamanın anayasanın 48 ve 13'ncü maddelerine aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. Gözler, **İnsan Hakları**, s.350; Bozkurt, s. 145.

³⁴⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi**, S:57-2, Ankara, 18-40, s. 22; Bozkurt, s. 145.

³⁴⁸ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara-2007, s. 103.

³⁴⁹ Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı 19, (**Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum**, Antalya-2002), s.254. aktaran: Bozkurt, s. 145-146.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü, yapılacak sınırlamanın hem kanun metnine hem de anayasanın tümünden çıkan temel anlama³⁵⁰ uygunluk anlamına gelmektedir. Bu kapsamda anayasanın sözüne uygun olma ölçütü anayasa metni olarak değerlendirilmektedir.³⁵¹ Anayasanın ruhuna uygunluk ölçütü ise, anayasanın sözü ölçütünden daha zor tespit edilebilir bir ölçüttür. Ancak anayasanın ruhuna uygunluk kriteri genel olarak anayasanın bütünselliği, anayasanın tümünden çıkan temel anlamı ifade ettiği belirtilmektedir.³⁵²

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk tespitinin yapılmasında ilk olarak Fransa’da kabul edilen, ‘anayasallık bloğu’ olarak tanımlanan bazı kurallar göz önüne alınmaktadır. Bu kavram genel olarak, yasama organının yasa veya anayasa yaparken uyması gereken anayasal kuralların ne olduğunu açıklamaktadır.³⁵³ Anayasallık bloğuyla ilgili kapsamlı bir çalışma yapan Yüzbaşıoğlu bu kavramı, ‘Anayasaya Uygunluk Denetiminde Ölçü Normlar’ başlığı altında değerlendirmiştir.³⁵⁴ Anayasallık bloğunu oluşturan ilkeler, ‘hukukun genel ilkeleri’, ‘uluslararası hukuk kuralları’, ‘anayasa ilke ve kuralları’ ve ‘anayasa mahkemesi kararları’nın yanında ‘Atatürk ilke ve inkılapları’dır.³⁵⁵ Bu kapsamda, anayasallık bloğunu oluşturan ilkelere bakılarak, anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk kriteri belirlenebilmektedir. Bu ilkelere uygun olmayan bir sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak sınırlamanın ‘laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması’ ölçütü, anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama ölçütüyle ilişkili olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda, anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama ifadesi, hem anayasanın sözünde yer alan laik cumhuriyet ilkesini hem de anayasanın bütününden anlaşılan laik cumhuriyet kavramını içinde barındırmaktadır.³⁵⁶ Dolayısıyla söz konusu ölçütün anayasanın sözüne ve ruhuna

³⁵⁰ Ergün Özbudun, s. 115.

³⁵¹ Örneğin, anayasada tanınmış ve sınırlama sebepleri belirtilmiş bir hakkın, bu sebepler dışında bir sebeple sınırlandırılabilmesi bir yasa ile düzenlendiğinde, bu kanun hükmü ve dolayısıyla sınırlama anayasanın sözüne aykırılık teşkil edecektir. Gözler, **İnsan Hakları**, s. 362.

³⁵² Örneğin, Özbudun Anayasanın ruhu kavramını Anayasanın tümünden çıkan temel anlam olarak tanımlanmaktadır; bkz, yukarıda dn. 328; Gözler, Anayasanın ruhu kavramının Anayasanın sözünü destekleyen bir kavram olarak kullanılması gerektiğini belirtmektedir; Gözler, **İnsan Hakları**, s.364; Benzer başka bir görüşe göre ise, Anayasanın ruhu kavramı, Anayasanın temel felsefesi olarak tanımlanmaktadır. Faruk Bilir/Murat Yanık, **Sorularla Anayasa Hukuku**, Der Yayınları, 4. Basım, İstanbul-2016, s. 52.

³⁵³ Kemal Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var Mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı:55-3, s. 82.

³⁵⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayın Dağıtım, 16. Bası, İstanbul-2016, s. 500.

³⁵⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 500 vd.

³⁵⁶ Kılıç, s. 89

uygunluk ölçütü içerisinde zaten değerlendirileceği ve bu sebeple laik cumhuriyetin gereklerine uygun olma koşulunun bir sınırlamanın sınırı ölçütü olarak gerekli olmadığı söylenebilir. Diğer yandan laikliğin esas itibarıyla din ve devlet işlerinin birbirinden ayrıldığı bir ilke olması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında nasıl bir etkiye sahip olacağı sorusunu akla getirmektedir.³⁵⁷ Gözler, laiklik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması arasında herhangi bir ilişkinin olmadığını savunmaktadır.³⁵⁸

Anayasa Mahkemesi laiklikle ilgili verdiği kararlarda, laikliğin, Türk demokrasisi için olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul edildiğini belirtmiştir.³⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımından, laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olan bir sınırlamanın, demokratik toplumun gereklerine de aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır.³⁶⁰ Bu kapsamda, laik cumhuriyetin gerekleri ölçütü, hem demokratik toplumun gerekleri ölçütüyle hem de anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama ölçütüyle ilişkili olduğundan, bu şekilde bir düzenleme yapılması madde içerisinde tekrara yol açmıştır.

Bir diğer sınırlamanın sınırı ise, ‘hakka yapılacak müdahalenin ölçülü olması’ gerekliliğidir. Bu kavram, sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasında ölçülü bir ilişki olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.³⁶¹ Ölçülülük kavramının bir sınırlamanın sınırı olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerde bir ölçüt olarak kullanılmasının temelinde ‘hukuk devleti ilkesi’ ile ‘demokratik toplum düzeni’ yer almaktadır. Gerçekten de, özgürlüğün esas, sınırlamanın ise istisna olduğu bir hukuk düzeninde temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin ölçülü olması zorunluluğu olağandır.

İçtihatlarla göre ölçülülük ilkesi üç unsurla değerlendirilmektedir. Bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin yapılan sınırlamanın gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirme, kullanılan aracın sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye ‘elverişli’ olup olmadığına, bu amacın ‘gerekli’ olup olmadığına ve amaç ile araç arasında ‘orantı’ olup olmadığına

³⁵⁷ Gözler, **Anayasa Değişikliği**, s. 62

³⁵⁸ Gözler, **Anayasa Değişikliği**, s. 62.

³⁵⁹ “Ulusal egemenlik kavramı, demokratik yapının temelidir. Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklerle yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet, ancak laik devlettir.” AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 7.3.1989, R.G. 05.07.1989; Abdurrahman Eren, “2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen ‘Laik Cumhuriyetin Gerekleri’ Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:2002/3, s. 62.

³⁶⁰ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, S:12, Güz-2007, s. 56.

³⁶¹ Bilir/Yanık, s.51; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 156.

bakılarak yapılmaktadır.³⁶² Elverişlilik, yapılan sınırlamanın, o hakkın sınırlandırma nedenine katkıda bulunması gerektiğini ifade etmektedir.³⁶³ Bu kapsamda, eğer yapılan sınırlama, o hakkın sınırlandırma nedenini ortadan kaldırmıyorsa, sınırlamanın elverişli olduğundan söz edilemeyecektir. Gereklilik ilkesi ise, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirecek en yumuşak araç olmasını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, bir sınırlama aracı, sınırlama amacını ortadan kaldırıyorsa ve fakat o sınırlama sebebini ortadan kaldıracak daha hafif bir araç var ise, bu sınırlama gerekli olarak kabul edilemez.³⁶⁴ Sınırlamanın ölçülü olup olmadığının değerlendirmesi yapılırken bakılacak son unsur ise, sınırlamanın orantılı olup olmamasıdır. Orantılılık unsuruna göre, sınırlamanın amacı ile kullanılan araç arasında belli bir denge olmalıdır.³⁶⁵

1.2.4.4. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Türk Anayasası'nın 15'nci maddesinde olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği düzenlenmiştir.³⁶⁶ Bu kapsamda, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uygulamalar olağan dönemlere göre farklılık göstermektedir. Her ne kadar olağan dönemlere göre olağanüstü dönemlerdeki sınırlama rejimi daha geniş olsa da, bu dönemlerde de sınırlama belirli şartlara tabidir.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini öngören 15'nci madde sınırlama kapsamının sınırlarını da çizmektedir. Maddeye göre, olağanüstü dönemde yapılacak sınırlama uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemeli, ölçülü olmalı ve hakkın özüne zarar vermemelidir.³⁶⁷

³⁶² Bu unsurlara sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denmektedir; Mumcu/Küzeci, s.261-262; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 156; Bilir/Yanık, s.51-52; Gözler, **İnsan Hakları**, s. 370 vd.

³⁶³ Gözler, **İnsan Hakları**, s. 370-371.

³⁶⁴ Gören, s. 51; Gözler, **İnsan Hakları**, s. 371.

³⁶⁵ Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen 14.05.2015 tarih ve E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararda, öngörülen tedbirin, maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemeyeceğini belirterek, amaç ile araç arasında bir denge kurulması gerekliliğine işaret etmiştir.

³⁶⁶ *TC Anayasası Madde 15: Savaş, seferberlik (...) (1) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*

³⁶⁷ Kemal Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukukî Rejimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara-1990, S. 4, 561-590; *Anayasa md. 15/1: Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin*

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için öncelikle hangi durumların olağanüstü dönem kapsamına girdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ‘savaş’, ‘seferberlik’ ve ‘olağanüstü hal’ gibi durumlarda olağanüstü dönemin varlığı kabul edilerek, 15’nci maddeye göre hakların sınırlandırılabilmesi mümkündür. Aksi halde temel hak ve özgürlükler olağan dönemdeki sınırlama rejimine tabi olmaktadır.³⁶⁸ Aynı zamanda olağanüstü dönemlerde hakka yapılacak sınırlama uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamalıdır. Bunun temel sebebi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası yükümlülüklerin iç hukuktan üstün durumda olmasıdır.³⁶⁹ Bu sebeple de devlet, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası yükümlülükleriyle olağanüstü dönemlerde de bağlıdır. Olağanüstü dönemlerde hakkın sınırlandırılabilmesi için gereken bir diğer şart ise, ölçülülük ilkesine uyma şartıdır.³⁷⁰ Son olarak olağanüstü dönem olsa dahi sınırlandıramayacak bazı temel hak ve özgürlükler vardır. Bu çekirdek haklar AİHS’nin 15’nci maddesinin 2’nci fıkrasında sayılmıştır. Maddeye göre, meşru savaş hali dışında ‘yaşam hakkı’, ‘işkence yasağı’, ‘kölelik yasağı’ ve ‘kanunsuz ceza olmaz’ ilkesi çekirdek alan kapsamında yer almaktadır.³⁷¹ Sözleşme maddesine göre, olağanüstü dönemlerde dahi sayılan hakların sınırlandırılması mümkün değildir.

kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

³⁶⁸ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş**, s. 297.

³⁶⁹ *TC Anayasası Madde 90/5: ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*

³⁷⁰ Bu şart, olağan dönemlerde hakkın sınırlandırılmasında incelenen ölçülülük ilkesiyle aynı anlama gelmektedir. bkz. yukarıda s. 55.

³⁷¹ *AİHS Madde 15/2: Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.*

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ KAPSAMI, UNSURLARI VE SINIRLANMASI

2.1. İfade, İfade Özgürlüğü Kavramları ve Tarihsel Gelişimi

‘İfade’ sözcüğü sözlük anlamı itibarıyla ‘anlatım’ anlamına gelse de ‘ifade özgürlüğü’ kapsamında bu tanımın yeterli olmadığı açıktır.³⁷² Esas olarak ifade, düşünme faaliyeti sonucunda ortaya çıkan düşüncenin, fikrin veya sanatsal tasvirin; dille, resimle veya geleneksel sanat yollarıyla iletilmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁷³ Bu kapsamda, herhangi bir düşüncenin dış dünyaya yansıtılmadığı durumda, bu düşüncenin “ifade” olmasından bahsedilemeyecektir.

İnsanı diğer varlıklardan ayıran en temel özelliğin düşünebilme yeteneği olduğundan hareketle, bireyin düşündüklerini serbestçe ifade edebilme özgürlüğüne sahip olmasının öneminin büyük olduğu açıktır. İfade özgürlüğü, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi bakımından önemli bir yere sahiptir. Bu bakımdan, ifade özgürlüğü çağdaş demokrasilerin olmazsa olmaz unsurlarından biri haline getirmiştir.³⁷⁴ İfade özgürlüğü, bireyin haysiyetli bir yaşam sürmesi ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesine katkı sağlamasının yanında toplum için de ayrıca büyük öneme sahiptir.³⁷⁵ Öyle ki, ancak sosyal, sanatsal veya bilimsel fikirlerin ifade özgürlüğü yoluyla yayılması halinde toplumlar ilerleme kaydedebilmektedir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğü, hem bireysel hem de toplumsal konumu sebebiyle önce devletler sonra da uluslararası organlar tarafından en çok korunması gereken haklardan biridir.

Tanım olarak fikir birliğine ulaşılamamış olsa da ifade özgürlüğü, bireylerin serbestçe fikir edinebilmeleri ve bu fikirleri dışa vurmaları için gerekli imkânın bulunması olarak tanımlanabilir.³⁷⁶ Bir başka tanıma göre ise, düşünce, inanç, kanaat ve

³⁷² Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&_guid=TDK.GTS.5a_9eb34611c3d0.18211225, e.t.: 06.03.2018.

³⁷³ Tezcan ve Diğerleri, s. 321.

³⁷⁴ Mustafa Erdoğan, *Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü -Özgürlükçü Bir Perspektif-*, Liberal Düşünce, Sayı: 24, Ankara-2001, 8-13, s.8; Shahriyar Yusufli, “Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s.6; Tezcan ve Diğerleri, s. 322.

³⁷⁵ Adnan Küçük, s. 6.

³⁷⁶ İsmail Turgut Kıldan, “Türk Anayasa Yargısında düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Karşılaştırılması”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 3.

duyguların cezalandırma korkusu yaşanmadan açıklanması ve korunmasıdır.³⁷⁷ İfade özgürlüğü kapsam olarak hem ‘düşünme’, hem ‘konuşma’, hem de ‘açıklama’ unsurlarını içinde barındırmaktadır.³⁷⁸ Bu unsurların oluşması için ise iki temel özgürlüğün bulunması gerekmektedir. Bunların birincisini, kişilerin serbestçe öğrenme, bilgi edinme, araştırma hakkı oluşturmaktayken, diğerini ise, kişilerin edindiği bilgileri serbestçe açıklama ve yayma hakkını içermektedir.³⁷⁹ Diğer yandan, ifade özgürlüğünün bir diğer boyutunu, kişinin ifadelerini açıklamaya zorlanmaması, düşünce ve ifadeleri sebebiyle kınanmaması oluşturmaktadır.³⁸⁰ Gerçekten de, ifade özgürlüğü, kişinin hem araştırma ve bilgi edinme özgürlüğünü, hem kanaat ve düşünce edinme özgürlüğünü, hem de kişinin edindiği kanaat ve düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünü kapsamaktadır.

İfade özgürlüğünün varlığının bireysel ve toplumsal olarak büyük öneme sahip olması, kişinin bireysel özerkliğinin sağlanmasında³⁸¹, demokrasinin kuvvetlenmesinde ve buna bağlı olarak toplumsal ilerlemenin sağlanmasında kendini göstermektedir. Kişinin bireysel özerkliğinin sağlanması, ifade özgürlüğünün serbestçe öğrenme ve araştırma hakkı kapsamında kendini göstermektedir. Bu kapsamda, kişi serbestçe edindiği bilgiler doğrultusunda kendi fikrini oluşturarak kendi kanaatlerini kuvvetlendirecek araçlara ulaşabilir. Aynı şekilde, kişi edindiği bilgilerle oluşturduğu kanaatlerini, serbestçe açıklama özgürlüğüyle kendini ifade edebilmesi de bireysel özerkliğin bir parçasıdır.³⁸²

İfade özgürlüğünün demokrasiyi güçlendirme işlevi ise, toplumsal olarak karar alma süreçlerinde kendini göstermektedir. Kişilerin ifade özgürlüğüne sahip olması, hem kişilerin bilgi edinmesine hem de diğer kişilere bilgi ve fikir sağlamasıyla oluşacak kanaatler demokrasinin işlemesine katkı sağlamaktadır. Bu kapsamda, serbest bir kamuoyu oluşturmak için ifade özgürlüğüne sahip bireylerin fikirlerini serbestçe

³⁷⁷ Ahmet Bahçe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 5.

³⁷⁸ Tezcan ve Diğerleri, s. 321.

³⁷⁹ Tezcan ve Diğerleri, s. 321.

³⁸⁰ Kıldan, s. 3.

³⁸¹ İfade özgürlüğü gibi bir hakka neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna cevap olarak, gerçekleri anlamak, bireysel özerkliği sağlamak, demokrasi kültürü ve kendi kendini yönetme yetisini güçlendirmek, hoşgörülü bir toplum yaratmak gibi gerekçeleri gösterilmektedir. Gerçekten de, kişinin hem kendisini hem de içinde yaşadığı toplumu geliştirecek araçların sağlanması ancak ifade özgürlüğüyle sağlanabilir. Tezcan ve Diğerleri, s. 322

³⁸² Tezcan ve Diğerleri, s. 323.

tartışılabilirdiği bir toplum, demokrasinin olmazsa olmazlarından biridir.³⁸³ Buna bağlı olarak, demokrasinin kuvvetlenmesi aynı zamanda toplumsal ilerlemeyle de ilişkilidir. Öyle ki, demokratik toplumlarda herkesin düşünce ve kanaatlerini serbestçe ifade edebilmesi, kişilerin farklı bakış açıları ve fikirler edinmelerine olanak sağlayacağından toplumsal olarak ilerleme kendiliğinden gerçekleşecektir.³⁸⁴

Demokratik devletlerin en önemli unsuru olan ifade özgürlüğü, tartışmaya uygun bir ortam sağlaması ve kanaat oluşumuna olanak vermesi özellikleriyle demokrasilerin güçlenmesinde büyük katkı sağlamaktadır. Bunun yanında, kamusal eleştirinin mümkün olduğu demokratik rejimler ifade özgürlüğüyle bireylere farklı fikirleri tartışma olanağı sunarak, iyi-kötü veya doğru-yanlış fikirlerle ilgili kanaat oluşturma imkânı vermektedir.³⁸⁵ Kamusal eleştirinin olduğu, yani diğer bir deyişle ifade özgürlüğünün devletler tarafından yeterince korunduğu demokratik rejimlerde meşru bir muhalefetin varlığından söz edilebilmektedir.³⁸⁶

İfade özgürlüğü 1948 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde koruma altına alınmıştır.³⁸⁷ Söz konusu bildirgenin, ifade özgürlüğüne ilişkin sağladığı korumanın ardından, yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'yle de ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır.³⁸⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi genel olarak ifade özgürlüğü hakkını tanıırken, daha sonra kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ifade

³⁸³ “Bir kişinin düşünceyi açıklama özgürlüğü, aynı zamandan başkalarının öğrenme ve bilgilenme özgürlüklerinin kaynağı olup, bu özgürlük ortadan kaldırılır veya gereğinden fazla kısıtlanırsa, demokrasiye zarar verilmiş olur.” Tezcan ve Diğerleri, s. 323; Erdoğan, s. 10.

³⁸⁴ Sezgin Seymen Çebi, “İfade Özgürlüğü ve Yeni Anayasa”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S:1, Haziran-2013, 125-147, s. 129.

³⁸⁵ Erdoğan, s. 10.

³⁸⁶ Kamusal eleştiri demokrasinin temel taşıdır. Demokratik kamusal tartışma ancak özgür eleştiri ve meşru muhalefet sayesinde mümkündür. Eleştiri yoksa meşru sayılan bir muhalefetin olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Demokratik bir toplumda ancak eleştirme ve sorgulama yoluyla herkesin herkesi denetlemesine dayanan açık uçlu bir kamusal tartışmayla neyin doğru olup olmadığına karar verilmesi mümkündür. Erdoğan, s. 10.

³⁸⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md.19: “Herkesin kanaat ve ifade hürriyetine hakkı vardır; bu hak müdahale olmaksızın kanaat taşıma ve herhangi bir yoldan ve ülke sınırlarını gözetmeksizin bilgi ve fikirlere ulaşmaya çalışma, onları edinme ve yayma serbestliği de kapsar.”

³⁸⁸ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi md.19: “ 1. Herkes kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir. 2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı şekilde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir. 3. Bu maddenin 2. Fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarla öngörülmüş olması ve; (a) başkalarının haklarına ve şöhretlerine saygı bakımından ve; (b)ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından korunması zorunlu olmalıdır.”

özgürlüğünü hem tanımış hem de sınırlarını belirleyerek hakkın çerçevesini çizmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'yle tanınan ifade özgürlüğü kapsam olarak bugün kabul edilen ifade özgürlüğüyle paralellik göstermektedir. İfade özgürlüğünün unsurları belirtilerek, hakkın kapsamına bilgi edinme ve yayma özgürlüğü ile kanaat özgürlüğü alınmıştır. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise, hakkı yine aynı şekilde tanımış, ancak bugün uluslararası hukukun ve devletlerin düzenlediği sınırlamaları da genel çerçevesiyle öngörmüştür.

Nihayet AİHS'nin 10'uncu maddesiyle düzenlenen ifade özgürlüğü, maddenin ilk fıkrasında hakkı tanımlarken, 2'nci fıkrasında hakkın hangi durumlarda sınırlanabileceğini belirtmiştir. AİHS hakkı tanımlarken herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğunu ve bu özgürlüğün hiçbir kamu makamının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırı gözetilmeksizin kanaat özgürlüğü ile haber alma ve verme özgürlüğünü kapsadığı da belirtilerek, ifade özgürlüğünün çerçevesi de çizilmiştir.³⁸⁹ Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, mutlak olmayan ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar belirtilmiştir. Sınırlamaların amacı, genel olarak bireyler özgürlüklerini en geniş şekilde kullanırken, başkalarının özgürlüklerine müdahale etmemelerinin güvence altına alınmasının sağlanmasıdır.

2.2. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

İfade özgürlüğünün kapsamı hangi ifadelerin bu hak çerçevesinde korunduğunu göstermektedir. Esasen ifade kavramı geniş bir kavram olup, düşünce yoluyla oluşturulan kanaatlerin dış dünyaya aktarılmasıyla ortaya çıktığı kabul edilmektedir.³⁹⁰ Bu kapsamda fikirlerin, duyguların veya düşüncelerin hangi şekilde ortaya çıktığı ve ifade özgürlüğünün bu ifade çeşitlerinden hangilerini kapsadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Esas olarak ifadelerin dış dünyaya yansımalarının pek çok farklı yolu olabilir. AİHM içtihatlarında kişilerin ifade özgürlüklerini kullandıkları araçlar veya içerikler hiçbir fark gözetilmeksizin ifade özgürlüğü maddesi kapsamında koruma altındadır.³⁹¹ Bu kapsamda kişinin ifade özgürlüğünün, bu özgürlüğünü hangi araçla kullanırsa

³⁸⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.10/1: *“Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.”*

³⁹⁰ Bkz. yukarıda dn. 326.

³⁹¹ Yusifli, s. 23.

kullansın koruma altında olduğu kabul edilmektedir. Aşağıda bunlardan bazıları incelenecektir.

2.2.1. Sembolik, Davranışsal ve Sanatsal İfade

İfadelerin açıklanmasında en çok yararlanılan araçlardan biri *sembolik ifadeler*dir. Herhangi bir düşüncenin yazı, resim, heykel, grafik gibi yollarla açıklanması ifadenin sembolik araçlarla açıklanması anlamına gelmektedir. Sembolik ifadeler gerek yazılı gerek sözlü şekilde kullanılabilirler. İfade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınan sembolik ifadelerin ortak noktası ise, hepsinin bir fikri sembolize ediyor olmasıdır.³⁹² Örneğin, haç işareti, Hristiyanlığın sembolü iken; gamalı haç işareti, Nazi sembolüdür. Sembolik ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının belli sınırları vardır. Bu kapsamda, sembolik bir ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı ifade özgürlüğünün sınırlarıyla birlikte değerlendirilmelidir.

İfade özgürlüğünün kullanılmasındaki diğer bir araç ise, *davranışsal ifadeler*dir. Davranışsal ifadeler, bir fikrin eylemle ortaya konulması anlamına gelmektedir. Günlük hayatımızda da sıklıkla kullandığımız davranışsal ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınmıştır. Örneğin, selamlaşmak bir davranışsal ifade yöntemidir ve ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu kapsamda ‘merhaba’ demek yerine bunu davranışsal bir eylemle de ifade etmek mümkündür. İfade özgürlüğü tıpkı sembolik ifadeler gibi bu davranışsal ifadeleri de koruma altına almaktadır. Davranışsal ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının bazı sınırları olabilir. Örneğin, protesto amacıyla birini öldürmek de bir davranışsal ifade yöntemidir; ancak ifade özgürlüğü kapsamında bu davranış korunmamaktadır.³⁹³ Bunun temel nedeni ise yaşam hakkı ile ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda hangisine öncelik verileceğinin saptanmasıdır.³⁹⁴ Bu kapsamda, davranışsal ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında koruma altında olduğu söylenebilse de, tüm davranışların ve eylemlerin aynı şekilde değerlendirilmesinin hakların çatışmasına neden olarak sorun yaratacağı açıktır. Bir

³⁹² Çağdaş Zarplı, “İfade Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 6

³⁹³ Robert Trager, **21. Yüzyılda İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Çev. A. Nuri Yurdusev, Cankin Matbaası, Ankara-2003, s. 20.

³⁹⁴ “Hükümetin bir eylemi kısıtlaması sadece toplumun genel yararı için bir eylemi sınırlamak olabilir. Çok az insan hükümetin cinayet veya kundaçlılığı önleyebilmesinden kuşku duyar. Belli bir eylemi yasaklarken hükümetin amacı ifadeyi bastırmak olmayabilir. Niyet sadece birinin hayatını kurtarmak ya da bir yangının önüne geçmektir. Lâkin, bazen ifade kısıtlanabilir, her ne kadar hükümetin niyeti bu değilse de.” Trager, s. 20.

eylem veya davranışın ifade özgürlüğü kapsamına girip girmeyeceği, ifade özgürlüğünün sınırlarıyla birlikte değerlendirilerek tespit edilebilir.

Sanatsal ifadeler kapsamına giren ifadeler, resim, çizim, müzik, şarkı, dans, şiir, tiyatro, edebiyat, fotoğraf gibi estetik veya sembolik ifadelerdir.³⁹⁵ Sanatsal ifadelerin de aynı şekilde ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu kapsamda tartışılan sanatsal ifadenin hangi sınıra kadar ifade özgürlüğüne dâhil edileceğidir.³⁹⁶ Örneğin dans etmenin veya bir tablonun hangi noktaya kadar ifade özgürlüğü kapsamında korunacağı belirlenmelidir. Bu kapsamda AİHM’in aşağıdaki şekilde verdiği kararda, ifade özgürlüğü kapsamında sanatsal ifadeleri de koruma altına almıştır.³⁹⁷

*“Sözleşmenin 10 uncu maddesi, özellikle bilgi ve fikir edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında, kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikirlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı yaratan sanatsal ifade özgürlüğünü de içermektedir. Sanat eserleri yaratan, sergileyen veya dağıtan kişiler demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan fikir ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle Devletin... ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü söz konusudur...”*³⁹⁸

Kelimelerle bir paragraf yazmak gibi, dans yoluyla da duygularla ve fikirlerle iletişim kurmak, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.³⁹⁹ Ancak bu sanatsal ifadelerin de diğer ifade çeşitleri gibi, ifade özgürlüğünün sınırlarıyla paralellik gösterecek sınırlamalara maruz kalması kaçınılmazdır.

³⁹⁵ Birleşmiş Milletler Özel Raporörü Farida Shaheed’in hazırladığı “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü Hakkı” başlıklı raporda, sanatsal ifadelerin içeriğinin, kutsal veya dünyevi, politik veya apolitik olmasından ya da toplumsal meseleleri konu edinip edinmemesinden bağımsız olarak bu sanatsal ifade biçimlerinin kullanılabileceği belirtilmiştir. Pelin Başaran/Ulaş Karan, **Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu**, İstanbul-2016, s. 15.

³⁹⁶ Zarplı, s. 7.

³⁹⁷ Başaran/Karan, s. 14.

³⁹⁸ Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No. 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005, par. 42.

³⁹⁹ Bir Amerikan Mahkemesi kararına göre, dans, bir paragrafla anlatılacak bir şeyin dans yolu ile ifade etmesidir. Bu kapsamda sanatsal ifade ile fikir ve duyguların aktarılmasının da ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerekmektedir. Trager, s. 26.

2.2.2. Siyasi İfadeler

Siyasi ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınmış olması demokratik toplumun en önemli gereklerinden biridir. Öyle ki, siyasi ifadelerin korunduğu sistemler yasama ve yargının yanında aynı zamanda kamuoyunun da denetimine tabi hale gelmektedir.⁴⁰⁰ Bu kapsamda, belki de en çok korunması gereken ifade, siyasi ifadedir. Gerçekten de, uluslararası sözleşmelere göre siyasi ifadeler, ifade özgürlüğü içerisinde en az müdahale edilebilen ve en küçük yaptırımların bile hakkın ihlaline yol açtığı bir konumdadır. Bu nedenle, kamuoyunun yararı da göz önüne alındığında, siyasi ifade özgürlüğünün olduğu devletlerde, iktidarın kendisine yöneltilen eleştirileri hoşgörüyü karşılama mecburiyeti bulunmaktadır.⁴⁰¹

Siyasi ifade özgürlüğünün bu denli önemli olmasının bir diğer sebebi ise, farklı fikirlerin ortaya çıkmasını sağlayarak kamu yararına hizmet ettiği için demokratik toplumun oluşmasına katkı sağlamasıdır. Siyasi ifadeler genel olarak, hükümeti, devleti veya kamu kuruluşlarını eleştiren ifadeler oldukları ve bu eleştiriler kamu yararına hizmet ettiği için, iktidarın dışındaki farklı fikirlere saygı duyulması demokratik toplumun en önemli gereklerinden biridir.⁴⁰²

AİHS'in 10'uncu maddesi kapsamında korunan siyasi ifadeler bakımından, mahkeme içtihatlarında, siyasi ifadelerin sınırlandırılmasında taraf devletlere çok dar bir alan bırakıldığı görülmektedir. Bu kapsamda devletlerin siyasi ifadeleri sınırlandırırken çok güçlü gerekçelere dayanmaları gerekmektedir. Bunun temel sebebi, demokratik toplumların sağlıklı bir şekilde kamuoyu oluşturabilmeleri için siyasi iktidarların kendilerine karşı yapılan eleştirilere normal bir vatandaşa ve hatta bir politikacıya göre daha fazla tolerans göstermesi gerekliliğidir.⁴⁰³ Bu kapsamda, siyasi ifadelere yapılacak sınırlamalarda, taraf devletlerin hareket alanları daha dardır.⁴⁰⁴

Siyasi ifadelerin korunmasının basın özgürlüğüyle de yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bireylerin toplumdaki farklı fikirleri öğrenmesi ve demokratik

⁴⁰⁰ Tezcan ve Diğerleri, s. 328.

⁴⁰¹ Tezcan ve Diğerleri, s. 329. Örneğin Mahkeme, Tuşalp/Türkiye Kararında, politikacıların ve özellikle üst mertebede bulunan kişilerin sert eleştirilere karşı daha toleranslı olmaları gerektiğinin üstünü çizmiştir. Tuşalp/Türkiye Kararı, Başvuru No: 32131/08 - 41617/08, Karar Tarihi: 21.02.2012, par. 45.

⁴⁰² Yusufli, s. 30.

⁴⁰³ “Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği durumlarda ceza davasına başvurmada kendisini sınırlı görmesini gerektirir.” Castells/İspanya Kararı, Başvuru No. 11798/85, Karar Tarihi: 23.04.1992, par. 46.

⁴⁰⁴ Kıldan, s.156-157; Zarphı, s. 65

toplumlarda gerekli olan kamuoyunun oluşması için çok önemli rolü olan basın özgür olması, bir bakıma siyasi ifadelerin de özgür olması sonucunu doğurmaktadır.⁴⁰⁵ AİHM basın özgürlüğü ve siyasi ifadeyle ilgili verdiği *Lingens/Avusturya*⁴⁰⁶ kararında, basının siyasi demokrasilerdeki yerini ve önemini gösteren bir içtihat geliştirmiştir. Buna göre, basın, siyasal tartışma özgürlüğü kapsamında demokratik toplumlar için çok önemli bir yere sahiptir.⁴⁰⁷ Karara göre, kamunun yararına olan hususlarda basının toplumu aydınlatma göreviyle toplumun da haber alma hakkının bulunması, siyasi ifadelerin geniş bir korumaya sahip olmasını sağlamaktadır.⁴⁰⁸

2.2.3. Müstehcenlik İçeren İfadeler

Müstehcen kelime anlamı itibariyle “açık saçık, edebe aykırı, yakışsız” anlamına gelmektedir.⁴⁰⁹ Esasında müstehcenliğin tanımı, tiksindirici veya nefret uyandıran, açık-saçık, pis, ayıp veya hoş olmayan anlamına gelmektedir.⁴¹⁰ Bu anlama gelen ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında koruma altında olup olmadığı ise tartışmalı bir husustur. Müstehcen yayınların ahlak dışı olması ve toplumun kendi ahlak standartlarının korunmasındaki yarar sebebiyle, bu tür yayınların sınırlandırılmasının gerektiği yönünde görüşler savunulmaktadır. Aynı şekilde, müstehcen yayınların kişileri ahlak dışı eylemlere özendirdiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.⁴¹¹

Genel olarak ülkelerin müstehcen olarak kabul ettiği ifadelerin çoğu pornografik niteliktedir.⁴¹² Bu yazılı veya sözlü müstehcen ifadelerin devlet tarafından denetim altında tutulmasının ahlakın korunması meşru amacını taşıdığı ve bu toplumsal ahlak

⁴⁰⁵ Çiğdem Baloğlu, *İfade Özgürlüğü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), s. 44.

⁴⁰⁶ Lingens-Avusturya Kararı, Başvuru No. 9815/82, Karar Tarihi: 08.07.1986.

⁴⁰⁷ Lingens-Avusturya Kararında, ifade özgürlüğünün sadece lehte olan fikirleri koruma altına almadığı aynı zamanda muhalif olan ve rahatsız eden haberleri de koruma altına aldığı belirtilmiştir. Bu kararda, basının, kamunun menfaatine olan diğer alanlarda olduğu gibi siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletme görevine sahip olduğu belirtilmiştir. Basın özgürlüğü, halka siyasi liderlerin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkanı vermesiyle demokratik toplumlar için vazgeçilmez bir unsurdur. Erhan Tanju, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara-2017, s. 203.

⁴⁰⁸ Lingens-Avusturya Kararı, Başvuru No. 9815/82, Karar Tarihi: 08.07.1986, par. 41.

⁴⁰⁹ **Türk Dil Kurumu**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&xarama=gts&guid=TDK.GTS.5a.c237cc487e39.71028860, (e.t.: 18.02.2018).

⁴¹⁰ Frederick Schauer, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, Cambridge Üniversitesi Matbaası, 1982-Amerika, 12. Bölüm, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-ozgurlugu-felsefi-bir-inceleme.pdf>, e.t.: 02.04.2018

⁴¹¹ Bu eylemlere örnek olarak, zina, ırza geçme, cinsel sapıklık verilebilir. Müstehcen ifadelerin, bu eylemler gibi ahlaki sorunların da ötesine geçen davranışlara sebebiyet vermesi mümkündür. Schauer, 12. Bölüm.

⁴¹² Schauer, 12. Bölüm.

kavramının toplumdan topluma değişiklik gösterdiğini⁴¹³ kabul etmek gerekmektedir.⁴¹⁴ Bu nedenle, AİHM tarafından devletlere ahlaki konulara ilişkin geniş bir takdir marjı tanımaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi bir ifadenin müstehcen olarak nitelendirilebilmesi için üç kıstas belirlemiştir. Bu kıstaslardan ilki, ifadenin yoğun bir şekilde şehvet arzusunu kışkırtması; diğeri, açık bir şekilde incitici olması ve sonuncusu da yapıtın hiçbir sosyal değere sahip olmamasıdır. Bu üç kıstasa sahip olan bir ifadenin müstehcen ifade olarak kabul edilebileceğini belirten mahkeme, bu kıstaslar dikkate alındığında, bir ifadenin edebi, sanatsal veya bilimsel bir değere sahip olması halinde hiçbir şekilde müstehcen olması sebebiyle yasaklanamayacağını da belirtmektedir.⁴¹⁵

AİHM'in ise müstehcen ifadelerle ilgili vermiş olduğu kararlarda toplumsal ahlaka yönelik tehdit olması nedeniyle ulusal makamlara daha çok takdir hakkı tanıdığı görülmektedir. Ancak Mahkeme, ulusal makamlar tarafından bir ifadenin müstehcenlik içermesi nedeniyle hakkın sınırlandığı bazı durumlarda, ifade özgürlüğünün doğasına aykırı olup olmadığını inceleyerek, ihlal kararı vermektedir. Örneğin, *Handyside/Birleşik Krallık* kararında, başvurucunun yayınladığı bir çocuk kitabının müstehcen ifadeler içerdiği ve genel ahlakın korunması amacıyla toplatılmasına karar verilmiştir. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlali hakkında mahkemeye başvurmuş mahkeme ise verdiği kararında, sınırlamanın gerekli olup olmadığı hususunda devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu ancak bu takdir hakkının sınırsız olmadığını ve mahkeme tarafından denetlenebilir olduğunu belirtmiştir. Söz konusu davada mahkeme beş muhalif oya karşı sekiz oyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴¹⁶ Bununla birlikte, mahkeme kararında müstehcenlik kavramını da değerlendirerek, eseri okuması muhtemel kişinin okuduğu müstehcen ifadeleri belirli bir oranda gerçekleştirmek isteyeceğine ikna olması gerektiğini belirtmiştir.⁴¹⁷

İfade özgürlüğü kapsamında müstehcen ifadelerle sağlanan korumanın, diğer ifadelerle kıyasla daha düşük olduğu görülmektedir. Bunun temel nedeni, devletlerin

⁴¹³ Örneğin, Japonya'nın toplumsal ahlak anlayışı ile Türkiye'nin toplumsal anlayışı birbirinden tamamen farklıdır. Örneğin Türkiye'de dahil olmak üzere pek çok ülkede ahlak dışı olarak görülen yazılı veya sözlü ifadeler Japonya'da ahlak dışı olarak kabul edilmemektedir. Zarplı, s. 11-12; Yusufli, s. 90.

⁴¹⁴ Akdaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41056/09, Karar Tarihi: 16.02.2010, par. 26-27.

⁴¹⁵ Melih Yürüşen, Pornografiyi İfade Özgürlüğü Kapsamında Düşünmek, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Düzenleyen: Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara-2003, s. 194-196.

⁴¹⁶ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, par. 48-50.

⁴¹⁷ Osman Doğru/Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt 2, Pozitif Matbaa, Ankara-2013, s. 247.

‘genel ahlakın korunması’ amacına yönelik hakkın sınırlanması hususunda sahip olduğu takdir marjı ve AİHM’nin denetiminin ikincil nitelikte olmasıdır.⁴¹⁸

2.2.4. Nefret İçeren İfadeler

Nefret söylemleri, AİHS’nin 10’uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün mutlak olmadığını ve bazı durumlarda meşru amaçlar doğrultusunda sınırlanması gerekliliğine örnek olabilecek nitelikte ifadelerdir. Nefret içeren ifadeler genel olarak, ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, anti-semitizmi, İslamofobi ve hoşgörüsüzlüğü yayan, teşvik eden, destekleyen ya da haklı çıkarmaya çalışan her türlü düşünce açıklaması olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁹ Bu kapsamda nefret içerikli söylemler, ırkçılığın yanında, cinsiyetler arası veya dinler arası hoşgörüsüzlüğü ve nefreti de içinde barındırmaktadır.⁴²⁰

Nefret söylemi, Birleşmiş Milletler Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’nin 4’üncü maddesi⁴²¹ ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme’nin 20’inci maddesi⁴²²,’nde de yasaklanmış ve devletlere bu hususla ilgili pozitif yükümlülükler yüklenmiştir.

AİHM de nefret içeren ifadelerin korunmayacağı düşüncesini benimsemiştir.⁴²³ Ancak AİHS, nefret söylemlerini yasaklayan hükümler içermemekle birlikte, bu ifadeler 10’uncu maddenin 2’inci fıkrası kapsamında hakkın sınırlanma sebepleri arasında

⁴¹⁸ Doğru/Nalbant, s. 231.

⁴¹⁹ Elif Küzeci, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve ırkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, **TBB Dergisi**, Sayı:7, Ankara-2007, s. 178.

⁴²⁰ Küzeci, s. 178.

⁴²¹ *Madde 4: Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla insan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme’nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,*

a) ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.

b) ırk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katilimi yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.

c) Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.

⁴²² *Madde 20: 1- Her türlü savaş propagandası yasalar ile yasaklanır. 2- Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalar ile yasaklanır.*

⁴²³ Örneğin, AİHM Faruk Temel/Türkiye Kararında, belli kişilere karşı kin aşılayan ve nefret söylemi içeren açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacağını belirtmiştir. Faruk Temel/Türkiye Kararı, Başvuru No:16853/05, Karar Tarihi: 01.02.2011.

değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, nefret içeren ifadeler söz konusu olduğunda, devletin pozitif yükümlülüklerinin devreye girdiği ve mağdurun ulusal makamlarca korunması için devlet tarafından bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi öngörülmektedir.⁴²⁴ Diğer yandan AİHM taraf devletlere bu hususta bir takdir hakkı tanımaktadır. Bununla birlikte, AİHM bu yöndeki başvuruları değerlendirirken, öncelikle başvuranın ifade özgürlüğü ile söz konusu devletin kamusal yararı arasında bir değerlendirme yapmaktadır.⁴²⁵

Şiddet veya ırkçı nefreti içeren ifadelere yapılan müdahaleler bakımından AİHM tarafından devletlere tanınan bir takdir alanı bulunmaktadır. Mahkeme, bir ifadenin şiddet içermesi veya şiddete teşvik etmesi halinde, ulusal makamların müdahalenin gerekliliğine ilişkin daha geniş bir takdir hakkı olduğunu belirtmiştir.⁴²⁶ Mahkemenin nefret içeren ifadelerle ilgili önemli ilkeleri belirleyerek içtihat oluşturduğu kararlardan biri *Müslüm Gündüz/Türkiye*⁴²⁷ kararıdır. Söz konusu kararda Mahkeme, nefret söylemi, şiddet çağrısı veya övgüsü olarak nitelenebilecek beyanların Sözleşmenin başlangıcında belirtilen ve Sözleşmenin temel değerleri olan hoşgörü, barış ve adalet ruhuyla bağdaşmadığını belirtmiştir.⁴²⁸ Sonuç olarak, ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifadeler nefret içerikli veya şiddete teşvik edici nitelikte olduğu durumlarda söz konusu ifade, ifade özgürlüğü kapsamında korunmamaktadır.

2.3. İfade Özgürlüğünün Unsurları

İfade özgürlüğü, AİHS'in 10'uncu maddesinde belirtildiği üzere, haber alma ve haber verme özgürlüğü, kanaat özgürlüğü ve kanaatlerin açıklanması özgürlüklerini

⁴²⁴ Hüseyin Göktepe, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, Sayı:25, Ankara-2016, 169-211, s.176-177; Küzeci, s. 181.

⁴²⁵ Küzeci, s. 183.

⁴²⁶ Söz konusu karar, Ermeni kökenli Türk bir yazar olan Hrant Dink aleyhine açılan TCK'nın 301'nci maddesinde düzenlenen 'Türklüğü aşağılamak' suçundan dolayı verilen mahkumiyet kararına ilişkindir. Söz konusu kararda, Hrant Dink tarafından yazılan, Ermenilerin kimlik sorunları ve 1915 olayları ile ilgili sekiz makalelik bir yazı dizisinde yer alan 'Türkten boşalacak o zehirli kan' ifadesi sebebiyle savcılık, yazarın Türklere hakaret ettiğini ve Ermenileri kışkırttığını ileri sürerek yazar aleyhine ceza davası açılmıştır. Daha sonra AİHM önüne gelen bu davada Mahkeme, devletin geniş takdir marjını kabul etse de, söz konusu ifadenin ne silahlı saldırıya ne ayaklanmaya ne de şiddete teşvik etmediğini belirterek devletin müdahalesinin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığına karar vermiştir. Bu kapsamda Mahkeme, yazarın kamuoyunu ilgilendiren önemli bir toplumsal olayla ilgili düşüncelerinin ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiğine işaret ederek, müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Detaylı bilgi için bk. Anayasa Mahkemesi Dink/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, Karar Tarihi: 14.12.2010.

⁴²⁷ AİHM Müslüm Gündüz/Türkiye Kararı, Başvuru no:35071/97, Karar Tarihi: 04.12.2003.

⁴²⁸ "Kuşkusuz, Sözleşmenin üzerine oturduğu değerlere karşı yönelen her türlü söze eşit olarak, dinsel hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere hoşgörüsüzlük üzerine kurulu kini yaymaya, haklı kılmaya veya kine teşvik etmeye yönelik ifadeler Sözleşmenin 10. maddesindeki korumadan yararlanamazlar." AİHM Müslüm Gündüz/Türkiye Kararı, Başvuru no: 35071/97, Karar Tarihi: 04.12.2003, par. 51.

kapsamaktadır. Bu özgürlüklerin tamamı genel anlamıyla ifade özgürlüğünü oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, demokratik toplumların olmazsa olmaz unsurlarından biri olarak kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme amacına hizmet etmektedir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğü sadece fikri veya düşüncüyü korumanın yanında, bu fikir ve düşüncelerin oluşması için gerekli unsurları da koruma altına almaktadır.⁴²⁹ Bu unsurların herhangi birinin zedelenmesi halinde, ifade özgürlüğünün varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

İfade özgürlüğünü oluşturan üç temel unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki düşüncenin veya ifadenin oluşum sürecidir. Bu oluşum sürecinde ‘haber alma ve haber verme’ yani ‘bilgi edinme özgürlüğü’, ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınarak, bireylerin serbestçe öğrenme ve fikir edinmesi için gereken koşulların varlığını gerektirmektedir. İfade özgürlüğünün bir diğer unsuru ise, ‘kanaat ve düşünce özgürlüğü’dür. Bireylerin haber alma ve haber verme özgürlüğü çerçevesinde edindiği bilgilerle serbestçe kanaat oluşturma hakları bu unsur içinde değerlendirilmektedir. Son unsur olarak, bireylerin serbestçe edindiği ‘düşünce ve kanaatlerini açıklama özgürlüğü’dür. Bu kapsamda bireyler her türlü iletişim araçlarını kullanarak, edindikleri bilgi ve fikirleri serbestçe açıklama hakkına sahiptir.⁴³⁰

Bu unsurların tamamı ifade özgürlüğünün kapsamını açıklamaktadır. İfade özgürlüğü kapsamında hem ‘haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğü’, hem ‘kanaat ve düşünce özgürlüğü’ hem de ‘kanaatleri açıklama özgürlüğü’ koruma altına alınmıştır.

2.3.1. Haber Alma, Haber Verme ve Bilgi Edinme Özgürlüğü

İfade özgürlüğü kapsamında haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğü, AİHS 10’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında da düzenlenmektedir.⁴³¹ Haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğü, özellikle ifade özgürlüğünün ilk unsurunu oluşturmakta ve düşüncenin oluşma aşamasında önem teşkil etmektedir.⁴³²

⁴²⁹ Adnan Küçük, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, Ankara-2003, s. 14.

⁴³⁰ Küçük, s. 13-14.

⁴³¹ AİHS Madde 10: “... Bu hak ... haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir.”

⁴³² “Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanak ve serbestliği, düşünmeye hammadde sağlar; bilgilenme düşünme olanaklarını geliştirir. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme, enformasyon hakkı olarak da nitelenebilir. Bu hak kanaat oluşturma ve düşünme olanağı sağladığı için düşünce özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir.” İbrahim Ö. Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **İnsan Hakları Yıllığı**, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2df5f91a6529474_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi e.t.: 09.04.2018, 45-53, s. 46.

Bireylerin özgürce ifade edebilecekleri bir düşünceye sahip olabilmeleri için öncelikle bu düşünceyi edinecek bilgiye erişebilir olmaları ve edindikleri bilgileri serbestçe yorumlayabilmeleri gerekmektedir.⁴³³

Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz şartlarından biri olan ifade özgürlüğü kapsamındaki bilgi edinme özgürlüğü, AİHS’de de ifade edildiği üzere, bu hak herhangi bir kamu otoritesince müdahale edilmeksizin kullanılmalıdır.⁴³⁴ Haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğü öncelikle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bireylerin kendi varlıklarını geliştirebilmeleri için serbestçe bilgi edinebilmeleri ve bilgiye ulaşabilmeleri gerekmektedir.

Bireyler dış dünyadan elde ettikleri bilgilere göre düşünerek fikir sahibi olurlar. Bu sebeple eğer dış dünyadan elde edilen bilgiler eksik veya yanlış ise elde edilen fikir ve düşüncelerin de eksik veya yanlış olması söz konusu olacaktır.⁴³⁵ Bireysel ilerlemenin yanında, demokratik toplumlarda ilerlemenin sağlanması için de önem teşkil eden bilgi edinme hakkı, çoğulcu demokrasilerde toplumun bilgi sahibi olarak bilinçli siyasi katılımı ve demokratik denetlemeyi de mümkün kılmaktadır.⁴³⁶ Bu kapsamda, bilgi edinme hakkı hem bireysel hem toplumsal olarak doğru bilgi edinme hakkını da kapsamaktadır. AİHM *Sunday Times/Birleşik Krallık* kararında, yalnızca bilgi edinme hakkının değil, aynı zamanda halkın doğru olarak bilgilendirme hakkının da koruma altında olduğunu belirtmiştir.⁴³⁷ Siyasal ve demokratik denetleme ancak halkın gerçek bilgileri edinerek oluşturdukları kanaatler ile mümkündür.

Halkın edindiği gerçek bilgilerle kamuoyu oluşturabilmesi için gerekli olan bilgi edinme özgürlüğü beraberinde devlet için de şeffaflık ilkesini zorunlu kılmaktadır. Öyle ki, şeffaflık ilkesiyle bireyin kendisini ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması için gereken belgelerin idareden talebini mümkün hale getirmektedir. Ülkemizde 09.10.2003 tarihinde kabul edilen Bilgi Edinme Kanunu⁴³⁸,’nda da bireylerin devlet otoritesinin iş ve işlemleriyle ilgili olarak bilgi edinme haklarını kullanabilecekleri düzenlenerek, demokratik yönetimin gereklerinden biri yerine getirilmiştir.⁴³⁹ Ancak

⁴³³ Baloğlu, s. 33

⁴³⁴ AİHS Madde 10: “ ... Bu hak, kamu otoritesince müdahale olmaksızın kanaat sahibi olma ve bilgi ve fikir edinme ve aktarma özgürlüğünü içerir.”

⁴³⁵ Küçük, s. 16.

⁴³⁶ Küçük, s. 17.

⁴³⁷ Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979, par. 6.

⁴³⁸ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kanun No: 4982, Kabul Tarihi: 09.10.2003, R.G: 24.10.2003.

⁴³⁹ *Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Madde 1: Bu kanunun amacı, Demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.*

belirtmek gerekir ki, bireylerin bilmesinin sakıncalı olduğu bazı idari işlemler, kanun koyucu tarafından öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde gizli tutulabilmektedir.⁴⁴⁰

Haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğünün en önemli kaynaklarından bir tanesi eğitimidir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarının gelişimi ve hem bireysel hem toplumsal ilerleme için tarafsız bir eğitim sisteminin olması önem teşkil etmektedir. Aksi halde bireyler, kendilerine dayatılan şekilde bilgi edinip ancak bu şekilde kanaat geliştirebileceklerdir. Bu ise, kişilerin bağımsız düşüncelerini ve nesnelliği engelleyerek bilgi edinme haklarının işlevselliğini engelleyecektir.⁴⁴¹

Eğitimin yanında bilgi edinme özgürlüğü kapsamında büyük rol oynayan diğer kaynak ise, kitle iletişim araçlarıdır. Gerek yazılı gerekse sözlü olan basın, televizyon, gazete, radyo gibi kitle iletişim araçları kamuoyunu aydınlatma amacı güderek, halkın bilgi edinme hakkını kullanmasını sağlayan en önemli kaynaklardan biridir. Tıpkı eğitim gibi, kişilerin bağımsız düşünüp, serbestçe kanaat geliştirebilmeleri için her türlü düşünceye dair bilgi veren kitle iletişim araçlarının varlığı gerekmektedir. Bu kapsamda, basının asıl görevi kişileri yönlendirici değil aksine onların kanaat oluşturmaları bakımından her türlü bilgi ve fikre ulaşmalarını sağlayarak, gerçek bilgilere erişimini sağlamaktadır.⁴⁴² Bu ise, ancak özgür bir basının varlığıyla mümkündür. Demokratik toplumlarda her türlü fikrin bireylere aktarılaraq onlara kanaat edinme imkanı tanınmasının en önemli yolu olan basın, sadece tek yönlü bir haber verme yolu izliyorsa, artık o toplumda haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğünün varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan, ifade özgürlüğünün bir unsuru olan haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğünün hayata geçirilmesi için özgür basının varlığı büyük önem arz etmektedir.

⁴⁴⁰ *Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Madde 15- Yargı denetimi dışında kalan idarî işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, bu Kanun kapsamına dahildir. Bu şekilde sağlanan bilgi edinme hakkı işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmaz*

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Madde 16- Açıklanması hâlinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

⁴⁴¹ “Eğitim söz konusu olduğunda, farklı görüşleri öğrenmek ve bilgi edinmek bakımından aranması gereken temel koşul eğitimin nesnelliğidir. Sadece belli yöndeki görüşlerin öğrenilebilmesine imkan verildiği zaman, eğitimde nesnellik sağlanamayacak ve bağımsız düşünebilme yeteneğinin önu kapatılmış olacaktır.” Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara-2001, s. 52.

⁴⁴² Sunay, s. 55; Küçük, s. 21.

2.3.2. Kanaat ve Düşünce Özgürlüğü

Kanaat ve düşünce özgürlüğü ifade özgürlüğünün unsurlarından ikincisini oluşturmaktadır. Kişinin bilgi edinme özgürlüğü çerçevesinde beş duyu organıyla edindiği bilgiler sonucunda vardığı sonuçlar kişinin kanaat ve düşünme özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, kanaat ve düşünce özgürlüğünün olmazsa olmaz şartlarından biri haber alma, haber verme ve bilgi edinme özgürlüğüdür.⁴⁴³ Kanaat ve düşünce özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğünün koruma altında olduğu bir ortamda oluşan her türlü alanda edindiği bilgiler arasında tercih yapabilmesi ve bu tercihleri sebebiyle kınanmaması anlamına gelmektedir.⁴⁴⁴ Bir diğer tanıma göre ise, düşünce özgürlüğü, insanın kişisel ve toplumsal sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçme ve oluşturma özgürlüğüdür.⁴⁴⁵

Kanaat veya düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünün unsurları arasında farklı bir yere sahiptir. Bunun sebebi, herhangi bir düşüncenin dış dünyaya yansıtılmadığı bir durumda herhangi bir etki yaratmayacak olmasıdır.⁴⁴⁶ Öyle ki, düşünme faaliyeti kişinin edindiği bilgiler neticesinde kendi fikirlerini yarattığı kişisel bir eylem olarak kişinin iç dünyasında gerçekleşmektedir. Bu sebeple, diğer unsurlardan farklı olarak, kanaat ve düşünce özgürlüğü herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan korunan mutlak bir haktır.⁴⁴⁷ Bu husus Anayasamızın 25'inci maddesinde de “*Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.*” denilerek belirtilmiştir. Aynı şekilde insan hakları belgelerinde de kanaat ve düşünce özgürlüğünün mutlak bir hak olduğu ve sınırlama kabul etmediği düzenlenmiş bir husustur.⁴⁴⁸

Kanaat ve düşünce özgürlüğünün işlevsel olmasının en önemli yolu çoğulcu demokrasilerde bireylerin tarafsız ve serbestçe bilgi edinme hakkına sahip olmasıdır. Yani kanaat özgürlüğü, her türlü kanaat ve düşüncelerin kamusal alana aktarılmasını ve

⁴⁴³ Küçük, s. 24.

⁴⁴⁴ Bora Erdem, **Avrupa Standartlarına Göre Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Cinius Yayınları, 1. Baskı, İstanbul-2017, s. 164; Kaboğlu, **Düşünce Özgürlüğü**, s. 45.

⁴⁴⁵ Kaboğlu, **Düşünce Özgürlüğü**, s. 45.

⁴⁴⁶ Erdem, s. 165.

⁴⁴⁷ Erdem, s. 166.

⁴⁴⁸ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 10: 1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 19: Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 19: 1- Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.

serbest tartışma ortamında her türlü düşüncenin tartışılabilir olmasını ve bireylerin serbestçe kanaat edinebilecek ortama sahip olmasının zorunlu kılınmaktadır.⁴⁴⁹

Demokratik toplumlarda kanaat özgürlüğünün anlamı, kişilerin kendi düşüncelerini serbestçe seçebilmeleri, bu düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmamalarıdır. Diğer yandan, kanaat ve düşünce özgürlüğü bünyesinde kişilerin fikirlerini beyan etmeme yani konuşmama hakkını da barındırmaktadır.⁴⁵⁰ Konuşmama özgürlüğü ise üç farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin inanmadığı şeyleri söylememe hakkı, ikincisi, kişinin inandığı şeyleri söylememe hakkı ve sonuncusu, kişinin bildiklerini söylememe hakkıdır.⁴⁵¹

Gerçekten de kanaat ve düşünce özgürlüğü kapsamında hiç kimse inandıklarını açıklamak zorunda olmadığı gibi, inanmadıklarını da söylemek zorunda bırakılmamalıdır. Benzer şekilde kanaat ve düşünce özgürlüğü kapsamında, kişiler bildiklerini açıklama özgürlüğüne sahip oldukları gibi, açıklamama özgürlüğüne de sahiptirler.⁴⁵² Bunun en temel örneği bizim yasalarımızda da yer aldığı gibi, kişilerin kendisi veya yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamayacağı hükmüdür.⁴⁵³

Bu kapsamda, kanaat ve düşünce özgürlüğü, kişilerin bilgi edinme haklarını kullanarak, duyu organlarıyla algıladıkları bilgi ve deneyimleriyle serbestçe edindikleri kanaat ve düşünceleri temsil etmektedir. Kanaat ve düşünce özgürlüğünün niteliği gereği dış dünyaya yansımada etki doğurmayacağı sebebiyle, hakkın hiçbir sınırlama söz konusu olmadan mutlak bir şekilde kullanılabilir olması önem arz etmektedir.

2.3.3. Kanaatleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün haber alma, verme ve bilgi edinme özgürlüğü ve kanaat ve düşünce özgürlüğünden sonra son unsuru kanaatleri açıklama özgürlüğüdür. İlk iki unsur sonucunda ifade özgürlüğünün temel koruma alanını oluşturan kanaatleri ve düşünceyi açıklama özgürlüğü ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, bilgi edinme özgürlüğü ve kanaat özgürlüğü, bu kanaatlerin açıklanması özgürlüğünü barındırmadıkça ifade özgürlüğü anlamlı olmaktan çıkacaktır.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ Küçük, s. 26-27.

⁴⁵⁰ Küçük, s. 46; Erdem, s. 167.

⁴⁵¹ Erdem, s. 167.

⁴⁵² Erdem, s. 170.

⁴⁵³ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukuku, Madde 48: 1- Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir.

⁴⁵⁴ Erdem, s. 171.

Genel anlamıyla kanaatlerin ve düşüncenin açıklanması özgürlüğü, bireyin sahip olduğu kanaatleri dış dünyaya yansıtmasıdır. Bu eylem, artık düşüncenin bireyin iç dünyasından çıkarak, başkaları tarafından algılanabilir hale gelmesidir. Düşünce ve kanaatleri çok çeşitli dış dünyaya yansıtma yolu bulunmaktadır. Kişiler düşüncelerini, dile getirme, savunma, yayma, yayınlama, ikna etme, yaratma, eleştirme, reddetme, tanıtmaya, anlatma, propaganda, konuşma, resim, görüntü, oyun, sinema, tiyatro, miting, jest, mimik, üniforma, semboller, karikatürler, çizimler, afişler, pankartlar, mektup, telefon gibi yollarla dış dünyaya yansıtabilirler.⁴⁵⁵ Ancak bu ifade biçimlerinden hangisi kullanılırsa kullanılsın esas olan ifadenin biçimi değil ifadenin kendisidir.

Kanaatleri ve düşünceyi açıklama özgürlüğü niteliği gereği, kişilerin düşünce ve kanaatlerini çeşitli ifade yollarıyla dış dünyaya yansıtma ve bu düşüncelerinin doğruluğuna başka insanları ikna edebilme ve fikirlerine yönelik davranışlarda bulunabilme hakkını ifade etmektedir.⁴⁵⁶ Diğer yandan bu özgürlük, kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamasını devlet otoritelerince keyfi olarak yasaklanmasını ve sınırlandırılmasını engelleyici niteliğe de sahiptir.⁴⁵⁷

Kanaatleri açıklama özgürlüğü, kişinin kendi düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklamasını öngörürken aynı zamanda kişiye uygun olmayan görüşleri eleştirebilme ve kendi fikirleri doğrultusunda davranabilme ve bu kanaatlerini başkalarına aktarabilme özgürlüğünü de tanımaktadır.⁴⁵⁸ Bu kapsamda kişilerin dernek veya siyasi parti kurma, örgütlenme, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri de kanaatlerin açıklanması özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁵⁹ Yine aynı şekilde demokratik toplumlarda farklı fikirlerin varlığının önemi gereği, kişilerin kendisine uygun olmayan düşünce ve fikirleri serbest tartışma ortamında eleştirebilme ve kendi fikirlerini açıklama özgürlüğü bu kapsamda önem kazanmaktadır.⁴⁶⁰

İfade özgürlüğünü tam anlamıyla oluşumu ‘haber alma, verme ve bilgi edinme özgürlüğü’, ‘kanaat ve düşünce özgürlüğü’ ve son olarak kanaatleri ve ‘düşünceyi açıklama özgürlüğü’ unsurlarının varlığıyla mümkün olmaktadır. Demokratik

⁴⁵⁵ Küçük, s. 49.

⁴⁵⁶ Küçük, s. 48

⁴⁵⁷ Teziç, **Özgürlükçü Bir Perspektif**, s. 9.

⁴⁵⁸ Sunay, s. 64; Küçük, s. 50.

⁴⁵⁹ “Eleştiri ve bilgi verme sınırlarını aşıp, bir fikre taraftar kazanmayı ve bireylerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri de fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti içerisinde yer almaktadırlar. Bireyleri etkilemek için girilen propaganda faaliyetlerinde tek sınır, şiddet kullanımına ortam hazırlanmaması ve zor kullanılmamasıdır. Aksi takdirde açıklama hürriyeti alanından, suç sayılan bir alana girilmiş olur ve devletin cezalandırma hakkı doğar.” Sunay, s. 64.

⁴⁶⁰ Genel olarak liberal demokrasilerde, farklı fikirlerin savunulması ve belli bir proje olarak kamusal alana sunulması olağan kabul edilmektedir. Küçük, s. 50.

toplumlarda, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesiyle toplumun ilerlemesinin yapı taşlarından biri olan ifade özgürlüğü, tüm bu özgürlüklerin mevcudiyeti ve bu özgürlüklere yapılacak keyfi müdahalelerin engellenmesiyle tam olarak işlevsel hale gelerek, anlam ifade edecektir.

2.4. İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

2.4.1. Genel Olarak

İfade özgürlüğü, insanı diğer varlıklardan ayıran en temel özelliklerinden biri olan düşünme yetisine sahip olması sebebiyle önemli bir yere sahiptir. Bu kapsamda ifade özgürlüğü, demokratik rejimlerin işlerliğini sağlaması ve demokrasiye nitelik kazandırması bakımından hassas bir konumdadır.⁴⁶¹ AİHM de, ifade özgürlüğünün demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturduğu görüşünü benimsemektedir.⁴⁶²

İfade özgürlüğünün unsurlarından her birinin koruma altında olmasının yanında asıl korunan ve korunması gereken unsuru kanaatlerin açıklanması özgürlüğüdür.⁴⁶³ İfade özgürlüğü kapsamında genel olarak kabul edilen, zararsız bilgi ve fikirlerin korunmasının yanında, özellikle saldırgan, şok edici veya rahatsız edici düşünceler de korunmaktadır. Bunlar temel olarak demokratik toplumun yani çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir.⁴⁶⁴

İfade özgürlüğünün ayrıcalıklı konumundan dolayı diğer özgürlükler gibi bazı sınırlamalara tabi olup olmayacağı tartışmalı bir husustur. Bununla ilgili görüşlerden bir tanesi, ifade özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlanamayacağını savunurken, diğer görüş ise, her özgürlük gibi ifade özgürlüğünün de sınırlandırılabilceğini savunmuştur.⁴⁶⁵ Bugün kabul edilen görüşe göre ise, tıpkı diğer özgürlükler gibi, ifade özgürlüğünün

⁴⁶¹ Küçük, s. 5

⁴⁶² Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72.

⁴⁶³ Haber alma, haber verme ve bilgi edinme hakkının bazı sınırlamaları olsa da düşünme özgürlüğünün mutlak olduğu ve kişinin dış dünyaya aktarmadığı düşüncelerinin her durumda korunacağı kabul edilmektedir.

⁴⁶⁴ “Denetim görevi Mahkeme’yi, ‘demokratik bir toplumu’ niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz” Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, par. 49; Mehmet Yüksek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, Sayı:25, Ankara-2016, s. 116

⁴⁶⁵ Sunay, s. 73.

kullanılması sırasında bazı değerlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabileceğinden, ifade özgürlüğü için de bazı sınırlamalar öngörülmektedir.⁴⁶⁶ Diğer özgürlükler için de öngörülen bu sınırlamaların, özellikle bir denge içinde hakkın özüne dokunmadan ve belirli şartlar altında yapılması gerekmektedir. Aksi halde hakkın sınırlanması amacıyla yapılan müdahaleler, hakkın ortadan kalkmasına sebep olabilmektedir.⁴⁶⁷ Bu sebeple, hem anayasamızda hem de AİHS’nde ifade özgürlüğüne yapılacak sınırlamaların kapsamı belirlenmiştir. AİHS’nin 10’uncu maddesi ile Anayasamızın 26’ncı maddesi ve 13’üncü maddesi ifade özgürlüğüyle birlikte bu özgürlüğün sınırlama rejimini de öngörmektedir.⁴⁶⁸

Türk Anayasasının ifade özgürlüğünü sınırlayan hükümleri ile AİHS hükümleri paralellik göstermektedir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğüne yapılacak sınırlamanın belirli şartlar çerçevesinde olması gerekmektedir. AİHS’de ifade özgürlüğünü düzenleyen 10’uncu maddenin 2’nci fıkrası ile Türk Anayasasında ifade özgürlüğünü düzenleyen 26’ncı maddenin 2’nci fıkrasına göre ifade özgürlüğüne yapılacak sınırlama, meşru sebeplere bağlı olarak ancak yasayla ve demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayacak şekilde sınırlandırılabilir. Bu kapsamda ilgili madde sınırlamanın sınırını da çizip, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin keyfiliğini önleyerek ancak zorunlu durumlarda söz konusu hakkın sınırlandırılabileceğini güvence altına almaktadır.

2.4.2. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılma Şartları

İfade özgürlüğü demokratik toplumlar için önemli bir yere sahip olsa da, diğer haklarla arasında bir denge kurulabilmesi için ifade özgürlüğü için de birtakım

⁴⁶⁶ Metin Kayaçağlayan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyetinin Sınırlanması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:2, Ankara-2007, s. 111; Sunay, s. 73.

⁴⁶⁷ Değer ve menfaatlerin karşı karşıya gelmesi durumunda, bunun çözümü için menfaatlerden birinin ortadan kaldırılması doğru değildir. Bu sebeple de yapılan sınırlamaların iki menfaatin de birlikte var olabildiğini sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sunay, s. 73.

⁴⁶⁸ *AİHS Madde 10/2: Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*

TC Anayasası Madde 26/2: Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

sınırlamalar öngörülmüştür. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bu şartlar AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ve Anayasa'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre anılan şartlardan ilki, İfade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin öncelikle maddede gösterilen meşru sebeplerden birine dayanması gerekmektedir. İfade özgürlüğü için sayılan bu meşru sebepler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıdır. Bu meşru sebeplerden birinin varlığı halinde aranacak ikinci şart, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. Son olarak, maddede düzenlenen üçüncü sınırlandırma şartı ise, müdahalenin yasayla öngörülmüş olması şartıdır.⁴⁶⁹

2.4.2.1. Sınırlamanın Meşru Sebeplere Dayanması Şartı

İfade özgürlüğünün Sözleşmenin ilgili maddesinde sayılan meşru sebeplerden biri dışında herhangi bir sebeple sınırlandırılması mümkün değildir. Keyfi müdahalenin önlenmesi açısından bu sebeplerin ayrı ayrı sayılmış olması önem arz etmektedir. Bu kapsamda, Sözleşmenin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için gereken meşru sebepler; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasını önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasıdır.⁴⁷⁰

Bu sınırlama sebepleri, hem kapsam olarak hem de sınırlı sayıda olmaları sebebiyle dar yorumlanmaları gerekmektedir.⁴⁷¹ Gerçekten de, Sözleşmedeki sınırlandırma sebeplerinin geniş yorumlanması ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaları mümkün değildir. Mahkeme de aynı şekilde bu sebeplerin istisna niteliğinde olduğunu

⁴⁶⁹ AİHS Madde 10/2: Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

⁴⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 10/2.

⁴⁷¹ Yakup Yıldırım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, Sayı:28, Ankara-2016, s. 455; Sunay, s. 78.

belirterek geniş yorumlanamayacaklarını belirtmiştir.⁴⁷² Bu kapsamda, ulusal merciiler, ifade özgürlüğünü sınırlayıcı herhangi bir müdahalede bulunduklarında, bu müdahalenin koruduğu menfaatin Sözleşmede sayılan meşru sebeplerden birine girip girmediğini tespit etmek durumundadırlar.⁴⁷³

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru sebeplerin varlığı tek başına ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında yeterli olmayıp, ayrıca mahkeme bu sınırlandırmanın kanunla öngörülmüş olması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması kriterlerini de değerlendirmektedir. Ancak, meşru sebeplerin varlığı sınırlı sayıda sayıldığı ve dar yorumlandığı için hakkın sınırlandırılmasında keyfiliğin önüne geçilmesi bakımından büyük önem teşkil etmektedir.

İfade özgürlüğüne yapılacak devlet müdahalesinin anlamı, kamu gücünü kullanan makamların, bu özgürlüğün kullanımını sınırlamaları veya bu sonucu doğuracak her türlü müdahalesi ile her türlü ihmalidir.⁴⁷⁴ Belirtmek gerekir ki; AİHS'nin belirlediği meşru sebeplerin ulusal merciiler tarafından değerlendirilmesinde mahkeme devlete bir takdir alanı tanımaktadır. Sözleşmede belirtilen bu meşru sebepler aşağıda detaylı incelenecektir.

2.4.2.1.1. Ulusal Güvenliğin, Toprak Bütünlüğünün veya Kamu Güvenliğinin Korunması

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması için gereken meşru sebeplerden biri ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması sebebidir. Ancak AİHM bu sebeple hakkın sınırlandırılması mümkünse de yine de sınırlamanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olması ve bu yönde bir toplumsal ihtiyacın varlığının bulunması gerekliliğinin altını çizmektedir.⁴⁷⁵

Ulusal güvenlik, devletin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğünün tehlikeye girdiği durumlarda ulusal mercilerin devlet tüzel kişiliğini koruması için bazı tedbirler alma gerekliliği, bu meşru sebebin varlığını açıklamaktadır.⁴⁷⁶ İfade özgürlüğüne, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliğinin korunması sebebiyle yapılacak

⁴⁷² Sunay, s. 78.

⁴⁷³ Kasım Karagöz, “İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara, 2004, s.

⁴⁷⁴ Erhan Tanju, **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2017, s. 191.

⁴⁷⁵ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:106, Ankara-2013, ,s. 61.

⁴⁷⁶ Yüksek, s.121; Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No: 2014/12151, Karar Tarihi: 04.06.2015.

müdahaleler, özellikle terörü ve şiddeti özendiren, ırkçı veya ülkeyi bölmeyi amaçlayan, demokratik rejimlere zarar verici ifadeler kapsamında yapılmaktadır.⁴⁷⁷ Özellikle belirtmek gerekir ki, ülke bütünlüğüne yönelik tehditlerin fazla olduğu devletlerde hakka yönelik yaptıkları müdahaleler bakımından, bu devletlerin takdir marjının daha geniş olduğu mahkeme tarafından kabul edilmektedir.⁴⁷⁸ Mahkeme karşısına gelen ulusal güvenlikle ilgili müdahalelerin daha çok devlet sırlarının açıklanmasına ilişkin olduğu görülmektedir.

AİHM'nin buna ilişkin *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık Kararı*⁴⁷⁹, İngiliz İstihbarat Servisinde çalıştığı döneme ait yazılarını basacak bir yazarın, yazılarının bir kısmı ile yazara ilişkin bilgileri yayınlayan iki dergi için açılan davalar sonucunda yapılan değerlendirmeye ilişkindir. Devlet, iki gazeteye ulusal güvenliğin korunması meşru amacı doğrultusunda dava açmış ve mahkemece bu meşru amaç doğrultusunda yapılan müdahalenin ihlal teşkil etmediği karara bağlanmıştır. Ancak, söz konusu kitabın Amerika'da yayınlanmasından sonra gizliliğin artık söz konusu olmadığını ve bu yayınlanma tarihinden sonra müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.⁴⁸⁰

İfade özgürlüğü kapsamında düşünce veya fikirlerin hangi yollarla açıklandığına bakılmaksızın korunması esastır. Ancak bir ifade, ulusal güvenliğinin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunmasını tehlike altına alacak bir ifade ise, bu ifadenin geniş kitlelere mi yoksa daha dar kitlelere mi hitap ettiğine bakılmaktadır.⁴⁸¹ Bu kapsamda, AİHM ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliğinin sağlanması meşru sebebini değerlendirirken,

⁴⁷⁷ Örneğin, Mahkeme Zana/Türkiye Davası'nda, başvuran aleyhine alınan önlemlerin başta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, her olayın özel koşullarını ve devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutmuş bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmıştır. Zana/Türkiye Kararı, Başvuru No: 18954/91, Karar Tarihi: 25.11.1997, par. 55.

⁴⁷⁸ "Madde 10 toprak bütünlüğünün terörizm tehdidi altında bulunduğu durumlarda Sözleşme Devletlerine geniş bir takdir marjını sağlamaktadır. Ayrıca, -PKK'nın sistematik olarak kadınları, çocukları, okul öğretmenlerini ve askerleri katlettiği Türkiye'deki durumla karşı karşıya kalındığı zaman Türk yetkilileri toplumun çeşitli kesimleri arasında şiddet ve düşmanlığı teşvik edebilecek ve insan hakları ve demokrasiye tehlikeye atabilecek tüm ayırıcı propagandaları yasaklama görevine sahiptir." AİHM Arslan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23462/92, Karar Tarihi: 08.06.1999, par. 42.

⁴⁷⁹ Observer-Guradian/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 13585/88, Karar Tarihi: 26.11.1995.

⁴⁸⁰ Yıldırım, s. 457.

⁴⁸¹ Nitekim AİHM Karataş/Türkiye Kararında Mahkeme, başvuru konusu şiirin edebi eser niteliğini göz önünde bulundurarak ve söz konusu eserin okuyucuyu kin, nefret veya şiddete teşvik şeklinde yorumlanabileceksen de, karar verirken bu edebi eserin okuyucuların azınlığına hitap eden bir sanatsal ifade türü olduğunu göz önünde bulundurarak karar verilmesi gerekliliğini göz önünde bulundurmıştır. AİHM Karataş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23168/94, Karar Tarihi: 08.07.1999, par. 49.

ifadenin niteliği, söyleyenin kimliği, hitap edilen kesimin büyüklüğü gibi özellikleri de dikkate almaktadır.

AİHM, zorunlu askerliğin kalkmasına ilişkin bir broşür dağıtan başvuru sahibinin askeri mahkeme tarafından 2 aylık hapis cezasına çarptırıldığı bir davada verdiği kararda, söz konusu ifadelerin şiddete, ayaklanmaya teşvik etmediği ve dağıtılan broşürün İstanbul’da bir kamusal alanda dağıtıldığını, ancak içerdiği ifadelerin ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunmasını tehdit etmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁴⁸²

AİHM yine başka bir kararında, daha önce idam edilen birinin anma törenine davet edilen, ancak davete katılmayıp, gönderdiği bir mesajın törende okunması sebebiyle hakkında toplumun ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapma suçundan dolayı hapis cezasına çarptırılmasıyla ilgili olarak, mesajın yalnızca sınırlı sayıda bir katılımcı kitlesine okunması ve söz konusu mesajda yer alan ifadelerin yaratacağı tehlikenin sınırlı olması sebebiyle yapılan müdahalenin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir.⁴⁸³

Yukarıda özetlenen kararlardan da anlaşılacağı üzere AİHM, ülke bütünlüğüne yönelik tehditlerin varlığı halinde hakka müdahale etme hususundaki takdir marjlarının geniş olduğunu kabul etmektedir. Ancak mahkeme önüne gelen davaları detaylı bir şekilde inceleyerek, söz konusu ifadenin niteliğine, kimlere hitap ettiğine, ne kadar kişiye ulaştığına gibi hususlara da bakarak, devletin keyfi müdahalede bulunmasının önüne geçmeye çalışmaktadır.

2.4.2.1.2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi

İfade özgürlüğü sınırlandırılırken gereken meşru sebeplerden bir diğeri de, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesidir. Devletin tüm kamu kuruluşlarında düzenin sağlanması için ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda kamu düzeni, bir ülkede yaşayan insanların günlük hayatına güvenlik, sağlık ve esenlik içinde devam edebilmeleri için alınan tedbirler ve bunun sürekliliği için gereken önlemleri içeren bir kavramdır.⁴⁸⁴ Kamu düzeni kavramını ulusal güvenlikten ayıran ana unsur, ulusal güvenliğin tehlike altında olması,

⁴⁸² Düzgören/Türkiye Kararı, Başvuru No:568227/03, Karar Tarihi: 09.11.2006.

⁴⁸³ Gerger/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24919/94, Karar Tarihi: 08.07.1999.

⁴⁸⁴ Ali Özdemir, “‘Kamu Düzeni’ ve ‘Kamu Güvenliği’ Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım”, *International Journal of Legal Progress*, Cilt:2, Sayı: 2, 2016, s. 83.

genel olarak süreklilik gösteren ve ülkenin genelini siyasi, ekonomik veya hukuksal olarak tehlikeye sokan eylemlerin gerçekleşmesi anlamına gelirken; kamu düzenini bozan eylemler, süreklilik göstermediği gibi ülkenin geneline etki eden eylemler değildir.⁴⁸⁵

Kamu düzeninin tanımı gereği, sınırlamadaki amaç toplumun günlük yaşayışındaki güvenliğin sağlanması olması ve kamu düzeni kavramının soyut bir kavram olarak keyfi sınırlamalara olanak vermesi nedeniyle AİHM, devletlerin müdahalesinin kişiye, zamana veya yere göre değişkenlik göstermesi gerekliliğini belirtmiştir.⁴⁸⁶ Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi kavramları, kişi, yer ve zamana göre değiştiği gibi ülkeden ülkeye de değişmektedir. Bu kavramın geniş yorumlanmaya müsait bir kavram olması, keyfi müdahalelerin yolunu açarken, hakka yapılacak sınırlamaların istenen amaçla orantısız olamayacağının altının çizilmesi gerekmektedir.

AİHM *Chorherr/Avusturya Kararı*nda başvuru, Viyana belediye meydanında yapılan bağımsızlık kutlamalarında, orduya avcı uçakları alınmasını protesto etmek amacıyla pankart açması ve bildiri dağıtması sonucunda başvuru, diğer seyircilerin görüş alanlarının sınırlandırıldığı ve karışıklığa yol açtığı gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Hükümet kamu güvenliğine dayandırdığı bu müdahalede, mahkeme çıkabilecek karışıklıkların önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanması için yapılan bu müdahalenin ihlal olmadığına hükmetmiştir.⁴⁸⁷

Bununla birlikte, İspanyada Parlamentosunda Bask Bölgesinin bağımsızlığını savunan bir senato üyesi olan Miguel Castells, yayınlanan bir yazısında hükümeti suçladığı gerekçesiyle açılan dava neticesinde suçlu bulunarak, hakkında hapis cezası verilmiştir. Başvurucunun başvurusu üzerine, AİHM tarafından değerlendirilen davada mahkeme, başvurucunun halkın bir kesimini temsil eden bir senato üyesi olması dolayısıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin değerlendirmesi konusunda büyük hassasiyet gösterilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme, kamu güvenliğinin sağlanması için gereken önlemleri alma yetkisine sahip olduğunu belirtmekle beraber, hükümete karşı yapılan eleştirilerde hükümetin normal bir vatandaşa göre daha

⁴⁸⁵ Özdemir, s. 83-84.

⁴⁸⁶ Sunay, s. 85.

⁴⁸⁷ Chorherr/Avusturya Kararı, Başvuru No: 13308/87, Karar Tarihi: 25.08.1993; Sunay, s. 89.

hoşgörülü davranması gerektiğinin altını çizerek yapılan müdahalenin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir.⁴⁸⁸

2.4.2.1.3. Sağlık veya Ahlakın Korunması

Sağlığın veya ahlakın korunması meşru sebebi kapsamında, özellikle gençler ve yaşlıların korunması ile gençlerin cinsel gelişimleri için gereken müdahaleler kabul edilmektedir.⁴⁸⁹ Sağlığın korunmasıyla ilgili olarak herhangi bir tartışma olmamakla birlikte, asıl olarak ahlakın korunmasıyla ilgili mahkeme içtihatları bulunmaktadır. Özellikle müstehcen yayınlarla ilgili müdahaleleri sağlık ve ahlakın korunması kapsamında değerlendiren mahkeme, bunu ilk olarak *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*nda değerlendirmiştir.⁴⁹⁰ Toplumdan topluma farklılık gösteren ahlak anlayışlarının varlığı sebebiyle, devletlerin bu husustaki takdir hakkı AİHM tarafından geniş tutulmuştur.⁴⁹¹

Mahkeme tarafından genel ahlakın değerlendirildiği bir diğer önemli karar da, *Müller ve Diğerleri/İsviçre Kararı*dır. Söz konusu davada, sanat galerisinde insanların hayvanlarla cinsel ilişkiye girdiği resimlerin de yer aldığı ve girişte hiçbir yaş sınırlaması olmadan halka açık bir sergide resimleri yer alan başvurucuya para cezası verilerek, resimleri kendisine teslim edilmiştir. AİHM bu başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, yine ulusal makamların kendi toplumlarındaki ahlak anlayışına daha hakim olmaları dolayısıyla, daha doğru değerlendirme yapacaklarının altını çizerek, genel ahlakın korunması bakımından yapılan müdahalenin ihlal oluşturmadığına karar vermiştir.⁴⁹²

2.4.2.1.4. Başkalarının Şöhret ve Ahlakının Korunması

Başkalarının şöhret ve ahlakının korunması, ifade özgürlüğü ile diğer haklar aralarında bir denge kurulmasının zorunluluğuyla meydana gelmiş bir meşru sebeptir. Gerçekten de, ifade özgürlüğü ile AİHS'in 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile

⁴⁸⁸ AİHM Castells/İspanya Kararı, Başvuru No: 11798/85, Karar Tarihi: 23.04.1992; Özbey, s. 69-70.

⁴⁸⁹ Yüksek, s. 128.

⁴⁹⁰ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986; Sunay, s. 89.

⁴⁹¹ Mahkeme, ahlaki değerlerin korunmasının zamana ve mekana göre değişiklik gösteren bir husus olması dolayısıyla tek bir ahlak anlayışı oluşturulamayacağını belirtmiştir. Bu kapsamda, her ülkenin ahlaki değerleri ve bu ahlaki değerler kapsamında özgürlüklere yapılacak müdahalelerin kapsamını değerlendirmek için o ülkenin ulusal mercileri, uluslararası bir yargıca göre daha elverişli bir konumda bulunmaktadır. Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 48-49; Sunay, s. 90; Yüksek, s. 128; Yıldırım, s. 458.

⁴⁹² Müller ve Diğerleri/İsviçre Kararı, Başvuru No: 10737/84, Karar Tarihi: 24 Mayıs 1988, par. 35-36.

hayatına saygı hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda, bu haklar arasında bir denge kurulması gerekmektedir.⁴⁹³ Bu kapsamda kişilerin kişilik haklarının ve özel hayata saygı haklarının korunması gerekçesiyle ifade özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmamalıdır.⁴⁹⁴ Bu nedenle AİHM, bu meşru sebep kapsamında ifade özgürlüğünün korunması için geniş bir içtihat geliştirmiştir.

Öte yandan mahkeme, ifade özgürlüğü kapsamında sağlanan güvencenin, kaba, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, tahrik edici, onur kırıcı söz ve yazılarla kötüleme, iftira atma, sövme, kötüleme amaçlı yapılan ifade açıklamalarını kapsamadığını belirtmektedir.⁴⁹⁵ AİHM, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru sebebine ilişkin verdiği kararlarında kişilerin sıfatlarına göre farklı değerlendirme yapmaktadır. Kamuya mal olmuş kişilerin kendisine yöneltilecek eleştirilerde daha hoşgörülü olması gerektiği ve hatta bu kişinin bir siyasetçi olması durumunda ifade özgürlüğünün koruma kapsamının daha da geniş olması gerektiği hususu kabul edilmektedir.⁴⁹⁶ Bu noktada özellikle siyasetçilerin ve yöneticilerin, özellikle yaptıkları görevlerle ilgili olarak eleştiri içeren ifadelere karşı getirilecek sınırlamalarda özenli davranılması gerekmektedir.⁴⁹⁷ Buna ilişkin verilen *AİHM Tuşalp/Türkiye Kararı*nda, yazar olan başvurucuya, yayınlanan bir makalesinde başbakana hakaret ettiği iddiasıyla tazminat davası açılmıştır.⁴⁹⁸ Mahkeme söz konusu davayı değerlendirirken, politikacıların ve özellikle üst mertebede bulunan kişilerin sert eleştirilere karşı daha toleranslı olmaları gerektiğinin üstünü çizmiştir.⁴⁹⁹ Davaya konu olan ifadeleri inceleyen mahkeme, ifadelerin saldırganlık niteliği taşıdığını belirtse de, toplum tarafından zaten bilinen gerçeklikler olduğunu da belirtmiştir.⁵⁰⁰ Bu kapsamda mahkeme, ifade özgürlüğü ile kişinin itibarının korunmasına ilişkin kişisel çıkarlar arasında bir denge kurmak için yaptığı değerlendirmede, söz konusu ifadelerin Başbakan'ın özel yaşamına etki edecek

⁴⁹³ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Madde 8: Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*; Yüksek, s. 129.

⁴⁹⁴ Doğru ve Nalbant, s. 232.

⁴⁹⁵ Özbey, s. 76.

⁴⁹⁶ Yüksek, s. 129; Sunay, s. 95.

⁴⁹⁷ Yüksek, s. 129.

⁴⁹⁸ Söz konusu makalede yer alan ifadelerden bazıları şu şekildedir: “İstikrar devam ediyor. Adam ulusal gelirden büyümeye, enflasyondan bütçeye kadar her şeyi yalanla kuşatıyor. İnanmayın.”, “İstikrar sözlükteki anlamını yitirip mide bulandıran bir sözcük oldu. Başbakandan bakanlara, devlet ve siyaset adamlarının diline dolandı... Ama hiç kimse meraklanmasın. İstikrar devam ediyor. Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde saçmalıyor... Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde küfretmeyi sürdürüyor” Tuşalp/Türkiye Kararı, Başvuru No: 32131/08 - 41617/08, Karar Tarihi: 21.02.2012, par. 9.

⁴⁹⁹ Tuşalp/Türkiye Kararı, Başvuru No: 32131/08 - 41617/08, Karar Tarihi: 21.02.2012, par. 45.

⁵⁰⁰ Tuşalp/Türkiye Kararı, Başvuru No: 32131/08 - 41617/08, Karar Tarihi: 21.02.2012, par. 47.

nitelikte bulunmadığını ve bu sebeple başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁰¹

Başkalarının şöhret ve ahlakının korunması kapsamında gazetecilerin toplumu bilgilendirme görevi özel bir yere sahiptir. Gazeteciler, özellikle siyasetçiler ve topluma mal olmuş kişilerle ilgili yaptıkları haberlerle bu kişilerin şeref ve itibarlarının korunması arasında bir dengenin kurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.⁵⁰² AİHM'nin bu husustaki içtihatları doğrultusunda basın bilgilendirme görevi ile kişilerin şeref ve itibarları arasında oluşturulacak denge için bazı ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütlere göre, mahkeme kararlarında, basında çıkan ifadelerin toplumun genel yararına sağladığı katkı, söz konusu ifadede bahsedilen kişinin tanınmışlık düzeyi, ifadenin yazılma amacı, içeriği, içeriğinin elde edilme yöntemi, ifadenin sonuçları ve yaptırımı incelenmektedir.⁵⁰³

AİHM, *Lingens/Avusturya Kararı*nda, politikacılarla ilgili yapılan haberler konusunda daha hoşgörülü davranılması gerekliliğini tekrar etmiştir.⁵⁰⁴ Söz konusu karar, bir derginin yazı işleri müdürünün Başbakan aleyhine yazmış olduğu iki yazı neticesinde başbakanın başvuru aleyhine iki ayrı hakaret davası açması ve başvuru bu davalar sonucunda mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Mahkeme önüne gelen bu başvuruda, basının kamuyu bilgilendirme hakkının varlığının üstünde durarak, kamunun genel yararı için yapılan yayınların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme yine aynı davada, bir politikacının eleştirilere karşı hoşgörü sınırını sade bir vatandaşa göre daha geniş olması gerektiğini ve kamunun politikacıların her hareketlerinin kamu tarafından izlenmesinin kaçınılmaz olduğunu belirterek, söz konusu başvuruda ifade özgürlüğünün ihlali kararı vermiştir.⁵⁰⁵

Mahkeme yine başkalarının şöhret ve ahlakının korunmasına ilişkin *Erdoğan/Türkiye Kararı*nda, kamuya mal olmuş kişilerin kaçınılmaz şekilde kamu kontrolüne tabi olacaklarını belirterek, kendilerine yöneltilecek eleştirilere hoşgörülü davranma sınırlarının daha geniş olması gerekliliğinin altını çizmiştir. Söz konusu

⁵⁰¹ Tuşalp/Türkiye Kararı, Başvuru No: 32131/08 - 41617/08, Karar Tarihi: 21.02.2012, par. 49.

⁵⁰² Yıldırım, s. 460.

⁵⁰³ AİHM Von Hannover/Almanya Kararı, Başvuru No: 40660/08, Karar Tarihi: 07.02.2012; Mahkeme bu kararında özellikle ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkının çatıştığı durumlarda yapılan yayının kamu menfaatine yaptığı katkının incelenerek karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. par. 60; Ancak kararda, başvuru Monako Prensini kız olmasının önem arz etse de, yayımlanan fotoğrafların başvuru günlük yaşantısından ve gizlilik değeri taşıyan eylemlerini içerdiği ve kamu menfaatine katkı sağlayacak bir resmi görevin yayınlanmamasından dolayı bu davada özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğü arasında denge kurarken özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır. par. 61-65.

⁵⁰⁴ Lingens/Avusturya Kararı, Başvuru No:9815/82, Karar Tarihi:08.07.1986.

⁵⁰⁵ Lingens/Avusturya Kararı, Başvuru No:9815/82, Karar Tarihi:08.07.1986.

davada başvuran, belediyeyi dava eden bir avukattır. Başvuran, dilekçesinde belediye aleyhine yobaz, hukuk tanımaz ve zalim gibi sıfatlar kullanmıştır. Belediye Başkanı bu dilekçede yer alan bu ifadelerle şerefine ve namusuna saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle başvuran aleyhine tazminat davası açmıştır.⁵⁰⁶ Mahkeme değerlendirme yaparken bu ifadelerin kışkırtıcı ve kin dolu olduğunu belirtmiş, ancak ilgili ifadelerin sadece dava dilekçesinde yer alarak mahkeme salonundan dışarı çıkmaması ve ifadelerin muhatabının bir siyasetçi olması dolayısıyla kişinin şöhretine zarar verecek bir durumun olmadığını belirterek ifade özgürlüğünün ihlali kararı vermiştir.⁵⁰⁷

AİHM tarafından geliştirilen içtihatla, siyasetçilere kıyasla kamu görevlileri açısından daha geniş bir koruma öngörülmektedir. Yerine getirdikleri kamu görevi sebebiyle, kamunun duyduğu güvenin demokratik toplumlardaki önemi bu korumanın temelini oluşturmaktadır.⁵⁰⁸ Bununla ilgili *Lesnik/Slovakya Kararı*nda başvurusunun savcıya gönderdiği ve daha sonra da günlük bir gazetede yayınlanan mektupta savcının görevini kötüye kullandığı ve rüşvet aldığına ilişkin ifadeler yer almaktadır. Başvurucu aleyhine açılan davada, mektuptaki ifadeleri sebebiyle hapis cezası verilmiştir. Mahkemenin önüne gelen başvuruda, mahkeme, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmek için kamu güvenine ihtiyaç duyduklarını, bunun için de kamu görevlileri lehine koruma sağlanması gerekliliğini dile getiren mahkeme, bireylere kamu görevlilerinin de eleştirilme hakkı tanındığını, ancak bu eleştiri sınırının aşılmasını gerektirdiğini belirterek, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁰⁹

Bunun yanında, Mahkeme polis memurunun kötü müdahalede bulunmasına ilişkin bir gazete yazısı sebebiyle mahkûm olan bir gazetecinin başvurusunda, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu davaya ilişkin değerlendirme yaparken, basının kamuoyunu bilgilendirme görevinin üstünde durmuştur. Bu kapsamda, Mahkeme başvurusunun, polis memuruna hakaret etme amacı gütmeyip, yalnızca kamuoyunu bilgilendirerek, polisin kötü müdahalede bulunup bulunmadığının araştırılması için soruşturma yapılması talebini dile getirmektedir. Konunun kamuyu yakından ilgilendiren bir konu olması sebebiyle, Mahkeme söz

⁵⁰⁶ Erdoğan/Türkiye Kararı, 39656/03, Karar Tarihi:13.01.2013, par. 3.

⁵⁰⁷ Bu kapsamda Mahkeme başkalarının şöhret ve ahlakının korunması kapsamında ifade özgürlüğünü değerlendirirken, ifadenin niteliğine, kim tarafından söylendiğine, kamu menfaatine sağladığı katkıya bakarken aynı zamanda başka bir ölçüt olarak ifadenin kimler tarafından algılanabilir olduğuna da bakarak değerlendirme yapmaktadır. Erdoğan/Türkiye Kararı, 39656/03, Karar Tarihi:13.01.2013.

⁵⁰⁸ Doğru/Nalbant, s. 236.

⁵⁰⁹ Lesnik/Slovakya Kararı, Başvuru No: 35640/97, Karar Tarihi: 11.03.2003.

konusu davada mahkûm olan başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹⁰

Başkalarının şöhret ve ahlakının korunması hususunda siyasetçiler, kamu görevlileri veya gazeteciler dışında sade vatandaşlara yönelik başvurularda ise Mahkemenin değerlendirmesi, özellikle kişinin kişilik haklarının korunmasındaki yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyle ilişkilidir.⁵¹¹ Sade vatandaşların özel hayata saygı haklarını koruma alanı siyasetçilere veya kamuya mal olmuş kişilere nazaran daha kuvvetlidir. Bu kapsamda sade vatandaşlara yönelik yapılan yayınların kamu yararı içerip içermediğinin incelenmesi gerekmektedir. AİHM içtihatlarına göre, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve hakları arasında bir denge kurulması gereken durumlarda, bu kişi sade vatandaş ise kişilik haklarından yana, kişi siyasetçi veya kamuya mal olmuş biri ise ifade özgürlüğünden yana değerlendirme yapılmaktadır.⁵¹²

2.4.2.1.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi

İfade özgürlüğü, kişilerin kişisel konulardaki bilgileri ile devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin açıklanmasını kapsam dışında bırakmaktadır.⁵¹³ Bu kapsamda, devletin ifade özgürlüğünün sağlanması bakımından pozitif yükümlülükleri arasında, devlet organlarıyla ilgili gizli belge veya bilgiyi açıklamak bulunmamaktadır.⁵¹⁴ Bu noktada, gizli bilgi, devlet sırrı gibi kavramların ne anlama geldiğinin ve ne gibi bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceğinin açıklanması önem taşımaktadır. Bu kavramlara ilişkin somut bir tanım olmamakla birlikte, genel olarak yargı kararlarıyla konu somut hale gelmektedir.⁵¹⁵

Genel olarak mahkeme tarafından yapılan değerlendirmelerde, söz konusu bilgilerin daha önce başka bir yerde yayınlanıp yayınlanmamış olması önem arz etmektedir. AİHM, buna ilişkin olarak *Vereniging Weekblad/Hollanda Kararı*nda, iç güvenlikle ilgili gizli bir bilginin bir dergide yayınlanması sonucunda derginin önce toplatılması daha sonra da yasaklanması kararı verilmesi üzerine, başvuran

⁵¹⁰ Throgeir Throgeirson/İzlanda Kararı, Başvuru No: 13778/88, Karar Tarihi: 25.06.1992; Doğru/Nalbant, s. 237-238.

⁵¹¹ Doğru/Nalbant, s. 238.

⁵¹² Yıldırım, s.461; Von Hannover/Almanya Kararı, Başvuru No: 40660/08, Karar Tarihi: 7 Şubat 2012, par. 58.

⁵¹³ Yüksek, s. 131.

⁵¹⁴ Yüksek, s. 131.

⁵¹⁵ “Devlet sırrı, gizliliği, itibarı gibi kavramların varlığı, devlete ait her bilginin gizli haber sayılması anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla soyut bir ülke çıkarı, devlet çıkarı ya da toplum çıkarı kavramı, basın hürriyetinin meşru sınırlama gerekçesi olarak kabul edilemez.” Sunay, s. 171.

başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, derginin toplatılması kararından sonra tekrar basılıp dağıtılması sonucunda artık bilgilerin toplum tarafından bilinebilir olması ve gizli olmaktan çıkması sebebiyle devlet sırrı olarak kabul edilemeyeceğini ve bu sebeple de müdahalenin ihlal teşkil ettiğini belirtmiştir.⁵¹⁶

Söz konusu davalar gizli bilgilerin açıklanmasına yönelik temel ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu ilke, gizlilik niteliği taşıyan bilgilerin bir kez kamuoyuna açıklandıktan sonra yasaklanamayacağı, toplatılamayacağı ve yayınlanmasına aracılık edenlerin cezalandırılmayacağıdır.⁵¹⁷

2.4.2.1.6. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

Yargı organlarının otoritesinin ve tarafsızlığının korunması meşru sebebi, yargı faaliyetinin toplumsal olarak güven duygusu yaratması ve yargının görevi gereği kamu güvenine ihtiyaç duymasından kaynaklanmaktadır.⁵¹⁸ AİHM, *Skalka/Polonya Kararı*nda demokratik toplumlarda mahkemelerin işlevlerine ilişkin bir karar vermiştir. Bu kararda, mahkemelerin de diğer tüm kamu kurumları gibi eleştiri ve denetimden muaf olmadıklarını, ancak, eleştiri ile aşağılama arasında bir ayrım yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. İfade açıklamasının korunması için, ifadenin tek amacının o mahkemeyi ve mahkeme üyelerini aşağılamak olmaması gerekir. Bu kapsamda demokratik toplumlardaki önemi itibarıyla mahkemelerin temelsiz saldırılara karşı korunması gerektiği mahkeme kararlarında belirtilmiştir.⁵¹⁹

Yargı erkinin yetkisi ve tarafsızlık ifadelerinin ne anlama geldiği hususunda *Worm/Avusturya Kararı*nda Mahkeme bir açıklama yaparak, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, ‘yargı erkinin yetkisi’ ifadesi özellikle, mahkemelerin kamuoyunca tüm yasal ihtilafların çözülme ve kişinin masum veya suçlu olduğunun belirlenmesinde uygun bir mahkeme olarak kabul edilmesi ve kişilerin mahkemelerin ehliyetine saygı göstermesi kavramına karşılık gelmektedir.

⁵¹⁶ Vereniğing Weekblad/Hollanda Kararı, Başvuru No:16616/90, Karar Tarihi: 09.02.1995; Yüksek, s.132; Durmuş Tezcan, Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Etki Yayıncılık, İzmir-2002,s. 12-13; Aynı şekilde Observe ve Guardian/Birleşik Krallık kararında da Mahkeme, bilgilerin kamuoyuna açıklandıktan sonra gizlilik niteliği taşımadığı ve bu sebeple de müdahalenin ihlal teşkil ettiği kararı vermiştir. bkz. yukarıda dn. 453.

⁵¹⁷ Özbey, s. 62.

⁵¹⁸ Yüksek, s. 132; Doğru/Nalbant, s. 241.

⁵¹⁹ Skalka/Polonya Kararı, Başvuru No: 43425/98, Karar Tarihi: 27.05.2003. Yüksek, s.133; Özbey, s. 82.

Diğer yandan, ‘tarafsızlık’ ise, önyargısız ve peşin hükümsüz bir yargılama yapılması anlamına gelmektedir.⁵²⁰

Bununla birlikte, basının kamuyu bilgilendirme görevi ile yargının otoritesinin korunması çıkarları arasında bir denge kurulması gerekliliği de AİHM tarafından incelenen bir husustur. Bunun en temel sebebi ise, toplumun mahkemelerin işlemlerinin kişiler tarafından birebir izlenmesine olanak olmayıp, bunu gerçekleştirecek kurumun basın olmasından kaynaklanmaktadır. Bu da basının mahkemeleri izleyerek toplumu ilgili davaya ilişkin bilgilendirme göreviyle söz konusu olmaktadır.⁵²¹ Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı ile ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumlarda bu iki hakkın dengelenmesi için ifade özgürlüğüne sınırlandırma getirilebileceği hususu Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.⁵²² Basının ifade özgürlüğünün korunmasındaki etkin rolü gereği, mahkemelerin önüne gelmiş uyuşmazlıklarla ilgili kamuoyunu bilgilendirme görevleri bulunmaktadır.⁵²³ Bu kapsamda, yargının otorite ve tarafsızlığının korunması için basın özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, hakların dengelenmesi bakımından gerekli olup olmadığının incelenmesi Mahkeme tarafından önem taşımaktadır.

Bu konuya ilişkin en önemli AİHM kararı, *Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı*nda, bir ilaç şirketinin Birleşik Krallık’ta ruhsatlı olarak üretilip sattığı ilaçlar hamile kadınlar tarafından kullanılmış ve daha sonra ilacı kullanan kadınların doğurduğu çocukların ciddi bir kısmında sakatlık ortaya çıkmıştır. Sunday Times gazetesi, sakat çocuklara ilişkin haberler yayınlamakla aileler ile şirket arasında süren anlaşma görüşmelerini eleştiren yazılar yayınlamıştır. Başsavcılık ise, bu makalenin mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yayınlanmasının engellenmesi için tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Mahkemenin önüne gelen başvuruda, Mahkeme yargının otoritesinin ve tarafsızlığının korunması meşru amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının mümkün olduğunu ancak yine demokratik toplumlarda, toplumun bilgi edinme hakkı olduğunu ve bu hak kapsamında basın kamuyu aydınlatma görevini yerine getirilmesinin engellenmesinin zorunlu bir tedbir olmadığına karar

⁵²⁰ Worm/Avusturya Kararı, Başvuru No: 83/1996/702/894, Karar Tarihi: 29.08.1997, par. 40.

⁵²¹ Kasım Karagöz, s. 318.

⁵²² Kasım Karagöz, s. 318.

⁵²³ Doğru/Nalbant, s. 242.

vermiştir. Nitekim Mahkemeye göre, konunun basın tarafından kamuya yansıtılması yargının otoritesi ve tarafsızlığı için mutlak bir tehdit oluşturmamaktadır.⁵²⁴

Basının kamuoyunu aydınlatma görevinin altının çizildiği bir diğer dava olan *Saygılı ve Diğerleri/Türkiye* davasında, bir gazetenin yazı işleri müdürü ile haber müdürü olarak görev yapan başvuru sahiplerinin, gazetede yayınlanan ve gözaltında kaybolan kişilere dikkat çeken yazıları dolayısıyla haklarında dava açılmıştır. Mahkeme bu davayı incelerken, basının toplumdaki rolüne işaret ederek, her ne kadar basının bazı sınırları aşmaması gerekiyorsa da, görev ve sorumluluklarına uygun olarak toplumun genel menfaatini içeren her türlü meseleye ilişkin haber yapması gerektiğini belirtmiştir.⁵²⁵

2.4.2.2. Sınırlamanın Demokratik Toplumda Gerekli Olması Şartı

AİHS'in başlangıcında barışın ve adaletin ancak demokratik toplumda sağlanabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.⁵²⁶ Bu kapsamda sınırlamanın demokratik toplumun gereklerine uygun olması şartı, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından gereksiz ve sınırsız müdahaleleri engelleme amacı gütmektedir.⁵²⁷ Sözleşmede öngörülen tek siyasal model olan demokratik toplum düzeni, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından da bir şart olarak kabul edilerek, orantısız ve keyfi müdahalelerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁵²⁸

Bir sınırlandırma şartı olarak demokratik toplumun gereklerine uygun olma kavramının ne olduğunun belirlenmesi önem teşkil etmektedir. AİHM, içtihatlarıyla demokratik toplumun unsurlarını 'çoğulculuk', 'hoşgörü' ve 'açık fikirlilik' olarak açıklamaktadır.⁵²⁹ İchtihatlardan anlaşıldığı gibi, bir demokratik toplumdan bahsedilebilmesi için bu unsurların tamamının varlığı gerekmektedir. Bu kararda

⁵²⁴ Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979; Kasım Karagöz, s.319-321.

⁵²⁵ Saygılı ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 19353/03, Karar Tarihi: 08.01.2008. bkz. aşağıda 3. Bölüm, başlık 3.2.1.1.3.

⁵²⁶ "...dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak..." AİHS Giriş Bölümü.

⁵²⁷ Sunay, s. 106.

⁵²⁸ Özbey, s. 53.

⁵²⁹ Özellikle Handyside/Birleşik Krallık Kararında demokratik toplumun unsurlarını açıklayan Mahkeme, ifade özgürlüğünün kapsamının sadece çoğunluğun sahip olduğu fikirler değil, şok edici veya rahatsız edici ifadeleri içerdiğini belirterek; bunların çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğinin gerekleri olduğunu söylemiştir. Mahkemeye göre, bu unsurların olmadığı durumlarda demokratik bir toplumun varlığından söz edilemez.

açıklanan çoğulculuk unsuru, farklı, rahatsız edici hatta toplumun belirli bir kısmı için şok edici ifadelerin açıklanmasının da ifade özgürlüğü kapsamında korunmasını ifade etmektedir.⁵³⁰ Bu kapsamda çoğulculuğun anlamı, devlet otoritesinin tek bir doğrunun varlığını dayatmayarak, farklı fikirlerin de açıklanmasına olanak tanımasıdır.⁵³¹

Mahkeme, çoğulculuğun sağlanmasında siyasi partilerin fonksiyonu üzerinde de ayrıca durmaktadır. Nitekim verdiği kararlarda, demokratik toplumda çoğulculuğun sağlanmasında önemli bir yer teşkil eden siyasi partilerin özellikle ifade özgürlüğünün korunmasının önemini vurgulamaktadır.⁵³² Mahkeme siyasi partilerin çoğulculuktaki önemini vurguladığı *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye Kararı*nda, siyasi partilerin demokrasinin işleminde ve çoğulculuğun sağlanmasındaki işlevinin altını çizmiş ve siyasi partilerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁵³³

Demokratik toplumun diğer unsurlarını oluşturan hoşgörü ve açık fikirlilik unsurları ise yine demokratik toplumun gereklerinin açıklandığı *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*nda açıklanmaktadır. Mahkeme, bir hakkın kullanılmasının demokrasinin unsurları olan hoşgörü ve açık fikirlilik kapsamında demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilebilmesi için meşru amaçla orantılı bir müdahale olması gerektiğini belirtmiştir.⁵³⁴

Demokratik toplumda gerekli olma şartının içerdiği ‘gereklilik’ kavramının açıklanması, demokratik toplumun açıklanmasıyla aynı öneme sahiptir. Gereklilik kavramı, demokratik toplumun gereklerine uygunluk şartının sınırlarının çizilmesi bakımından özellikle hakkın sınırlandırılmasında bilinmesi gereken bir kavramdır.

Demokratik toplumda gerekli olma unsuru bakımından gereklilik kavramı her dava için ayrıca değerlendirilen bir kavram olmakla birlikte, değerlendirme konusunda mahkemenin oluşturduğu bir içtihat da mevcuttur. Bu kapsamda, ‘gereklilik’ kavramı ne ‘zorunluluk’ kavramı kadar kesin; ne de ‘makul’, ‘olağan’ kavramları kadar da

⁵³⁰ “Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”, *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976, par. 49.

⁵³¹ Mahkeme çoğulculukla ilgili verdiği bir başka kararında da, demokrasinin daima çoğunluğunun fikrinin üstünlüğünün aksine azınlığa hak tanınması olduğunu belirtmiştir. Young, James ve Webster/Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981; Kasım Karagöz, s. 105-106.

⁵³² Sunay, s.108; Kasım Karagöz, s. 106.

⁵³³ TBKP/Türkiye Kararı, Başvuru No: 133/ 1996/ 752/ 951, Karar Tarihi: 30.01.1998, par. 43; Sunay, s.108; Kasım Karagöz, s. 106.

⁵³⁴ *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 49.

yumuşaktır.⁵³⁵ Diğer yandan, devletler müdahalenin gerekli olup olmadığının tespiti hususunda mutlak olmayan bir takdir hakkına sahiplerdir, ancak bu takdir hakkı bakımından son söz mahkemeye aittir. Son olarak da, müdahalenin gerekli olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılıyor olması gerekmektedir.⁵³⁶

Gereklilik kavramı esas olarak zorunlu toplumsal ihtiyacın varlığıyla açıklanmaktadır. Mahkeme gereklik değerlendirme yaparken, zorunlu toplumsal ihtiyaç kavramı ile birlikte orantılılık incelemesi de yapmaktadır. Bu iki kavram birbirini tamamlayarak, eğer söz konusu sınırlama zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılıyor ise, o sınırlamanın orantılı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.⁵³⁷ Bu kapsamda, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamayan sınırlamalar demokratik toplumda gerekli bir sınırlama olarak kabul edilmeyip, ifade özgürlüğünün ihlali olarak sonuç doğurmaktadır. Zorunlu toplumsal ihtiyaçların belirlenmesi bakımından mahkeme devletlere belirli oranda bir takdir hakkı tanımış olsa da bu takdir hakkı mutlak olmayıp mahkemenin denetimine tabi bir hak olarak kabul edilmektedir.⁵³⁸ Zorunlu toplumsal ihtiyacın varlığı değerlendirilirken mahkeme tarafından, sınırlamanın ne şekilde yapıldığı, sınırlamanın hangi hakka yapıldığı, sınırlamanın neden yapıldığı ve sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin olup olmadığı araştırılmaktadır.⁵³⁹

AİHM'in zorunlu toplumsal ihtiyacın karşılanması kapsamında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini incelediği *Dink/Türkiye Kararı*, Hrant Dink tarafından yazılan, Ermenilerin kimlik sorunları ve 1915 olaylarıyla ilgili sekiz makalelik bir yazı dizisinde yer alan 'Türkten boşalacak o zehirli kan' ifadesi sebebiyle savcılık, yazarın Türklere hakaret ettiğini ve Ermenileri kışkırttığını ileri sürerek yazar aleyhine ceza davası açmasına ilişkindir. Mahkeme, başvurucunun Türklüğe hakaret ettiği iddiasıyla mahkûm edilmesinin hiçbir şekilde zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı kanaatine varmıştır. Söz konusu davada, başvurucunun kaleme aldığı makalede toplumu ilgilendiren bir siyasi olayla ilgili görüşlerini ileri sürdüğü ve ifadelerinde kışkırtıcı veya şiddet ve isyana teşvik edici bir unsur bulunmadığını belirten mahkeme, devletin söz konusu değerlendirmede takdir hakkı olduğunu, fakat bu takdir hakkının da belirli sınırları olduğunu söylemiştir. Basının toplumu bilgilendirme görevi

⁵³⁵ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 48; Sunay, s. 113, Kasım Karagöz, s. 112.

⁵³⁶ Silver/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5947/72, Karar Tarihi: 25 Mart 1983, par. 97; Kasım Karagöz, s. 112.

⁵³⁷ Doğru/Nalbant, s. 181-182.

⁵³⁸ Yüksek, s. 138.

⁵³⁹ Kasım Karagöz, s. 112.

kapsamında, toplumu ilgilendiren bir konu hakkında görüşlerini yazan başvuruçunun mahkûm edilmesinin, demokratik toplumda gerekli olma şartını sağlamamasından dolayı ifade özgürlüğünün ihlali kararı verilmiştir.⁵⁴⁰

İfade özgürlüğüne yapılacak olan sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesinde önem arz eden bir diğer husus ise, sınırlama aracının sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığının tespiti. Mahkeme, eğer bir müdahale hakka daha az zarar verecek şekilde yapılarak meşru amaca ulaşılabilirken, hakka daha fazla müdahale gerektiren bir önlem alınırsa, bu müdahalenin orantısız olduğunu ve demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermektedir.⁵⁴¹ Orantılılığın tespitinde araç ve amaç kavramlarının ne ifade ettiğinin açıklanması gerekmektedir. Amaç kavramı, ifade özgürlüğü kapsamında AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına olanak veren çıkarlardır. Sınırlandırma aracı ise, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ne olduğudur. Bu kapsamda araç ile amacın orantılı olması ve hakka daha az zarar getirecek bir müdahale aracı kullanılarak istenen meşru amaca ulaşılabilme ihtimalinin olmaması gerekmektedir.⁵⁴²

AİHM orantılılık hususunu değerlendirdiği, *Arslan/Türkiye* kararında⁵⁴³, toplumsal bir olayla ilgili eleştirilerin çok dar bir sınırlama alanı olduğunu belirterek, demokratik bir toplumda otoriteye yapılan eleştirilerin koruma alanının daha geniş olduğunu söylemiştir.⁵⁴⁴ Bu kapsamda başvuruçunun ifadelerinin şiddete teşvik kapsamında değerlendirilmesi mümkün olsa da, devlet tarafından verilen 1 yıl 6 aylık cezanın söz konusu meşru amaca ulaşmak konusunda orantısız olduğu ve demokratik toplumda gerekli olmadığına karar verilmiştir.⁵⁴⁵

Demokratik toplumda gerekli olma şartı bakımından en önemli hususlardan biri, bu şartın değerlendirmesinin yapılmasında mahkeme tarafından devletlere bir takdir

⁵⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Dink/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, Karar Tarihi: 14.12.2010. par. 133-136. Bkz. yukarıda dn. 425; Özbey, s. 55.

⁵⁴¹ Yüksek, s. 139.

⁵⁴² Yıldırım, s. 467.

⁵⁴³ Karar, başvuranın yayınladığı bir kitapta, Devlet'in Kürt kökenli nüfusa karşı baskı uygulayarak kimliğini yok etmeye çalıştığını ve Kürt halkının da buna karşı koymak zorunda olduğunu ifade etmesi sonucunda ulusal makamların başvuranı mahkum etmesine ilişkindir. AİHM Arslan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23462/94, Karar Tarihi:06.06.1999, par. 43.

⁵⁴⁴ "Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır." Arslan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23462/94, Karar Tarihi:06.06.1999, par. 46.

⁵⁴⁵ Arslan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23462/94, Karar Tarihi:06.06.1999, par. 49-50; Yüksek, s. 139.

hakkının tanınmış olmasıdır. Gerçekten de, taraf devletler ifade özgürlüğüne karşı bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığının değerlendirmesini kendi toplumsal şartlarına göre yaparak karar vermektedirler. Ancak AİHM'nin devletlere tanıdığı bu takdir hakkının belirli bir sınırı vardır ve AİHM tarafından denetime tabidir. Bu kapsamda devletler, ifade özgürlüğüne bir müdahalede bulunacakları zaman, Sözleşmede yer alan müdahale amaçlarını dar yorumlayarak, mümkün olan en yumuşak müdahale araçlarını tercih etmelidirler.⁵⁴⁶ Aksi takdirde, devletlerin takdir hakkı olsa bile AİHM müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını belirterek ihlal kararı verebilmektedir.

2.4.2.3. Sınırlamanın Yasayla Yapılmış Olması Şartı

AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılması şartlarından bir diğeri ise, sınırlamanın yasayla yapılmış olması ve hukukten öngörülebilir olmasıdır. Gerçekten de, Sözleşmede yer alan özel hayatın gizliliği hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü gibi haklarda da ortak olarak kabul edilen bu kıstasa göre, ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin de devlet tarafından yasalarda öngörülmüş olması zorunluluğunu getirmektedir.⁵⁴⁷

Sözleşmede öngörülen yasayla belirleme kıstası, özellikle özgürlüğe yapılacak müdahalelerin keyfiliğini önlerken, diğer yandan bireyler açısından da hakkın kullanılmasıyla doğacak sonuçların öngörülebilir olması amacına hizmet etmektedir.⁵⁴⁸ Bu kapsamda, Sözleşmede öngörülen, sınırlamanın yasayla belirlenme şartından anlaşılması gereken, yasa kavramının niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin yasayla öngörülmüş olma şartı kanunilik ilkesinin bir gereğidir.⁵⁴⁹

Yasa kavramının niteliğinin ne olduğu mahkeme tarafından içtihatlarıyla belirlenmiştir.⁵⁵⁰ Buna ilişkin *Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı*nda bir değerlendirme yapan Mahkeme, yazılı hukuk kurallarına ek olarak yazılı olmayan örf

⁵⁴⁶ Yüksek, s. 140.

⁵⁴⁷ Doğru/Nalbant, s. 226-227.

⁵⁴⁸ Yüksek, s. 135.

⁵⁴⁹ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 165; Yıldırım, s. 452.

⁵⁵⁰ Sunay, s. 122.

ve adet kurallarının da Sözleşmede yer alan özgürlüğün yasayla sınırlandırılması şartı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.⁵⁵¹

Mahkeme bir sınırlamanın yasayla öngörülebilir olması şartında yer alan hukuk normunu incelerken, o hukuk normunun mutlak şekilde yasa olmasını aramamaktadır.⁵⁵² Gerçekten de, Mahkeme yasayla öngörülebilir olma kuralında, sözü geçen yasanın şeklen değil, özü itibarıyla anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁵³ Bu kapsamda mahkemeye göre hukuk normu, yazılı olan veya yazılı olmayan hukuk normlarını kapsamaktadır.

Sınırlamanın yasayla öngörülmüş olması kuralının, hakkın sınırlandırılması için işlevsel olabilmesi, söz konusu yasanın ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasına bağlıdır.⁵⁵⁴ Ulaşılabilirlik kıstasından anlaşılması gereken, vatandaşların belli bir olaya uygulanacak hukuk kuralının varlığıyla ilgili olarak yeterli bilgiye sahip olmasıdır. Bir diğer kıstasa göre ise, söz konusu hukuk normunun, vatandaşların davranışlarını düzenleyebilmeleri için yeterli açıklıkta yani anlaşılabilir olması gerekliliğidir.⁵⁵⁵ Söz konusu mahkeme içtihadından da anlaşılacağı üzere, bir hukuk normunun hakkı sınırlayabilecek bir norm özelliği taşıması için, vatandaşların bir duruma karşı uygulanacak hukuk kuralına kolayca erişebilmesi ve eriştiği hukuk kuralının da anlaşılabilir, yani hukuk normunun açık ve net olması gerekmektedir.⁵⁵⁶ Diğer yandan, hukuk kuralının öngörülebilir olması ise, o hukuk kuralının uygulanmasından doğacak sonuçların bilinebilir olması anlamına gelmektedir.⁵⁵⁷

AİHM konuyla ilgili vermiş olduğu *RTBF/Belçika Kararı*nda, ulusal mahkemelerin konuya ilişkin ortak bir içtihat oluşturamadıkları ve farklı kararlar vermelerini değerlendirmiştir. Bu durumda mahkemeye göre, öngörülebilir bir hukuk

⁵⁵¹ Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979, par. 47.

⁵⁵² Doğru/Nalbant, s. 227.

⁵⁵³ “Mahkeme’ye göre bu hukuk kavramının içinde, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri ve parlamento tarafından kendilerine tanınan bağımsız kural koyma yetkilerine dayanarak meslek örgütlerince çıkarılan kuralları da kapsayan yazılı hukuk ve yazılı olmayan hukuk da yer almaktadır.” Leyla Şahin/Türkiye Kararı, Başvuru No: 44774/98, Karar Tarihi: 29.06.2004, par. 88; Doğru/Nalbant, s. 227.

⁵⁵⁴ Sunay, s. 124; Özbey, s. 50; Yüksek, s. 136; Yıldırım, s. 453-454.

⁵⁵⁵ “Mahkemenin görüşüne göre, “hukuken öngörülmüş” ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, “hukuk” kuralı olarak kabul edilemez.” Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979, par. 49.

⁵⁵⁶ Sunay, s. 125.

⁵⁵⁷ Sunay, s. 125.

normunun varlığından bahsedilemeyeceğinden ve sınırlamanın yasayla yapılmış olma şartının sağlanmadığını belirterek, ihlal kararı vermiştir.⁵⁵⁸



⁵⁵⁸ RTBF/Belçika Kararı, Başvuru No: 50084/06, Karar Tarihi: 15.09.2011.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ VE AİHM TÜRKİYE KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Takdir Marjı Doktrini

3.1.1. Takdir Marjı Kavramı ve Ortaya Çıkışı

Takdir marjı doktrini, AİHM'in sözleşmecı devletlere bıraktığı bir hareket alanı olarak kabul edilmektedir.⁵⁵⁹ Sözleşmede takdir marjı kavramına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, Sözleşmenin ilk maddesinde yer alan hüküm uyarınca, taraf devletler, Sözleşmede yer alan hakların korunmasını sağlamakla yükümlüdürler.⁵⁶⁰ Bu kapsamda Sözleşme, hakların tanınmasının öncelikle taraf devlete ait bir yetki olduğunu belirtmektedir.⁵⁶¹ Sözleşmede yer almayan takdir marjı kavramı, Mahkeme içtihatlarıyla bugün Sözleşmenin anlaşılması bakımından önemli bir yere sahiptir.⁵⁶²

Takdir marjı doktrini, Sözleşmenin ulusal düzeyde ihlal edilmesi veya Sözleşmede yer alan hakların Sözleşmede öngörülen sınırlamadan daha geniş bir şekilde sınırlanması durumunda Mahkemenin, ulusal makamlara bıraktığı bir değerlendirme veya hareket alanı olarak tanımlanmaktadır.⁵⁶³ Bir diğer tanıma göre ise, Mahkeme önüne gelen ihlal iddialarının Sözleşme kapsamında değerlendirilmesinde, ulusal ve toplumsal özelliklerin, geleneklerin veya değerlerin göz önünde tutularak, ihlalin varlığının araştırılmasında ulusal makamlara tanınan takdir sınırının aşılıp aşılmadığının denetlenmesi olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁴

Takdir marjı kavramı, İngilizce 'Margin of Appreciation' kavramından Türkçe'ye çevrilerek içtihatlarda da kabul edilmiştir. Anlam itibarıyla, 'margin' kelimesi Türkçe'ye pay, sınır olarak çevrilirken, 'appreciation' kelimesi ise, takdir

⁵⁵⁹ Arda Atakan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:16, Sayı:3-4, s. 29.

⁵⁶⁰ *AİHS Madde 1: Yüksek Sözleşmecı Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*

⁵⁶¹ Atakan, s. 29.

⁵⁶² Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:3, 187-223, s. 192; Atakan, s.29; Kasım Karagöz, s. 113.

⁵⁶³ Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:2, Sayı:4, 2013, s. 363.

⁵⁶⁴ Karagöz, s. 117-118.

anlamına gelmektedir. Doktrinde kavramın ‘takdir marjı’ şeklinde çevrilmesinin bazı sebepleri vardır. Kavramsal olarak takdir yetkisi, takdir sınırı gibi kullanımları olsa da bu kavramlar teknik açıdan sorunlu kavramlardır.⁵⁶⁵ Bu sorunun temel sebebi ise, takdir yetkisi veya takdir hakkı gibi kavramların başka anlamlara da gelerek anlam karmaşasına yol açma olasılığıdır. Ancak, Mahkeme kararlarının değerlendirilmesinde ‘ulusal takdir yetkisi’ gibi kavramlar kullanılsa da insan hakları hukuku açısından ‘takdir marjı’, ‘takdir alanı’ veya ‘takdir payı’ ifadelerinin kullanılması, terimsel olarak karışıklığın engellenmesi için daha isabetli olacaktır.⁵⁶⁶

Takdir marjı doktrininin tarihsel temelinin Fransız hukuku olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶⁷ Doktrine katkı sağlayan bir diğer uygulama ise Alman hukukundadır.⁵⁶⁸ Takdir marjı doktrinin gelişmesinde önem teşkil eden Fransız hukuku da Alman hukuku da idarenin takdir yetkisi bağlamında konuyu inceledikleri için insan hakları alanında uygulama bulan takdir marjı doktriniyle farklılık göstermektedirler. Ancak yine de doktrinin tarihsel kökeni bakımından Fransız ve Alman hukuklarının önemi yadsınamaz. Diğer yandan, doktrinin ortaya çıkışında etkili olan bir diğer kaynağın Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. 1949 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31’inci maddesindeki düzenlemesi sözleşmenin yorumlanması açısından kaynak olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁹ Sözleşmenin 31’nci maddesi gereğince, bir antlaşma hükmü, o antlaşmanın bütününe kapsayacak şekilde ve iyi niyetle yorumlanarak uygulanmalıdır.

Mahkeme takdir marjı doktrinine ilişkin ilk incelemeyi, açıkça takdir marjından bahsetmese de, *Lawless/İrlanda Kararı*nda yapmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, ulusun varlığını tehlikeye atan bir durumun var olup olmadığını ve yapılan sınırlamanın

⁵⁶⁵ Öncelikle ‘takdir hakkı’ kavramı açısından, takdiri kullanacak olan kurumun devlet olması itibarıyla bir haktan değil yetkiden bahsedilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda takdiri kullanacak organ bir kamu kurumu ise bu durumda hak değil yetki kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Diğer yandan ‘takdir yetkisi’ kavramı da sorunlu bir kavramdır. ‘Takdir yetkisi’, takdir marjı doktrinin içinde yer alan bir kavram olarak daha dar anlama sahip bir unsurdur. Öyle ki, yetki, takdiri kullanacak olan merciye ilişkin bir kavram iken, takdir marjı bir doktrin olarak, bu yetkinin dana geniş çerçevesini çizen bir kavramdır. Şirin, s. 361.

⁵⁶⁶ Şirin, s. 361.

⁵⁶⁷ Genel kabule göre, Fransız idare hukukunda *Conseil d’Etat*’ın uygulamalarıyla takdir marjı doktrini oluşmuştur. Doktrinin, idarenin belli bir takdir yetkisine sahip olarak değerlendirme yapması yönündeki içtihatlarla ortaya çıkmıştır. Fransa’da kullanılan ‘marged’ *appréciation* kavramı, İngilizce’ye de direkt olarak aynı şekilde çevrilerek geçmiştir. Atakan, s. 29; Şirin, s. 363-364; Özlem Erkal, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı Doktrini”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 26.

⁵⁶⁸ Şirin, s. 364; Atakan, s. 30.

⁵⁶⁹ *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 31: Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.* Erkan, s. 26.

durumun gerektirdiği ölçüde yapılıp yapılmadığını tartışmıştır. Kararda karşı oy yazısı belirten Susterhehn'in açıklaması takdir marjı doktrinini açıklayıcı niteliktedir.⁵⁷⁰

“Ulusun varlığına ilişkin bir tehditin var olup olmadığını değerlendirmede sorumlu hükümettir. Mahkeme ancak sorumlu hükümetin değerlendirme yaparken açıkça makul olmayan ve keyfi bir tutumla⁵⁷¹ değerlendirme yapıp yapmadığını inceleyebilir.”

Takdir marjı doktrinin AİHM içtihatlarında ilk açıklandığı karar *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*dır. Mahkeme bu kararında ulusal takdir marjı doktrinini ilk defa detaylı bir şekilde açıklayarak, doktrinin çerçevesini çizmiştir.⁵⁷² Mahkeme değerlendirmesinde, insan haklarının korunmasında Mahkemenin görevinin ikincil nitelikte olduğunu belirterek, Sözleşmede belirtilen hakların korunması görevini ilk olarak taraf devletlere bırakmaktadır.⁵⁷³ Mahkeme Sözleşmede yer alan hakların ilk olarak devlet tarafından korunmasının sebebinin ise yine aynı kararda şu şekilde açıklamaktadır:

“Özellikle, Sözleşmeci Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki 'gerekli' (necessary) sıfatının, bir yandan 'zorunlu' (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2(2)'deki "mutlaka gerekli", md.6(1)'deki "kesinlikle

⁵⁷⁰ Şirin, s. 366-367; Lawless/İrlanda Kararı, Başvuru No:332/57, Karar Tarihi: 01.07.1961.

⁵⁷¹ Vurgu tarafımızca yapılmıştır.

⁵⁷² Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986.

⁵⁷³ “Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen yedek (ikincil, subsidiary) bir mekanizma olduğunu belirlemiştir (bkz. Belçika'da Eğitim Dili Davası (Esas hk), parag. 10 sonu). Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır.” Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 48.

gerekli" ifadeleri ve md.15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi), öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan' (krş. md.4(3)), 'yararlı' (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının (pressing social need) varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır.”⁵⁷⁴

Sözleşmenin devletlere tanıdığı bu takdir marjı, her devletin kendine özgü, ahlaki, sosyal veya siyasal değerleri olması ve bu değerlerin ilk olarak en kapsamlı değerlendirmesini yapabilecek olan organın ulusal makamlar olması nedeniyle Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Mahkeme en doğru değerlendirmenin ilk olarak ulusal mahkemeler tarafından yapılabileceğini belirterek, bu takdir marjının sınırsız olmadığını da kabul etmektedir.⁵⁷⁵

Takdir marjı doktrinin en detaylı şekilde açıklandığı ilk karar olan *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*nda da belirtildiği gibi, ulusal makamların temel hak ve özgürlükleri sınırlarken sahip oldukları takdir marjı çerçevesinde, sınırlamanın her devletin kendine ait koşulları çerçevesinde yapılmasının daha makul olduğu kanaatiyle ortaya çıkmıştır ancak bu takdir marjının AİHM’in denetimine tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir.

3.1.2. Takdir Marjı Doktrininin Kapsamı

AİHM uygulamasında takdir marjı doktrini, davaların niteliğine göre farklılık göstermektedir. Her davanın şartlarına göre farklı değerlendirme yapılması, takdir marjı doktrinine ilişkin bir kurallar bütünü oluşturmanın imkânsızlığına sebep olmaktadır. Ancak AİHM, içtihatlarıyla takdir marjının kapsamının belirlenmesinde bazı temel faktörler belirlemiştir.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 48.

⁵⁷⁵ “Bununla beraber, Sözleşme’nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (Md.19), bir 'yasak' veya 'ceza'nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir.” Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 49.

⁵⁷⁶ Atakan, s. 33

Takdir marjı doktrinin kapsamını belirleyen faktörlerden ilki, Sözleşmeye taraf devletlerin dava konusuna ilişkin uygulamada veya mevzuatlarında ortak bir anlayışın mevcut olup olmadığıdır.⁵⁷⁷ Mahkeme, ortak bir temelin olduğu konularda devletlerin takdir marjlarını daha dar tutarken, ortak temelin oluşmadığı konularda ise devletlerin takdir marjlarının daha geniş olduğunu kabul etmektedir.⁵⁷⁸ Bu konuya örnek olarak, *Rees/Birleşik Krallık Kararı*nda, Mahkeme, sözleşmecî devletlerin ‘saygı’ kavramına ilişkin ortak bir temele sahip olmadığı gerekçesiyle ulusal takdir marjını geniş tutmuştur.⁵⁷⁹ Diğer yandan Mahkeme, *Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı*nda ise, ‘yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması’ meşru sebebini değerlendirirken, bu kavramın çok daha nesnel bir kavram olduğunu ve sözleşmecî devletler arasında bu konuya ilişkin ortak bir temelin varlığından dolayı takdir yetkisinin dar olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸⁰ ‘Ahlakın korunması’ meşru sebebini değerlendirildiği *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*nda ise ‘ahlak kavramının, yere, kişiye ve zamana göre değişkenlik gösterdiğini kabul eden Mahkeme, bu kavrama ilişkin ortak bir temelin varlığını kabul etmeyerek, takdir marjını geniş tutmuştur.⁵⁸¹

Mahkemenin takdir marjının kapsamını belirlerken esas aldığı faktörlerden bir diğeri de hakkın niteliği ve bireyin eylemidir.⁵⁸² Mahkemenin dar veya geniş takdir marjı tanımasında önemli bir etken olan bu faktör, bazı haklar bakımından devletin müdahalesinin geniş olmasına olanak tanırken, bazı haklar bakımından ise dar olarak yorumlanması gerekliliğini ifade etmektedir. Örneğin, AİHM, ‘mülkiyet hakkı’ bakımından devlete geniş bir takdir marjı tanıyarak, yalnızca kamu yararı ile bireyin

⁵⁷⁷ Atakan, s. 33; Kasım Karagöz, s. 117.

⁵⁷⁸ Atakan, s.33; Genel ahlak’, ‘sağlık’ gibi sübjektif unsurların söz konusu olduğu hallerde ulusal takdir marjı geniş tutulmuş, ancak ‘demokratik toplum gerekleri’ ‘yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı’ gibi evrensel bir standart kazanan alanlarda ise takdir marjı daraltılmıştır. Kasım Karagöz, s. 117.

⁵⁷⁹ Mahkeme transseksüel bir bireyin evlenmesiyle ilgili yaşadığı sorunlarla ilgili karşısına gelen bu davada, evlilikle ilgili düzenlemelerin ulusal makamlar tarafından yapıldığını belirterek ‘özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasında ‘saygı’ kavramının içeriğini sorgulamıştır. Mahkeme’ye göre, saygı kavramının kesin bir tanımı olmamakla birlikte çoğu devlet transseksüel bireylere yeni kazandıkları kimliklere uygun olacak şekilde statülerinde değişiklik yapma hakkı vermişlerdir. Ancak tüm devletlerde bu imkânın var olduğunu söylemek mümkün değildir. Tüm devletler için bu konuda ortak bir temelin varlığından bahsetmenin mümkün olmaması sebebiyle de bu hususta devletlere daha geniş bir takdir hakkına sahip olması gerekmektedir. *Rees/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 9532/81, Karar Tarihi: 17.10.1986; Atakan, s. 33.

⁵⁸⁰ *Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979, par. 59; Kasım Karagöz, s. 117; Atakan, s. 34.

⁵⁸¹ “Özellikle, Sözleşmecî Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir.” *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 59.

⁵⁸² Atakan, s. 34

yararı arasında bir denge kurmaya çalışırken; ‘ifade özgürlüğü’ bakımından ise, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki yerini göz önüne alarak, daha dar bir takdir marjı tanımaktadır.⁵⁸³

Diğer yandan, Mahkeme takdir marjını değerlendirirken sınırlamanın dayandığı meşru amacın ne olduğuna da dikkat etmektedir. *Sunday Times/Birleşik Krallık ve Handyside/Birleşik Krallık Kararlarında* da belirtildiği gibi, Mahkeme, meşru sebeplerden ‘ahlaka aykırılık’ ile ‘yargının tarafsızlığı’ arasında farklılık olduğuna dikkat çekerek, ahlaka aykırılık meşru sebebi, daha geniş bir takdir marjı; yargının tarafsızlığı sebebi ise, daha dar bir takdir marjı sağlamaktadır.⁵⁸⁴

Takdir marjı doktrininin kapsamı Sözleşmede yer alan haklar bakımından da farklılık göstermektedir. Sözleşmede düzenlenen mutlak haklar bakımından takdir marjının kullanım alanı çok sınırlıdır.⁵⁸⁵ Bu haklardan, yaşam hakkıyla ilgili takdir marjının uygulandığı istisnai davalar olsa da⁵⁸⁶; mutlak haklar bakımından takdir marjı doktrini Mahkeme tarafından uygulama alanı bulan bir doktrin değildir.⁵⁸⁷

Sözleşme kapsamındaki haklara bakıldığında takdir marjı doktrinin en çok uygulama alanı bulduğu haklar kişisel haklar olarak düzenlenen ve Sözleşmenin 8-11’inci maddeleri arasında yer alan haklardır.⁵⁸⁸ Bu haklar, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğüdür. Mahkeme her dava için takdir marjını ayrı ayrı değerlendirerek, belirtilen sınırlama sebeplerine bazı haklar için daha geniş, bazı haklar için ise daha dar bir alan bırakmaktadır.

3.1.3. Takdir Marjı Doktrinin Bazı İlkeler Işığında Değerlendirilmesi

Takdir marjı doktrininin ortaya çıkmasında ve bir doktrin olarak kabul edilmesinde etkili olan birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bu kapsamda, doktrinin açıklanması bakımından yol gösterici niteliğe sahip bu ilkeler şunlardır: Devletlere tanınan takdir marjının, devletlerin egemenlik hakkıyla ilişkisi, Sözleşmenin ikincil

⁵⁸³ Atakan, s. 35.

⁵⁸⁴ Bunun temel sebebi, ahlakın ülkeden ülkeye ve toplumdan topluma değişkenlik göstermesi ancak yargının tarafsızlığının ise evrensel olarak kabul edilmesidir. Atakan, s. 33-35. Bkz. yukarıda dn. 545.

⁵⁸⁵ Sözleşmenin 2-4’ncü maddeleri arasında düzenlenen bu mutlak haklar, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağıdır.

⁵⁸⁶ Mahkemenin yaşam hakkıyla ilgili olarak devletlere geniş takdir marjı tanıdığı davalar genellikle ötenazi veya intihara yardım veya cenine yaşam hakkı tanınması konularıyla ilgili olmaktadır. Şirin, s. 369.

⁵⁸⁷ Erkan, s. 39.

⁵⁸⁸ Şirin, s. 372; Kasım Karagöz, s. 114.

nitelikte olma özelliğini açıklayan talilik ilkesinin takdir marjı doktrini kapsamında açıklanması, insan haklarının evrenselliği ile kültürel rölativizm arasında takdir marjının yeri ve Sözleşmenin 15'nci maddesinde yer alan olağanüstü durumlarda devletlere tanınan yetkilerin takdir marjı kapsamında açıklanması.

3.1.3.1. Devletlerin Egemenlik İlkesi

Egemenlik kavramını tarihte ilk olarak sistemli bir şekilde açıklayan düşünür Jean Bodin (1530-1596)'dir. Düşünüre göre egemenlik, devletin mutlak kuvveti olarak, bölünmez, salt ve sürekli olmalıdır.⁵⁸⁹ Egemenlik kavramının bu klasik anlamı günümüzde bazı değişikliklere uğramıştır.⁵⁹⁰ Bunun en temel sebeplerinden bir de uluslararası hukukun bugün çok daha belirleyici olmasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukukun ortaya çıkmasıyla devletin nihai bir kurum olmadığı ve ondan daha geniş olan bir uluslararası toplumun varlığı kabul edilmeye başlandı.⁵⁹¹ Uluslararası toplumun kabulü, uluslararası hukukun kabulünü de beraberinde getirerek, devletleri hukukun üstünlüğüyle birbirine bağlamıştır. Uluslararası hukukun varlığının kabulüyle devletlerin bazı uluslararası kurallara uyma zorunluluğu, mutlak egemenlik kavramının artık ortadan kalktığının göstergesi olmuştur.⁵⁹²

Uluslararası hukukun kabulü ile devletlerin egemenliği, artık uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içerisinde, devletlerin sahip olduğu en üstün iktidar olarak kabul edilmektedir.⁵⁹³

Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra devletlerin egemenlik anlayışlarında bazı değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerin en temel sebebi, insan onuru kavramının ön plana çıkmasıyla, devletlerin egemenlik hakkı ile insan onurunun korunması arasında bir denge kurulmasının gündeme gelmesidir.⁵⁹⁴ Buna ilave olarak,

⁵⁸⁹ M. Aydoğan Özman, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", s. 57, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/338/3469.pdf>, e.t.: 03.05.2018; bkz. yukarıda dn. 93.

⁵⁹⁰ "Günümüzde devletin egemenlik anlayışı teorik olarak değerini muhafaza etmekle beraber, birçok hukuki ve fiili sınırlamalara uğrayarak, gerçekten eski mutlak, bölünmez, en üstün olma özelliklerini kaybetmiştir. Artık, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, uluslararası supranasyonal kuruluşlardan gelen sınırlamalar, insan hakları gibi kavramlar tartışılmakta, bunlar karşısında egemenliğin yeni ve çağdaş anlamı şekillenmektedir." Atilla Özer, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 20, Ankara-2003, s. 2.

⁵⁹¹ Aslan Gündüz, Impact of the European Convention on Human Rights upon National Laws of the Contracting States Turkish Example, s. 9.

⁵⁹² Gündüz, s. 10.

⁵⁹³ "Devletlerin haklarından, görevlerinden ve eşitlik ve bağımsızlıklarından söz ettiğimizde, onlara hakları veren görevleri empoze eden, onları eşit kılan bir devletlerüstü düzeni zaruri olarak kabul etmemiz gerekir. Bu durumda ise, egemenliğin sınırlandırıldığını kabul etmek lazımdır." Gündüz, s. 11.

⁵⁹⁴ Şirin, s. 379.

bireyler de devletler gibi uluslararası hukukun öznesi haline gelmişlerdir. Bireylerin haklarının uluslararası boyutta korunmasını sağlayan en önemli kurumlardan biri olan AİHM de, bireylerin devletlere karşı temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin başvuru yapabilmeleriyle devletlerin egemenlik haklarına bir şekilde müdahale etmektedir. Gerçekten de, insan hakları kavramının gelişmesiyle devlet-devlet ilişkisini düzenleyen uluslararası hukukun devlet-birey arasındaki ilişkilerde de etkin olması, devletlerin egemenlik haklarında bir daralma meydana gelmesine sebep olmuştur.⁵⁹⁵

Devletlerin egemenliği kavramının iç egemenlik ve dış egemenlik olarak iki boyutu bulunmaktadır. İç egemenlik, devletin ülkesi içindeki bireylere karşı üstün bir otoriteye sahip olması iken; dış egemenlik, devletin diğer devletlerle olan ilişkilerinde başka hiçbir devlete bağlı olmaması anlamına gelmektedir.⁵⁹⁶ Elbette egemenlik kavramının daralması onun tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Devletler, iç egemenlikleri içinde, hukukun üstünlüğü çerçevesinde, uluslararası hukuk kurallarına uygun düzenlemeleri yapma hakkına sahiptir.⁵⁹⁷

İnsan hakları niteliği gereği, insanın sırf insan olmasından kaynaklanan haklar olması sebebiyle ırk, dil, din, milliyet dikkate alınmaksızın sahip oldukları haklardır. İnsanın kendi yaşadığı toplumun bir parçası olmasının yanında uluslararası hukukun da bir parçası olması, devletin insan haklarını koruması için bazı uluslararası kurallara uyması zorunluluğunu meydana getirmiştir. AİHS'ne taraf olan devletler de uluslararası anlamda kendi bireylerinin hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdürler.⁵⁹⁸ Takdir marjı doktrini kapsamında AİHM de devletlerin egemenlik haklarının varlığını kabul ederek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde devletlerin öncelikli olduğunu kabul etmektedir. Taraf devletler, uluslararası hukuka hakim olan ilkeler çerçevesinde, kendi egemenlik alanlarında gereken düzenlemeleri yapmak konusunda birincil konumdadır. AİHM tarafından kabul edilen takdir marjı doktrini de devletlerin egemenlik haklarının reddedilmediği, aksine sağlamalaştırıldığı bir doktrin olarak değerlendirilmelidir.

Sözleşmede yer alan hakların sağlanması ve korunması açısından taraf devletlere bazı yükümlülükler veren uluslararası hukuk, tanınan bu haklara yapılan ihlal başvurularını değerlendirirken, hakkın sınırlandırılma sebepleri yanında başvurunun

⁵⁹⁵ Şirin, s. 379-380.

⁵⁹⁶ Özman, s. 59.

⁵⁹⁷ “Daha kısa olarak ifade edersek, milletlerarası hukukta egemenlik, devletin, milletlerarası hukuk tarafından çizilen iç işlerindeki otonomisi ve dış işlerindeki bağımsızlığıdır.” Gündüz, s. 11.

⁵⁹⁸ AİHS Madde 1: Yüksek Sözleşmesi Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.

hangi devlete karşı yapıldığı ve o devletin sosyal, siyasal veya ekonomik koşullarını da göz önüne alarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken devletlerin takdir marjını da hesaba katan Mahkeme, devletlerin egemenlik alanları içerisinde ortaya çıkan durumlarda ulusal makamların öncelik konumunda olduğunu kabul etmektedir. Bu aynı zamanda talilik (subsidiarite) ilkesinin de bir sonucudur.

3.1.3.2. Talilik (Subsidiarite) İlkesi

Talilik ilkesiyle Sözleşmeye taraf devletlerin egemenlik haklarının engellenmesinin önüne geçilmektedir. Sözleşmenin ikincil nitelikte olduğunu ifade eden bu ilkeye göre, devletler, Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklere ilişkin değerlendirme yaparken daha öncelikli oldukları kabul edilmektedir.⁵⁹⁹

Sözleşmeye taraf devletlerin Sözleşme kapsamında temel hak ve özgürlükleri korumaları için bazı pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Mahkemenin rolü ise, devletin temel hak ve özgürlükleri korumadaki temel sorumluluklarını yani bu yükümlülüklerini yerine getiremediğinde ortaya çıkmaktadır. Esasen takdir marjı doktrini, devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme yetkisiyle Mahkemenin ikincil rolünün ifadesi olarak değerlendirilmektedir.⁶⁰⁰

İlkenin kökeninin Katolik Kilisesi'ne ait Quiragesime Anno Bildirgesi olduğu kabul edilmektedir. Bu Bildirgede kullanılan aşağıdaki ifade, bugün kullanılan talilik ilkesinin temelini oluşturmuştur.

“Devlet gücünü elinde bulunduranlar şundan emin olmalıdırlar ki, değişik toplumsal düzeylerdeki çoğulcu yapı, talilik ilkesinin sıkı bir uygulanmasıyla ne kadar iyi gözetilirse toplumsal otorite ve üretkenlik de o kadar güçlü olur; devletin de işleri daha iyi gider.”

⁵⁹⁹ Kasım Karagöz, s. 121.

⁶⁰⁰ “Öncelikle, AİHM yalnızca Sözleşme yapan devletlerin olumsuz yükümlülüklerin ihlallerini telafi edemedikleri ya da insan haklarını koruma ve yerine getirme konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin rolü, devletlerin insan haklarını koruma konusunda birincil sorumluluklarını yerine getirmemeleri durumunda denetim yetkisine sahip ikincil nitelikte bir kurumdur. Takdir marjı doktrini, Mahkemenin bu ikincil rolünün bir ifadesidir ” Stijn Smet, When Human Rights Clash in ‘the Age of Subsidiarity’ What Role for the Margin of Appreciation?, **Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Context**, Edit: Peth Agha, Hart Publishing, North America-2017, s. 58.

Alman doktrinde ise, bu ilkenin karşılığı, yerel birimlerin kendi sorunlarını öncelikle kendileri çözmeleri, gerçekleştiremedikleri durumda ise merkezi otoritenin müdahale etmesi gerekliliği olarak kabul edilmektedir.⁶⁰¹

AİHS'in ilk maddesinde bu ilkenin ifade edildiği görölmektedir. Bu maddeye göre, Sözleşme, taraf devletlere, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü vererek, öncelikle Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklerin devlet tarafından sağlanması ve korunmasını öngörmüştür. Diğer yandan, AİHM *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*nda da talilik ilkesini açıklayarak, Mahkemenin koruma mekanizmasının ikincil nitelikte olduğunu, Sözleşme kapsamındaki hakların öncelikle taraf devletler tarafından korunması gerektiği ve sadece çekişmeli durumlar söz konusu olduğuunda Mahkemenin müdahale edeceğini aşağıdaki şekilde ifade etmiştir.

*“Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen yedek (ikincil, subsidiary) bir mekanizma olduğunu belirlemiştir. Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır.”*⁶⁰²

AİHM temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve sınırlandırılmasında ulusal makamların öncelikli konumda olduğunu ve talilik ilkesinin varlığını kabul etmektedir.

AİHS kapsamında bu ilkenin bir diğer görünümü ise Sözleşmenin 35'inci maddesinde yer almaktadır.⁶⁰³ Söz konusu maddeye göre, bir ihlal başvurusunun değerlendirilebilmesi ancak ihlal iddiasının olduğu devletin iç hukuk yollarının tüketilmesiyle mümkündür. Mahkemenin denetiminin mümkün olması için gereken bu şart, talilik ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir.⁶⁰⁴

Takdir marjı doktrini, AİHM tarafından devletlere bırakılan bir alan olarak, hem devletlerin egemenlik hakları hem de temel hak ve özgürlüklerin korunmasının işlevsel

⁶⁰¹ Doktrine göre, yerel otoritenin kendi çözümlerini bulurken merkezi otoritenin geri çekilmesi negatif subsidiarite, merkezi otoritenin müdahalesi gerekliliğine ise pozitif subsidiarite denmektedir. Şirin, s. 121.

⁶⁰² Handyside/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986, par. 48.

⁶⁰³ AİHS Madde 35: *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.*

⁶⁰⁴ Dimitrios Tsarapatsanis, The Margin of Appreciation as an Underenforcement Doctrine, **Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Context**, Edit: Peth Agha, Hart Publishing, North America-2017, s. 586-87.

olabilmesi bakımından talilik ilkesini benimsemektedir. Bu ilkenin temelinde ise, mahkemenin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında devletlerin öncelikli konuma sahip olduğu düşüncesi yer almaktadır. Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını takdir marjı çerçevesinde ilk olarak taraf devletlere bırakmışsa da önüne gelen ihlal iddialarında, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme yetkisine sahip ikincil nitelikte bir mekanizmadır.

3.1.3.3. İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Rölativizm

İnsan hakları, insanların sırf insan olmalarından kaynaklanan haklar olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, herhangi dil, din, ırk, milliyet farkı gözetmeksizin herkesin sahip olduğu, vazgeçilmez haklardır. İnsan haklarının evrenselliği, tam olarak bu durumla ilişkilidir.⁶⁰⁵ İnsan haklarının evrensel olduğu görüşü de, bu hakların zamandan, mekândan veya kişiden bağımsız olarak kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır.⁶⁰⁶ İnsan haklarının evrenselliğinin ilk yansıması İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ilk maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre, bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Bildirinin diğer maddelerinde de insan haklarının herkes tarafından sahip olunan haklar olarak kabul edildiği görülmektedir.⁶⁰⁷

Evrenselciliğin özü, insan haklarının kavramsal olarak evrensel olduğu görüşüne dayanmaktadır. Çünkü evrensel haklar, ortak insanlığın ürünü olarak bizi bağımsız kılmaktadırlar. Diğer yandan insan biyolojisi, temel ihtiyaçlar ve akıl kapasitesinin tüm insanlar bakımından ortak olması, evrenselcilerin savunduğu bir diğer görüştür.⁶⁰⁸

İnsan haklarının evrenselliği ilkesiyle kabul edilen her insanın herhangi bir ayırım gözetmeksizin birtakım haklara sahip olması düşüncesinin karşısında her toplumun kendine ait kültür, inanç ve ahlak yapısının bulunmasının farklı yansımaları olacağının kabul edilmesini savunan kültürel rölativizm düşüncesi yer almaktadır.⁶⁰⁹ Kültürel rölativizm düşüncesi, her toplumun kendisini ve üyelerini koruyacak mekanizmaları kendisine özgü şekilde ürettiğini savunmaktadır.⁶¹⁰ Kültürel rölativizme

⁶⁰⁵ Uygun, **Devlet** s. 508.

⁶⁰⁶ Esra Demir, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.14, S.3, s. 209.

⁶⁰⁷ Didem Yılmaz, "Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Arasında İnsan Hakları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.14, S.3, 230-241, s. 230.

⁶⁰⁸ Steven Greer, Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture, **Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Context**, Edit: Peth Agha, Hart Publishing, North America-2017, s. 18-19.

⁶⁰⁹ Yılmaz, s. 234; Erkal, s. 32-33.

⁶¹⁰ Demir, s. 209.

göre, tüm değerler zamanda ve mekanda çok çeşitli ve her zaman farklı kültürlerden türemişlerdir. Bu sebeple de, bir kültür veya bir değer sistemi tarafından geçerli kabul edilen bir değer, mutlaka bir başka kültür tarafından yorumlanmalıdır.⁶¹¹

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tüm ulusları kapsayacak şekilde hazırlanmış evrensel nitelikte bir metindir. Söz konusu metne yöneltilen eleştirilerin büyük çoğunluğu da bu evrensellik niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, evrensellik niteliğinin en önemli eleştirisi olan kültürel rölativizm düşüncesi, evrensel hakların farklı kültür, ahlak veya inançlardan bağımsız düşünülemeyeceğini savunmaktadır.⁶¹²

Kültürel rölativizmin savunucuları genel olarak Afrika, Asya ve Arap ülkeleridir. Bunun temel sebebi ise, insan hakları teorisinin Batı kaynaklı olması ve bu sebeple diğer toplumların kültür, inanç ve ahlak anlayışlarına uygun olmamasıdır.⁶¹³ Gerçekten de insan haklarının evrensellığı teorisi pek çok düşünür tarafından, Fransa, İngiltere, Amerika geleneklerine dayanarak geliştirilmiş ve diğer kültürleri yok sayan bir anlayışa sahip olması bakımından eleştirilmiştir.⁶¹⁴ Kültürel rölativizm bu sebeple, evrensellik karşısında yereli savunan ve hiçbir evrensel değeri kabul etmeyerek, haklar bakımından kültürün önemini savunan bir anlayış olarak kabul edilmektedir.⁶¹⁵

Bugün hem evrenselci ve hem de rölativist görüşlerin çoğunun kabul edilmesinden dolayı, insan haklarının kavramsal, küresel ve uluslararası anlamda evrensel olduğu kabul edilirken, aynı zamanda ulusal, bölgesel ve kültürel uygulama bakımından da göreceli olduğu kabul edilmektedir.⁶¹⁶

Evrensellik ile karşısında yer alan kültürel rölativizmi ele aldığımızda, takdir marjı doktrininin insan haklarının evrensellığı ilkesinin karşısında yer alan bir doktrin olmasından dolayı, evrenselciler tarafından eleştirilere maruz kalmıştır.⁶¹⁷ Takdir marjı doktrini, Sözleşmedeki hakların uygulanmasını öncelikle devletlere bırakan bir doktrin

⁶¹¹ Greer, s. 19.

⁶¹² Abdullah Gülsever, İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm,, https://www.academia.edu/30669740/%C4%B0NSAN_HAKLARI_ve_K%C3%9CLT%C3%9CREL_R%C3%96LAT%C4%B0V%C4%B0ZM, e.t.: 17.05.2018

⁶¹³ “Batı’nın en büyük etkisi, Bildiri’de ağırlıklı olarak medeni ve siyasi haklara ve bunların bireyci kavramsallaştırmalarına yer verilmesi noktasında olmuştur. Yine, başlangıç kısmındaki insan onuru kavramına yapılan açık atıf ve 1. Maddedeki ‘onurda ve ahlakta’ eşitlik ifadesi, Batılı liberal haklar anlayışının özündeki doğal haklar kuramının etkilerinin açık göstergeleridir.” Demir, s.213-214; Yılmaz, s.234-235; “Cultural relativists also argue that regarding the individual as the fundamental unit of moral worth, as universalism does, is itself merely an abstract product of Western culture extended globally as a result of Western imperialism and hegemony. In fact, as cultural relativist observe, non-Western cultural typically emphasise obligations and collective interests rather than individual rights” Greer, s. 19.

⁶¹⁴ Erkan, s. 34.

⁶¹⁵ Demir, s. 214.

⁶¹⁶ Greer, s. 20.

⁶¹⁷ Çoban, s. 194.

olmasından dolayı kültürel rölativizm anlayışına yakın konumda bulunmaktadır.⁶¹⁸ Takdir marjı doktrinin kabul ettiği ilkelerden biri olan, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkları, söz konusu devletin toplumsal koşullarını göz önüne alarak çözmesi gerekliliği insan haklarının evrenselliği ilkesinden uzaklaşıldığını ve doktrinin kültürel rölativizme yakınlığının bir başka göstergesidir.

Takdir marjı doktrinin evrensellik ilkesiyle bağdaşmaması, tam olarak insan haklarının evrensel olmaktan çıkması anlamına gelmemelidir.⁶¹⁹ İnsan hakları niteliği gereği, insanın sırf insan olmasından kaynaklanan haklardır ve bu haklar insan onurunu koruyan haklardır. Bu kapsamda, birey olarak insanı koruyan insan hakları, toplumdan topluma farklılık gösteren özelliklere sahip olsa da hakkın çekirdeği bakımından tüm insanlar tarafından evrensel kabul edilmelidir. Takdir marjı doktrininin kabul ettiği üzere, devletlerin kendi egemenlik alanlarında sahip olduğu yetkinin mahkemenin yetkisine göre öncelikli olması, mahkemenin yetkisiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebeple her ne kadar takdir marjı doktrini kültürel rölativizm tarafında yer alsada, mahkeme her insanın evrensel olarak sahip olduğu hakları kabul ederek korumakla yükümlüdür.⁶²⁰

3.1.3.4. Sözleşmenin 15. Maddesi

Sözleşmenin 15'nci maddesinin 1'nci fıkrasında düzenlenen olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasının⁶²¹ takdir marjı doktrini bakımından da bir karşılığı bulunmaktadır. Sözleşme bu maddeyle ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin varlığı halinde taraf devletlere durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle aykırı olmamak şartıyla Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabileceklerini düzenlemektedir.

⁶¹⁸ Farklı uygulamalara geçerlilik tanınmasını sağlayan takdir marjı doktrini, insan haklarının evrenselliği fikrinden uzaklaşarak kültürel rölativizme geçerlilik tanınması anlamına gelmektedir. Çoban, s. 194.

⁶¹⁹ Vahap Coşkun, **İnsan Haklarının Evrenselliği ve Liberal Perspektif, Liberal Açından Bir Tahlil**, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2014, s. 206.

⁶²⁰ "Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (Md.19), bir 'yasak' veya 'ceza'nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir." Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:5493/72, Karar Tarihi: 12.07.1976, par. 49.

⁶²¹ *AIHM Madde 15: Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma 1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.*

Bu maddeye göre, taraf devletlerin olağanüstü hallerde tedbir almak açısından ulusal makamların öncelikli konumda bulunduğunun kabulüyle taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanınmaktadır.⁶²² Olağanüstü durumların varlığı halinde, Mahkeme, devletlerin şartlara daha yakın ve daha elverişli konumda olmasından dolayı, bu dönemlerde alınacak tedbirlerin niteliğini değerlendirecek durumda olmadığını belirterek, devletlere olağanüstü dönemlerde geniş takdir marjı tanımaktadır.⁶²³

Sözleşmenin olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınabileceğini düzenleyen bu maddesiyle devletlere tanınan takdir marjının alanı genişlemiştir. Bu durumda Mahkeme ‘gereklilik’ incelemesi yapmaktan kaçındığı gibi, hukuki anlamda da inceleme yapmayı reddederek, Sözleşmenin hizmet ettiği amacın sınırlarını daraltmıştır.

3.2. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Takdir Marjı Doktrini – AİHM Türkiye Kararları

Sözleşmede kabul edilen haklar, ‘meşru amaca uygun’, ‘demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayacak şekilde’ ancak ‘yasa’yla sınırlandırılabilirler. Bu kapsamda, takdir marjı doktrininin, bu sınırlama ölçütleri bakımından ne şekilde uygulanacağını tespiti önem arz etmektedir.

Müdahalenin ‘yasayla sınırlandırılması’ şartı, Sözleşmede tanınan hakların tamamında ortak olan bir sınırlandırma şartıdır. Sözleşme, sınırlamanın yasayla öngörülebilir olma gerekliliğini, yasanın ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması şartlarına bağlamıştır.⁶²⁴ Takdir marjı doktrini kapsamında yasayla öngörülebilir olma şartını değerlendirdiğimizde, taraf devletlerin kendi iç hukuklarında sınırlamayı hakkın özüne dokunmadan nasıl yapacaklarına dair bir takdir yetkisi olduğu açıktır.⁶²⁵ Ancak taraf devletler, hakkın sınırlanması için yasayla yapılan düzenlemeyi takdir marjı çerçevesinde yaparken, söz konusu sınırlamanın bireyler tarafından öngörülebilir, yani ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmasına dikkat etmek zorundadırlar.

Sözleşme tarafından öngörülen, müdahalenin meşru amaca uygun olarak yapılması şartı ise, Sözleşmedeki her hak için ayrı ayrı düzenlenen amaçlar sebebiyle

⁶²² “Given the emergency situations under article 15, the margin of appreciation was first affirmed by the european commission of human rights on the ground that the national authorities are better placed to judge than the strasbourg institutions. this is what the doctrine calls the better position rationale” https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

⁶²³ Çoban, s. 213.

⁶²⁴ Bkz. yukarıda dn. 302.

⁶²⁵ Coşkun, s. 208.

hakkın sınırlandırılabilceğı anlamına gelmektedir. Devletler, Sözleşmede sınırlı sayıda sayılan bu sınırlama sebepleriyle bağılıdır ve sınırlama sebeplerinin ne olduğı konusunda devletlere bir takdir marjı bırakılmamıştır.⁶²⁶ Bununla birlikte, her devlet Sözleşmede yer alan meşru amacın söz konusu olup olmadığını değerlendirirken geniş bir takdir yetkisine sahiptir.⁶²⁷ Her meşru amaç için farklı değerlendirilen takdir marjı, ‘yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması’ meşru sebebinin net olarak ifade edilmesinden dolayı dar yorumlanır; ‘kamu yararı’, ‘genel ahlak’ gibi meşru amaçların daha geniş yorumlanmaları kabul edilmektedir.⁶²⁸

Meşru amacın varlığının tespitinde devletlere bırakılan takdir marjının geniş olmasının temel nedeni, her devletin kendi toplumsal durumunu Mahkemeden çok daha iyi değerlendirebilecek durumda olmasından kaynaklanmaktadır.⁶²⁹ Bu sebeple hakkın sınırlandırılmasının meşru amaca uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde öncelik ulusal makamlara bırakılmış ve bu hususta sözleşmecı devlete geniş bir takdir marjı tanınmıştır.

Meşru amacın belirlenmesinde devletlere bırakılan geniş takdir marjı sebebiyle, Mahkeme, hakka yapılan müdahaleyi, hakkın sınırlandırılmasında bir diğer ölçüt olan ‘demokratik toplumda gerekli olma’ ölçütü ile birlikte değerlendirmektedir.⁶³⁰ Mahkeme içtihatlarına göre, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması için o hususta zorunlu bir toplumsal ihtiyacın varlığı gerekmektedir.⁶³¹ Mahkeme gereklilik hususunun değerlendirilmesinde taraf devletlere belli bir takdir marjı tanımaktadır.⁶³² Zorunlu toplumsal ihtiyaç anlamında kullanılan gereklilik ifadesi, her devletin toplumsal yapısına göre farklılık gösterip, her devletin ulusal makamlarınca öncelikle göz önünde bulundurması gereken bir durum olduğundan, Mahkemece devletlere takdir marjı tanınmıştır.

⁶²⁶ Bu nedenle Sözleşmede yer alan haklar ancak Sözleşmede öngörülen sebeplerle sınırlandırılabilirler. Ancak bu sebeplerin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi taraf devletin takdir marjı kapsamına girmektedir. Coşkun, s. 210.

⁶²⁷ Sözleşmede yer alan her hak bakımından ayrı ayrı sayılan meşru amaçların varlığının tespitinde taraf devletlere, kendi ahlaki, toplumsal veya kültürel özelliklerine göre değerlendirme yapılmasına olanak tanıyarak, geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, taraf devletlerin meşru amaçlar bakımından sahip olduğu takdir yetkisi her meşru sebep için farklılık göstermektedir.

⁶²⁸ Coşkun, s. 210.

⁶²⁹ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1986.

⁶³⁰ Mahkeme müdahale amacı konusunda taraf devletlere neredeyse sınırsız bir takdir marjı tanımıştır. Bunun temel nedeni ise Mahkemenin, müdahale amacı ile müdahalenin gerekliliğini birlikte değerlendirmesidir. Coşkun, s. 211.

⁶³¹ Sunay, s. 114; Yüksek, s. 138.

⁶³² Yüksek, s. 138.

Demokratik toplumda gerekli olma ölçütünün Mahkeme tarafından değerlendirilmesinde yapılan müdahalenin hangi hakka yapıldığı önem arz etmektedir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, serbest seçim özgürlüğü demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarını oluşturmaktadırlar ve bu haklar sınırlandırılırken devletlere tanınan takdir marjının daha dar yorumlanması gerekmektedir.⁶³³

Mahkeme, gereklilik ölçütünü değerlendirirken, hakka yapılan sınırlamanın toplumun yararı ile bireyin yararı arasında makul bir denge kurup kurmamasına dikkat etmektedir.⁶³⁴ Bu dengeyi değerlendirirken ise, müdahalenin ölçülülük ilkesine uygunluğunu incelemektedir. Ölçülülük ilkesi, hakka yapılan müdahalede, müdahale aracı ile müdahale amacı arasında makul bir dengenin olup olmadığının değerlendirilmesidir.⁶³⁵ Ölçülülük değerlendirmesinde, Mahkeme içtihatlarına göre üç ölçüt bulunmaktadır. Bunlar; gereklilik, elverişlilik ve orantılılıktır.⁶³⁶

Takdir marjı doktrini çerçevesinde, ‘ölçülülük’ ilkesi Mahkeme tarafından değerlendirilirken bazı ölçütler dikkate alınmaktadır. Mahkeme öncelikle zorunlu bir toplumsal ihtiyacın varlığını araştırır. Eğer var ise, yapılan müdahalenin bu zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını inceler.⁶³⁷ Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, ulusal makamların söz konusu zorunlu toplumsal ihtiyacın varlığını tespit etmekte daha elverişli bir konumda olduğunu kabul etmektedir.⁶³⁸

Hakka yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde Mahkeme tarafından dikkat edilen bir diğer husus ise müdahalenin şiddetidir. Sözleşmede yer alan haklara yapılan müdahalenin ciddi bir müdahale olması halinde Mahkeme takdir marjını dar olarak yorumlamaktadır.⁶³⁹ Diğer yandan, bir hakka yapılan müdahale hususunda taraf devletler tarafından yasada veya uygulamada bir

⁶³³ Murat Tümay, The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed By The Case Law Of The European Court Of Human Rights, **Ankara Law Review**, C.5, S.2, Ankara-2008, 201-234, s. 219.

⁶³⁴ Çoban, s. 212.

⁶³⁵ Erkal, s. 36; Çoban, s. 212.

⁶³⁶ Bkz. yukarıda dn. 362.

⁶³⁷ Council of Europe, The Margin of Appreciation,

https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

⁶³⁸ Çoban, s. 213.

⁶³⁹ Mahkeme içtihadına göre, hakka yapılan müdahalenin ciddiliği takdir marjını daraltacaktır. Burada müdahalenin hakkın doğasına büyük ölçüde zarar verip vermediği ve hakkın birey için ne derece önemli olduğu dikkate alınması gereken hususlardır. Çoban, s.213.

uzlaşma söz konusu olduğu durumlarda, Mahkemenin devletlere tanıdığı takdir marjı geniş yorumlanmaktadır.⁶⁴⁰

Takdir marjı doktrini kapsamında ‘demokratik toplumda gerekli olma’ ölçütü ile buna bağlı olarak ‘ölçülülük’ ölçütünün takdir marjı doktrini kapsamında değerlendirilmesi Mahkeme tarafından bazı şartlara bağlı kılınmıştır. Bunun temel sebeplerinden biri meşru amacın varlığının tespitinde ulusal makamlara bırakılan takdir marjının genişliğidir.⁶⁴¹ Diğer yandan, Mahkeme ölçülülük incelemesi yaparken ikincil nitelikte olduğunu ve taraf devletlerin kendi egemenlik alanları içerisindeki konumunun öncelikli olduğunu bilerek değerlendirme yapmaktadır. Ama her ne kadar taraf devletler egemenlik alanları içerisinde toplumsal, ahlaki veya kültürel açıdan öncelikli konuma sahip olsalar da, takdir marjı kapsamında yapılan müdahalenin hakkın özüne zarar vermesi halinde yapılan bu müdahale ölçülülük kıstasına aykırı olacaktır.

3.2.1. Müdahalenin Yasayla Öngörölmüş Olma Şartına İlişkin Değerlendirme

Takdir marjı kapsamında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasayla öngörölmesi şartına ilişkin Mahkeme tarafından yapılan bir değerlendirme bulunmamaktadır. Bunun temel sebebi, müdahalenin yasayla öngörölmesi bakımından devletlerin kendi egemenlik alanları içinde düzenleme yapma yetkilerinin bulunmasıdır. Gerçekten de devletler, iç hukukta hakka ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisine sahip olup bu kapsamda ancak yasanın ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmasına dikkat etmelidirler. Mahkeme *Kayasu/Türkiye Kararı*nda, bir hukuk normunun sınırlama kapsamında geçerli olabilmesi için, bireyin davranışını ona göre düzenleyebilecek kadar kesinlik içermesini ve bireyin eylemi neticesinde doğacak sonuçları makul düzeyde öngörebilir olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda öngörülebilirlik kavramının mutlak olarak kesinlik taşıması gerekmediğine hükmeden mahkeme, bireyin belirli bir eylem sebebiyle ortaya çıkabilecek sonuçları makul seviyede öngörebilir olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir.⁶⁴² Mahkeme müdahalenin yasayla öngörölmüş olması şartının sağlanmadığı davalarda takdir marjı doktrininin varlığını değerlendirmeksizin ihlal kararı vermektedir. Bu kapsamda takdir marjı doktrini diğer sınırlandırma ölçütleri kapsamında değerlendirilmelidir.

⁶⁴⁰ Council of Europe, The Margin of Appreciation, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

⁶⁴¹ Bkz. yukarıda dn. 592.

⁶⁴² *Kayasu/Türkiye Kararı*, Başvuru No: 64119/00 ve 76292/01, Karar Tarihi: 13.11.2008.

3.2.2. Sınırlamanın Meşru Sebebe Dayanmasına İlişkin Değerlendirme

Sözleşmenin 10'uncu maddesinde sınırlamanın hangi sebeplere dayanılarak yapılabileceği düzenlenmektedir. Bunlar; 'toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması', 'kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi', 'sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması', 'gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi' veya 'yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması' sebepleridir. Mahkemenin sınırlamanın meşru sebebe dayanması şartına ilişkin incelemesi ile demokratik toplumda gerekli olma şartına ilişkin incelemesi iç içe girmiş durumdadır. Öyle ki Mahkeme, her kararında Sözleşmede yer alan bir meşru sebebin varlığını tespit ederek, bu sebebi belirtmiş, ancak bu meşru sebebe ilişkin sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin kapsamlı inceleme yaparak, ihlal olup olmadığına karar vermiştir. Örneğin, *Haydar Yıldırım ve Diğerleri/Türkiye Kararı*nda, /Özgürlük ve Dayanışma Partisi üyesi olan başvuruçular, 1996 tarihinde Ankara'da düzenlenen 'Dünya Barış Günü' gösterisine katılmışlardır ve bu gösteride, ellerinde bulunan partiye ait haber bültenleri güvenlik güçleri tarafından ele geçirilmiştir. Savcı tarafından hazırlanan iddianamede, halkı kin ve nefrete teşvik etmek suçundan mahkum edilmişlerdir. AİHM, konunun kamu düzeninin ve toprak bütünlüğünün korunması meşru sebebine ilişkin olduğu konusunda bir şüphe olmadığını ve bu sebeple müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığının inceleneceğini belirtmiştir.⁶⁴³

3.2.3. Demokratik Toplumda Gerekli Olma Şartına İlişkin Değerlendirme

Takdir marjı doktrini kapsamında Mahkeme tarafından yapılan en detaylı inceleme 'demokratik toplumda gerekli olma' şartına ilişkin olan değerlendirmedir. Belirtildiği gibi, Mahkeme önüne gelen kararlarda meşru sebebin varlığını kabul ederek, bu meşru sebep için yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır. Bu kapsamda Mahkeme, takdir marjını incelediği tüm kararlarında yasayla öngörülen ve meşru sebebe dayanan sınırlamanın, demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemektedir. Bu kapsamda takdir marjı doktrini esas olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarından 'demokratik toplumda gerekli olma' şartı bakımından önem arz etmektedir.

⁶⁴³ Haydar Yıldırım ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 42920/98, Karar Tarihi: 15.07.2014.

3.2.3.1. Ulusal Güvenliğin, Toprak Bütünlüğünün ve Kamu Güvenliğinin Korunmasına İlişkin Kararlar

Takdir marjı doktrini kapsamında, meşru sebeplerden ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu güvenliğin korunmasına yönelik devlet müdahalesinin incelendiği *Dilipak/Türkiye Kararı*⁶⁴⁴, gazeteci ve yazar olan başvuru, bir haftalık dergide yayımlanan ‘Paşalar Laf Dinlemezse’ adlı makalesinde yüksek rütbeli askerler hakkında eleştirel ifadeler kullanmıştır. Başvuru söz konusu makalesinde, emekliliğe ayrılacak yüksek rütbeli askerlerin ülke politikasına karışarak, kendi görüşlerine uygun olan siyasi atmosfer yaratmak amacıyla bazı iş ve medya gruplarıyla ve hatta mafyayla işbirliği içinde bulunduğunu ima etmiştir.⁶⁴⁵ Savcılık bu ifadeleri sebebiyle başvuranın ordu mensubu generallerin itibarının zedelendiğinin ve bu durumun ordu içindeki astlık-üstlük durumuna zarar vereceğini belirtmiştir.⁶⁴⁶ Bu makalesi dolayısıyla hakkında iddianame düzenlenen başvuru, 22.05.1930 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu kapsamında komutanlara karşı güven hissini zedelemeye yönelik fiil ve amaçları dolayısıyla mahkum edilmiştir.⁶⁴⁷

Mahkeme önüne gelen bu başvuruda, 10’uncu maddede düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlali iddiasını incelemiş ve ifade özgürlüğü kapsamında koruma yalnızca hoş giden veya incitmeyen ifadeleri değil, aynı zamanda şoke edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsadığını belirterek, basın bu toplumu bilgilendirme hususundaki görevine dikkat çekmiştir. Diğer yandan Mahkeme, siyasi içerikli ifadelerin kısıtlanmasının kabul edilmeyeceğini de kararına eklemiştir.⁶⁴⁸

Mahkeme takdir marjı doktrinini de incelediği bu kararında, sınırlamayı gerektirecek bir ‘kamusal yararın’ varlığının öncelikle ulusal makamlar tarafından göz önüne alınması gerektiğini tekrar etmiştir. Ancak devletin sahip olduğu bu takdir marjı AİHM’in denetimiyle birlikte yürümektedir. Özellikle sınırlamanın basını ilgilendirdiği durumlarda AİHM müdahalenin gerekliliği konusunda sıkı bir denetim yapacağını açıklamıştır.

⁶⁴⁴ Dilipak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 29680/05, Kararı Tarihi: 15.09.2015.

⁶⁴⁵ Dilipak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 29680/05, Kararı Tarihi: 15.09.2015, par. 5.

⁶⁴⁶ Dilipak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 29680/05, Kararı Tarihi: 15.09.2015, par. 10.

⁶⁴⁷ 1632 Sayılı 22.05.1930 Tarihli Askeri Ceza Kanunu Madde 95: 4. Astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak alenen tahkir veya tezyif edici fiil ve harekette bulunanlar altı aydan üç seneye kadar hapsedilir. 5. Bu maddede yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir.

⁶⁴⁸ “Mahkeme ayrıca, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, genel kamu yararı ve siyasi söylemleri ilgilendiren konulara dair ifade özgürlüğü kullanımına herhangi bir kısıtlama getirilmesine hiçbir şekilde izin vermediğini hatırlatmaktadır.” Dilipak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 29680/05, Kararı Tarihi: 15.09.2015, par. 62.

Başvurucunun yazdığı makalenin şiddet ve nefrete teşvik etmediği ve haksız saldırı niteliğini taşımadığını belirten Mahkeme, başvurucunun demokratik bir toplumda kamu yararından kaynaklanan düşünceyi açıklama özgürlüğünden faydalandığını ve bu sebeple yapılan müdahalenin Sözleşmenin 10’uncu maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu kapsamda Mahkeme, taraf devletlerin müdahaleyi haklı çıkarmak için sunduğu gerekçelerin gerekli olup olmadığını inceleyerek, devletlerin sahip oldukları takdir marjını kabul edilebilir bir değerlendirme yaparak kullanmış olmalarına dikkat etmektedir.⁶⁴⁹

*Asan/Türkiye Kararı*⁶⁵⁰, başvuru, Pontuslu Rumların kültür, dil ve tarihini incelediği bir kitabında, Trabzon civarında 60 köye yakın yerde Pontusça konuşan çok sayıda Müslüman olduğunu belirtmiş ve bu ifade sebebiyle bölücülük ve devletin toprak bütünlüğüne karşı propaganda yaptığı gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından başvurucunun kitabına ilişkin toplatma kararı verilmiştir.⁶⁵¹ Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin yaptığı incelemede, devletin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı tespit ederken belli bir takdir marjının bulunduğunu belirterek, Mahkemenin bu durumdaki konumuna ilişkin inceleme yapmıştır. Mahkeme devletin takdir marjını kabul ederken, Mahkemenin yaptığı incelemenin devletin yerini almak değil, söz konusu müdahalenin korunan hak kapsamında doğruluğunu incelemektir.⁶⁵² Bu kapsamda Mahkeme, taraf devletin takdir marjı kapsamında yaptığı müdahalenin ‘uygun ve yeterli’ olup olmadığına karar verme yetkisine sahiptir.

⁶⁴⁹ “Denetleyici yargı yetkisini kullanırken Mahkeme’nin görevi ulusal makamların yerini almak değil; daha ziyade bu makamların takdir yetkileri uyarınca vermiş olduğu kararları 10. madde kapsamında yeniden gözden geçirmektir. Mahkemenin yapması gereken, hakkında şikâyetle bulunulan “müdahaleye” davanın bütünü ışıığında bakmak ve ulusal makamların söz konusu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdüğü gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. madde içerisinde yer alan ilkelerle bağdaşan standartlar uygulamış olduğuna ve dahası ilgili olaylar hakkında kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayanmış olduğuna kanaat getirmelidir.” Dilipak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 29680/05, Kararı Tarihi: 15.09.2015, par. 64.

⁶⁵⁰ Asan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 28582/02, Karar Tarihi: 27.11.2007.

⁶⁵¹ TC Anayasası Madde 28/4: Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

⁶⁵² “AİHM’nin görevi hiçbir şekilde, bu denetimi yerine getirirken, yetkili iç yargı mercilerinin yerini almak değil, fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların, AİHS’nin 10. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir.” Asan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 28582/02, Karar Tarihi: 27.11.2007.

Tüm bunlar ışığında ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin iddiayı titizlikle inceleyen Mahkeme, özellikle terör kapsamında kullanılan ifadeleri toplumsal koşulları da göz önünde bulundurarak değerlendirmiş ve söz konusu ifadelerin toplumu ilgilendiren ifadeler olması dolayısıyla devletin buna ilişkin takdir marjının dar yorumlanması gerektiğini belirterek, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu güvenliğinin korunmasına yönelik devlet müdahalesinin incelendiği bir diğer dava olan *Halis Doğan/Türkiye Kararı*⁶⁵³ Mahkeme devletin takdir marjı kapsamında yaptığı müdahalenin meşru olduğuna karar vermiştir. Başvuranın sahibi olduğu bir gazetede yayınladığı makalelerin terör örgütü propagandası yaptığı iddiasıyla başvuran hakkında dava açılmıştır. Mahkeme önüne gelen bu başvuruda, makalelerin içeriğinin şiddete, silahlı mücadeleye, ayaklanmaya teşvik edici nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁶⁵⁴ Mahkeme söz konusu ifadelere ilişkin değerlendirmesinde, bu ifadelerin ne sosyal ne kültürel ne de tarihi olaylara ilişkin saptamalar olduğunu belirterek, bu ifadeleri okuyan okuyucunun şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olduğu fikrine kapıldığını belirtmektedir.⁶⁵⁵

AİHM bu kapsamda, devletin yaptığı incelemede olayın meydana geldiği dönemin şartlarını da göz önünde bulundurarak, hakka yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasında uygun ve yeterli olduğuna karar vermiştir.⁶⁵⁶ AİHM yaptığı incelemede, içinde bulunulan durumu terörle mücadele kapsamında değerlendirerek, devletin takdir marjını dönemin şartlarına uygun olarak değerlendirdiğini belirtmiştir.

AİHM ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin kararlarda devletin takdirini incelerken, devlete geniş bir alan bırakmaktadır.

⁶⁵³ Halis Doğan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 4119/02, Karar Tarihi: 10.10.2006.

⁶⁵⁴ Dava konusu olan makalelerde yer alan ifadelerin biri şu şekildedir; “*aksine (şimdi) ulusal seferberlik zamanıdır. Eğer bütün güçler, yetenekler ve olanaklar faaliyete geçmezse, ne zaman faaliyete geçecekler? Kürtlerin hatıralarında ve kültürlerinde “onur günü” kavramı vardır. İşte bugün onur gününden daha farklı bir gün söz konusudur.*” Ve hatta “*durum böyle iken, bizim tek garantimiz, tam bir özgürlük kazanmak için her türlü fedakarlığı yapmaya ve 21. yüzyılın esaret zincirlerini kırmaya hazır olan halkımızın isteğidir. Bu bizim özgürlük mücadelemizi parlayan bir aşamaya taşıyacak öncü politikamızdır. Gerçek fedakarlığı gösteren şahinlerimiz.*” Halis Doğan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 4119/02, Karar Tarihi: 10.10.2006, par. 23.

⁶⁵⁵ Halis Doğan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 4119/02, Karar Tarihi: 10.10.2006, par. 24.

⁶⁵⁶ “*Bu bağlamda AİHM, başvurana gazetenin sahibi olarak verilen para cezasının “zorunlu bir sosyal ihtiyaca” cevap vermiş olduğunun makul olarak düşünölebileceği ve başvuranın mahkumiyetini açıklamak için makamların ileri sürdükleri gerekçelerin “uygun ve yeterli” olduğu sonucuna varmaktadır. Böyle bir durumda ulusal makamların faydalandıkları takdir marjı göz önüne alındığında, söz konusu müdahale, AİHS’nin 10§2 maddesi uyarınca güdülen meşru amaçlarla orantılıdır.*” Halis Doğan/Türkiye Kararı, Başvuru No: 4119/02, Karar Tarihi: 10.10.2006, par. 27.

Özellikle toplumsal açıdan dönemin şartlarını bilerek karar verecek makamların ulusal makamlar olduğunu belirtse de, Mahkeme yapılan müdahalenin ‘uygun ve yeterli’ olup olmadığını inceleme konusunda yetki sahibidir. Belirtmek gerekir ki demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olan ifade özgürlüğü ile kamu yararının çatışması halinde hakkın sınırlanması mümkünse de devlet tarafından hakkı tümüyle ortadan kaldıran tedbirlerin alınması mümkün değildir.

3.2.3.2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suçun Önlenmesine İlişkin Kararlar

Kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesine ilişkin *Alınak/Türkiye Kararı*⁶⁵⁷, avukat ve eski meclis üyesi olan başvurucunun, Şımak ilinin bir köyünde yaşanan gerçek olaylara ilişkin yazdığı bir romanda toplumu kin ve düşmanlığa sevk eden ifadeler⁶⁵⁸ kullandığı gerekçesiyle ulusal makamlar tarafından kitabın toplatılması kararı verilmiştir. Ulusal mahkemeler tarafından söz konusu kitapta güvenlik kuvvetlerinin köylülere karşı suç işlediğinin anlatılmasının, halkı güvenlik kuvvetlerine karşı kışkırttığı belirtilerek kitap hakkında toplatma kararı çıkarılmıştır.⁶⁵⁹ Başvurunun Mahkeme önüne gelmesi üzerine, müdahalenin meşru amaca uygun ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme yapan Mahkeme, söz konusu kitabın her ne kadar gerçek olaylara dayansa da, kurgu olarak yazıldığını ve roman sınıfındaki bir eserin hitap ettiği okuyucu kitlesinin dar olmasından dolayı devletin sahip olduğu takdir marjı kapsamında yaptığı müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.⁶⁶⁰

Diğer yandan Mahkeme, Türkiye’nin dönemin şartlarına göre terörle mücadele etmesinden dolayı devletin terör kapsamındaki düşüncelerin yayılmasından endişe duymasının normal olduğunu belirtmiş, ancak yine de söz konusu eserin bir roman olması durumun etkisini zayıflatmıştır.⁶⁶¹ Bu kapsamda başvurucunun iddiasını

⁶⁵⁷ Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005.

⁶⁵⁸ Bu ifadelerden bazıları şu şekildedir; “-Vallah onun içini çeker çıkarırdım ben. Hele bir elime geçseydi de görseydi gününü. Senin başına yemin ederim ki, tüm zalimlere ibret olsun diye, boynuna ip geçirip onu Ankara’nın ortasında cırılçıplak gezdirir, sonra da derisini yüzüp içine tuz doldururdum.”, “-Kurban olayım keko, niye böyle diyorsun; bu zalimlerle başka türlü baş edilmez ki! Onların diliyle konuşacaksın onlarla; başka yolu yok bu işin.”, “-İşte bunların topunu ortadan kaldıracaksın, hepsini geberteceksin.” Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005, par. 14.

⁶⁵⁹ Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005, par. 11-12.

⁶⁶⁰ “İlk bakışta bazı paragrafların okuyucuları nefrete, isyana ve şiddet kullanımına teşvik ettiği düşünülebilir. Bunu gerçekten yapıp yapmadıklarına karar verirken, başvuranın kullandığı aracın, örneğin kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden bir roman olduğu dikkate alınmalıdır.” Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005.

⁶⁶¹ “Ancak AİHM, başvuranın eski bir Milletvekili olsa da, söz konusu zaman diliminde, görüşlerini kitle iletişim araçlarından daha küçük bir okuyucu kitlesine ulaşması kaçınılmaz olan bir roman ile ifade eden

değerlendiren Mahkeme, devletin müdahalesinin ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar değerlendirildiğinde, Mahkemenin devletin takdir marjını incelerken, somut olayda ifadenin kime hitap ettiği, gerçekten bir tehlike teşkil edip etmediği veya ifadelerin içeriğinin ne olduğu konusunda titiz bir inceleme yaparak karar verdiği görülmektedir.

AİHM tarafından Türkiye’de kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesine ilişkin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla ilgili verdiği bir diğer karar ise, *E.K./Türkiye Kararı*’dır.⁶⁶² Bir avukat ve bir yayınevi sahibi olan başvuran hakkında, yazdığı ‘*Dünyanın Kürt Halkına Borcu Var*’⁶⁶³ ve ‘*Türk Hapishanelerindeki Durum*’⁶⁶⁴ başlıklı iki makalesinde, bölücü propaganda yaptığı iddiasıyla İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde kamu davası açılmış ve başvuran cezalandırılmıştır. Başvuran bu iki makale için ayrı ayrı iki mahkumiyet almıştır.

Başvurucunun konuyu AİHM’e taşıması üzerine, Mahkeme ifade özgürlüğü kapsamında başvuruyu değerlendirirken, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması ilkesini somut olaya göre ve her iki makale için ayrı ayrı incelemiştir. Başvuranın ilk mahkumiyet kararına konu olan ‘*Dünyanın Kürt Halkına Borcu Var*’

sıradan bir vatandaş olduğuna dikkat çeker. Bu durum, romanın “kamu düzeni” üzerindeki etkisini ciddi biçimde azaltmıştır. Dolayısıyla, kitaptaki bazı paragrafların tonu çok düşmanca görülse de, AİHM bu paragrafların sanatsal doğaları ve kısıtlı etkileri nedeniyle bir şiddet çağrısından çok trajik olaylar karşısında duyulan derin üzüntünün birer ifadesi olduklarını düşünmektedir.” Alınak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005.

⁶⁶² E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002.

⁶⁶³ Söz konusu makalede geçen ifadelerden bazıları şu şekildedir; “Türkiye’nin Güneydoğu’sunda, Kürdistan’da 10 yıldır bir savaş devam ediyor. Bu savaş başladığından bu yana binlerce sivil Kürt insanı ile Kürt gerilla ve Türk askeri yaşamlarını yitirdi. Devlet her ne kadar savaş gerçeğini kabul etmese de sivil halka yönelik vahşi bir savaşı devam ettirmiş ve gerekçeyi de “Terörü yok etmek” olarak göstermeye çalışmıştır.”, “Kürt demek, Kürdistan demek hala yasak. Bu kelimeleri kullanan tüm muhalifler 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’nın 8. maddesinden yargılanıp mahkum ediliyorlar. İddianamelerdeki suç tanımlaması hiç değişmiyor. “Ülkemizin bir bölümünü Kürdistan, bazı vatandaşlarımızı Kürt olarak isimlendirmek”. Devlet ise gerçeklerden kaçmaya devam ederek “Türkiye’de yaşayan herkes Türk’tür” gibi ırkçı-şoven mantığı devam ettiriyor. Türkiye Cumhuriyeti devletin kuruluşu ile birlikte, Kürdistan’da birçok Kürt insanı katledildi. Ağrı, Dersim, Zilan katliamları hala dün gibi acı vererek belleklerimizde.”, “Kürt halkı on yıllardır baskı ve katliamların acısı içinde, kimliğine sahip olmanın mücadelesini veriyor. Bu mücadelede binlerce insanını yitirdi. Kendi dilini konuştuğu için işkence gördü, öldürüldü. Ama artık özgür olmak istiyor.” E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002, par. 12.

⁶⁶⁴ Bu makalede geçen ifadelerin bazıları şu şekildedir; “Bildığınız gibi Türkiye’deki 635 hapishanenin yarısı Kürdistan’da bulunmaktadır. Bu nedenle hapishanelerde sistemli olarak işkencenin tüm biçimlerini uygulayan sömürgeci Türk devletinin insanlık dışı politikasının ardında yatan nedenleri açığa vurmaya gerekli görmekteyiz.”, “Türk devletinin Türkiye’yi bir halklar hapishanesine çevirdiği ve Kürt halkının şu anda onbinlerce Kürt yurtseverini hapseden bu devletin baskıcı politikasının ilk kurbanları olduğu doğrudur. Bu tutukluların çoğu Kürdistan İşçi Partisi’nin üye ya da sempatizanlarıdır. Bu parti önemli bir davayı, Kürdistan halkının bağımsızlığı davasını savunmaktadır. P.K.K.’ya göre Kürt sorunu ne basit bir politik tutuklular sorunu ne de insan hakları sorunudur.” E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002, par. 18.

makalesinde, özellikle terörle mücadeleye dikkat çekmiştir.⁶⁶⁵ Mahkeme, her ne kadar söz konusu makale eleştirel bir dille yazılmış olsa da kamuyu ilgilendiren ve siyasi bir konuyla ilgili yazılan bu makalenin şiddete veya isyana teşvik etmemesinden dolayı yapılan müdahalenin haksız olduğunu belirtmiştir.⁶⁶⁶

Diğer mahkumiyet konusu olan makale '*Türk Hapishanelerindeki Durum*' hakkında Mahkeme, söz konusu makalenin sunulduğu yer hakkında bir inceleme yaparak karar vermiştir. Söz konusu makale, 'Kürtler, İnsan Hakları ve Etnik Kimlik' başlıklı bir konferansta sunulmuştur. Bu sebeple, Mahkeme bu makalenin çok geniş bir kitleye ulaşmasının mümkün olmadığını ve makalenin bütünü çerçevesinde herhangi bir kin ve nefrete teşvik söz konusu olmadığını belirterek, müdahalenin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme *E.K./Türkiye Kararı*nda, Türkiye'nin güneydoğusundaki terör sorununun uzun yıllardır sürdüğünü ve devletin bu kapsamdaki hassasiyetinin anlaşılabilir olduğunu kabul etmiştir.⁶⁶⁷ Ancak bu konu kapsamında Türkiye'nin, bireylerin bilgilendirilmesiyle ilgili kamusal haklarının kullanımı konusunda çok fazla sınırlamaya giderek ifade özgürlüğünü ihlal ettiklerini belirtmiştir.⁶⁶⁸ Gerçekten de, AİHM terör kapsamında karşısına gelen pek çok davada, Türkiye'nin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği kararı vermiştir. Devletlerin kendi egemenlik alanları içerisinde yaşanan olaylar karşısında sahip olduğu takdir marjını kullanırken, ifadenin kamu yararını ilgilendiren, siyasi eleştiri veya Türkiye'nin durumu hakkında bilgi veren nitelikte ve bu ifadelerin genelinin toplumu kin, nefret veya şiddete teşvik edici ifadeler olup olmadığının incelenmesi gerekliliği AİHM tarafından pek çok kararda tekrar edilmiştir.

Diğer yandan AİHM tarafından ihlal olmadığına hükmedilen *Hocaoğulları/Türkiye Kararı*nda⁶⁶⁹, başvuranın yazı işleri sorumlusu olduğu bir dergide yayınlanan '*Hangi Barış?*' ve '*Gençlik İsyan Demektir*' başlıklı yazıları sebebiyle

⁶⁶⁵ Bkz. yukarıda dn. 633.

⁶⁶⁶ "Mahkeme, bu makalenin bazı bölümlerinde Türk otoritelerinin tutumundan şikayet edilse ve bu şikayet itici ifadelerle yapılmış olsa da, bu ifadelerin şiddete, silahlı ayaklanmaya ve isyana teşvik niteliğinde olmadığı görüşündedir ve davayı buna göre değerlendirecektir." E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002.

⁶⁶⁷ "AİHM, Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumunun hassasiyetini ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olmaları gereğini de dikkate alarak, başvuran aleyhinde alınan önlemlerin, başta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır." E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002, par. 44.

⁶⁶⁸ "Söz konusu davada yerel otoritelerin, ifade özgürlüğü ve her ne kadar kendileri açısından kabul edilemez olsa da, Türkiye'nin güneydoğusundaki durumun farklı bir bakış açısından bildirilmesiyle ilgili kamu haklarını yeterli ölçüde dikkate almadığı anlaşılmaktadır." E.K./Türkiye Kararı, Başvuru No: 28496/95, Karar Tarihi: 07.02.2002, par. 69.

⁶⁶⁹ Hocaoğulları/Türkiye Kararı, Başvuru No: 77109/01, Karar Tarihi: 07.03.2006.

bölücü propaganda yaptığı iddiasıyla hakkında dava açılarak para cezasına ve dergi yayının 30 gün süreyle durdurulmasına karar verilmiştir. ⁶⁷⁰

İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM önüne gelen başvuruda Mahkeme, ‘*Hangi Barış?*’ makalesinin genel olarak Türkiye’deki siyasi rejimin eleştirisi olduğuna ve toplumu kin ve nefrete teşvik eden ifadelerin bulunmadığını belirtmiştir. Ancak bu makaleyle bağlantılı olarak ‘*Gençlik İsyan Demektir*’ başlıklı makaleyi inceleyen Mahkeme, dünya genelinde meydana gelen ayaklanmalarda hayatını kaybeden gençlere övgüde bulunulmasını ve devrimlerin insanları kaybetmeden gerçekleşmesinin mümkün olmadığının anlatılması sebebiyle, yazarın dilinin barışa çağrı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. ⁶⁷¹

AİHM bu kararıyla taraf devletlerin yetkilerini kullanırken sınırı aşp aşmadıklarını değerlendirirken, ülkenin toplumsal veya siyasal durumunu göz önünde bulundurup, ayrıca ifadenin niteliği gereği korunmaya ihtiyaç duyan bir ifade olup olmadığını da incelemektedir. Bu sebeple de Mahkeme, özellikle Türkiye’nin terörle mücadele ettiği bir dönemde, ifadenin içeriğinin barış çağrısında bulunmadığını belirterek, devletin müdahalesinin meşru olduğuna karar vermiştir.

3.2.3.3. Sağlık veya Ahlakın Korunmasına İlişkin Kararlar

*Akdaş/Türkiye Kararı*nda, Hades Yayınevinin editörü olan başvuran, Fransız yazar Guillaume Apollinaire’in “Les onze mille verges” isimli erotik romanının, “On Bir Bin Kırbaç” başlığıyla Türkçeye çevrilmiş halini yayımlamıştır. Savcılık, söz konusu romanın toplumun cinsel arzularını tahrik ve istismar ettiğini ve müstehcen ve ahlak dışı ifadeler içerdiğini belirterek, başvuran hakkında Mahkemeye başvurmuştur. ⁶⁷² Başvuran mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savunurken, hükümet, ahlakın korunması hususunda devletin takdir marjının geniş

⁶⁷⁰ “Hangi Barış?” adlı makalede başvuran Türkiye’de yıllardan beri süren savaş hakkında bilgi vererek, barış isteğini dile getirdiğini belirtmiştir. “Gençlik İsyan Demektir” adlı makalesinde ise, genel olarak tarihi devrimleri ele alarak ifade özgürlüğünü kullandığını savunmuştur. Hükümetin bu hususta, makalelerin toplumu kin ve nefrete teşvik edici ve terörist eylemlere övgü niteliği taşıyarak bu eylemleri yapanları kahraman olarak nitelendiren ifadeler olması nedeniyle, sınırlamanın ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu güvenliğinin korunması meşru amacını taşıdığını belirtmiştir. Hocaogulları/Türkiye Kararı, Başvuru No: 77109/01, Karar Tarihi: 07.03.2006.

⁶⁷¹ “Bu makalenin Türkiye’de şiddeti teşvik ettiğini tespit etmek gerekir; söz konusu yazı hoşgörü anlayışı ve AİHS’nin önsözünde yer alan barış ve adalet gibi temel değerler ile bağdaşmamaktadır.” Hocaogulları/Türkiye Kararı, Başvuru No: 77109/01, Karar Tarihi: 07.03.2006.

⁶⁷² Akdaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41056/04, Karar Tarihi: 16.02.2010, par. 1-5.

tutulması gerektiğini belirterek, söz konusu müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayan orantılı bir müdahale olduğunu belirtmiştir.⁶⁷³

Mahkeme ahlaki değerler konusunda devletlerin Mahkemeye göre çok daha iyi bir konumda olduklarını kabul etmektedir. Ahlaki değerlerin yere ve zamana göre değiştiğini ve devletlerin kendi ülkelerindeki dini, ahlaki, felsefi hususlarda farklı fikirleri de göz önünde bulundurmalarını talep etmektedir.⁶⁷⁴

Mahkeme söz konusu davaya ilişkin değerlendirmesinde, romanın Fransızca aslının pek çok dilde ve ülkede yayınlandığının göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, devletlerin ahlaki değerler konusunda takdir marjının geniş olduğunu kabul etse de, Avrupa edebiyat mirasında yer alan bir eserin⁶⁷⁵ Türkçe olarak erişiminin yasaklanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığını belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkemenin ahlakın korunmasına ilişkin verdiği bir diğer karar olan Aydın Tatlav/Türkiye Kararında, gazeteci olan başvuranın, beş cilt olarak yayınlanan “İslamiyet’in Gerçeği” adlı kitabının⁶⁷⁶ son baskısı aleyhine soruşturma başlatılmış ve başvuran mahkum edilmiştir. Başvuran ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtirken, hükümet, yapılan müdahalenin kamu düzeninin, ahlakın ve başkalarının ahlakının korunması meşru sebeplerine dayandığını savunmuştur.⁶⁷⁷

Mahkeme söz konusu davaya ilişkin incelemesini yaparken, dinle ilgili ifadelerde Avrupa ülkelerinde tek bir anlayışın hakim olmaması ve ahlak ve din gibi hususlarda devletlerin konumunu göz önüne alarak devletlerin takdir marjının geniş tutulduğunu belirtmiştir.⁶⁷⁸ Mahkeme din ve ahlak konularında devletlere tanıdığı takdir marjını geniş tutsa da, yine de nihai olarak karar verme yetkisinin Mahkemede olduğunu belirtmektedir.⁶⁷⁹ Bu kapsamda yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını inceleyen Mahkeme, kitabın içeriğinde yer alan ifadelerin sert

⁶⁷³ Akdaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41056/04, Karar Tarihi: 16.02.2010, par. 20.

⁶⁷⁴ Akdaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41056/04, Karar Tarihi: 16.02.2010, par. 24.

⁶⁷⁵ Eser, Türkiye’de el konulmasından onlarca yıl önce “La Pléiade”a dâhil edilerek tasdik edilmiştir.

⁶⁷⁶ Söz konusu kitap, Kuran’ın eleştirel yorumu ile tarihsel incelemesini içermektedir. Başvuran kitabın, dinler ve peygamber ile ilgili yapılan bilimsel bir çalışma olduğunu ve kitapta inancı değil dine dayalı siyaseti eleştirdiğini belirtmiştir.

⁶⁷⁷ Aydın Tatlav/Türkiye Kararı, Başvuru No: 50692/99, Karar Tarihi: 02.08.2006, par. 13.

⁶⁷⁸ “Dini inançlara yapılan saldırılar konusunda başkalarının haklarının korunmasına bağlı yaptırımların Avrupa ülkelerinde tek bir anlayışa bağlı olmayışı, ahlak ya da din konularında kişisel inançları incitebilecek alanlarda ifade özgürlüğünü düzenlerken, Sözleşmeciler Devletler’in takdir payını genişletmektedir. Aydın Tatlav/Türkiye Kararı, Başvuru No: 50692/99, Karar Tarihi: 02.08.2006, par. 16.

⁶⁷⁹ Aydın Tatlav/Türkiye Kararı, Başvuru No: 50692/99, Karar Tarihi: 02.08.2006, par. 17.

eleştirisi niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁶⁸⁰ Ancak Mahkeme, bu eleştirilerin inananların doğrudan kişiliğine yapılan bir hakaret ya da kutsal sembollere saldırı niteliği taşımadığını belirtmiştir.⁶⁸¹ Diğer yandan Mahkeme, ifade özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılmasının kişilerin dini inançlarına ilişkin düşüncelerini açıklamaktan alıkoyabileceğini ve demokratik toplumların sağlıklı bir şekilde ilerlemesi için engel teşkil edebileceğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin sağlığın korunmasına ilişkin herhangi bir içtihadı bulunmayıp, ahlakın korunmasına ilişkin kararlarda, ahlaki ve toplumsal değerlerin toplumdan topluma değiştiğini kabul etmiş ve bu hususta devletlerin takdir marjını geniş tutmuştur. Ancak Mahkeme ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin ihlal teşkil edip etmediğine karar veren nihai organdır. Her ne kadar ahlaki, dini veya toplumsal bir değer hususunda devletlerin söz hakkı olduğu göz ardı edilemese de, ifadenin niteliğini de göz önüne alan Mahkeme, yapılan müdahalenin gerçekten zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığının tespitini yapması gerekmektedir.

3.2.3.4. Başkalarının Şöhret ve Ahlakının Korunmasına İlişkin Kararlar

*Kutlular/Türkiye Kararı*⁶⁸², Yeni Asya Gazetesinde imtiyaz sahibi olan başvuran, gazetesi adına ‘Nurcu’ adı verilen bir tarikatın kurucusu için dini bir anma töreni düzenlemiştir. Bu törende, Türkiye’de 1999 yılında gerçekleşen depreme ilişkin dersler çıkarılmasını belirten bir broşür dağıtılmıştır. Söz konusu broşürde, depremin bu bölgede tesettür ilkesine uyulmadığı için gerçekleştiğine dair iddialar yer almaktaydı.⁶⁸³ Ayrıca, broşürde bu depremle 28 Şubat süreci arasında bağlantı kurulmuştur. Bu broşürle ilgili olarak, halkın bir bölümünü depreme neden olmakla suçladığı ve toplumu ikiye bölmeyi hedefleyen ifadeler içerdiği belirtilerek, başvuru hakkında Mahkemeye başvurulmuş ve başvurucuya hapis cezası verilmiştir.

AİHM başvuruyu devletin takdir marjı çerçevesinde değerlendirirken, ifadenin dini içerikli olduğunu göz önünde bulundurmıştır.⁶⁸⁴ Başvurucu hedef aldığı topluluk

⁶⁸⁰ Kitapta yer alan ifadeler genel olarak, dinin, sosyal haksızlıkları Tanrı’nın isteğiymiş gibi belirterek meşrulaştırdığını ileri sürmektedir. Aydın Tatlav/Türkiye Kararı, Başvuru No: 50692/99, Karar Tarihi: 02.08.2006, par. 20.

⁶⁸¹ Aydın Tatlav/Türkiye Kararı, Başvuru No: 50692/99, Karar Tarihi: 02.08.2006, par. 20.

⁶⁸² Kutlular/Türkiye Kararı, Başvuru No: 73715/01, Karar Tarihi: 29.04.2008.

⁶⁸³ “Bu broşürde ‘musibet neden umumileşir?’, ‘zelzele tesadüfi ve maksatsız bir hadise değildir.’, ‘zelzele tesettür şiarına (hicap) açık ihanetin bir cezasıdır.’, ‘deprem suistimalin neticesidir.’ ‘kanuna namına kanunsuzluk umumi tokada sebep olur.’ vb. alt başlıklar yer almaktaydı.” Kutlular/Türkiye Kararı, Başvuru No: 73715/01, Karar Tarihi: 29.04.2008, par. 2.

⁶⁸⁴ Bkz. aşağıda s. 121, dn. 651.

bakımından rahatsız edici ifadeler kullanmış olsa da bu ifadelerin şiddete veya kine teşvik eden ifadeler olmadığını tespit eden Mahkeme, söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olmadığına kanaat getirmiştir.⁶⁸⁵

Mahkeme *Saygılı ve Diğerleri/Türkiye Kararı*⁶⁸⁶, bir gazetede görev yapan başvuru sahiplerinin gözaltındaki kayıpları konu alan *İrfan Bilgin/Türkiye Kararı*'yla⁶⁸⁷ ilgili yayınladıkları yazılara ilişkin yapılan yargılamada, yüksek miktarda tazminat ödemeye mahkûm edilmelerine ilişkin inceleme yapmıştır. Mahkeme başvuruyu incelerken, basın demokratik toplumdaki önemine dikkat çekerek, her ne kadar başkalarının şöhret ve ahlakının korunmasına dikkat etmesi gerekse de basının toplumu aydınlatma göreviyle toplumu ilgilendiren her hususta bilgi vermekle de yükümlü olduğunu belirtmiştir.⁶⁸⁸

Basının toplumu aydınlatma göreviyle ele aldığı gözaltında kayıplar meselesi Türkiye'de önem teşkil eden ve kamuoyunu ilgilendiren bir husus olması sebebiyle, Mahkeme devletin takdir marjının dar yorumlanması gerektiğini ve müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığını belirterek söz konusu başvuruda Sözleşmenin 10'uncu maddesinin ihlaline karar vermiştir.

*İ.A/Türkiye Kararı*⁶⁸⁹, başvuru tarafından felsefi ve dini konularda yazılmış bir roman hakkında, 'Allah, din, peygamber ve kutsal kitaba saygısızlık' gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından iddianame hazırlanmış ve bu iddianame kitap hakkında yazılan bir bilirkişi raporuna dayandırılmıştır.⁶⁹⁰ Söz konusu roman sebebiyle mahkum edilen ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren başvuru,

⁶⁸⁵ Mahkeme davaya ilişkin değerlendirmesinde, doğal bir afete dini bir anlam yüklemenin, kişilerin batıl inançlarını, hoşgörüsüzlüğü ve gericiliği telkin ettiğini kabul etmiş ancak başvuranın ifadelerinin şiddete veya kine teşvik etmediğini belirterek, başvurana verilen cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. *Kutlular/Türkiye Kararı*, Başvuru No: 73715/01, Karar Tarihi: 29.04.2008, par. 47-48.

⁶⁸⁶ *Saygılı ve Diğerleri/Türkiye Kararı*, Başvuru No: 19353/03, Karar Tarihi: 08.01.2008.

⁶⁸⁷ *İrfan Bilgin/Türkiye Kararı*, Başvuru No: 25659/94, Karar Tarihi: 17.07.2001.

⁶⁸⁸ "Öte yandan, basın özgürlüğü belli dozda abartıya, hatta kışkırtmaya (bkz. *Prager ve Oberschlik – Avusturya*, 26 Nisan 1995 tarihli karar) başvurmayı da kapsamaktaysa da, ilgililer gazetecilik mesleğine saygı çerçevesinde doğru ve güvenilir haber verecek şekilde iyi niyetle hareket etme şartını yerine getirmekle yükümlüdürler." *Saygılı ve Diğerleri/Türkiye Kararı*, Başvuru No: 19353/03, Karar Tarihi: 08.01.2008.

⁶⁸⁹ *İ.A/Türkiye Kararı*, Başvuru No:42571/98, Karar Tarihi: 13.12.2005.

⁶⁹⁰ O tarihte Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dekanı olan Profesör Salih Tuğ tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda şu şekilde görüş sunulmuştur; "... Her ne kadar bu sayfeler yazar tarafından benimsendiği anlaşılan felsefi görüşlerin savunulduğu kısımlar gibi kabul edilebilirse de, İslam dininin Allah inanç ve akidesi ile peygamberine, Müslümanların vahiy kaynaklı olduğuna inandıkları Kuran-ı Kerim'e ve İslami ibadet ve uygulamalarına dair saldırı, tezyif, küçümseme, kınama, alaya alma ve hatta yer yer aşışılama ve hakarete kadar varan ifadelerle bezeli bulunduğu gözlemlenmektedir..." *İ.A/Türkiye Kararı*, Başvuru No:42571/98, Karar Tarihi: 13.12.2005, par. 7.

kitabın roman tarzında yazıldığını, felsefi ve dini görüşleri içerdiğini savunmaktadır.⁶⁹¹ Mahkeme yaptığı incelemede, söz konusu ifadelerin dini içerikli ifadeler olduğu göz önünde bulundurularak, hassas değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹² Dini ifadeler söz konusu olduğunda, AİHM’in devletlere daha geniş takdir marjı tanınması gerektiğine ilişkin görüşü bu kararda da belirtilmiştir. Gerçekten de AİHM, dini inançlara ve ahlaki değerlere karşı taraf devletler tarafından sergilenen ortak bir anlayışın olmaması ve her toplumun kendine özgü dini ve ahlaki değerlere sahip olması sebebiyle, bu hususta devletlerin karar verme yetkisini geniş tutmaktadır.⁶⁹³ Türkiye bakımından durumu değerlendiren Mahkeme, her ne kadar laik bir devlet olan Türkiye’de dini eleştiriler için hoşgörölü yaklaşılsa da başvuruya konu olan kitabın içeriğindeki ifadelerin Müslüman insanlar tarafından rahatsız edici bulunabileceğine kanaat getirmiştir. Bu kapsamda, söz konusu durumun hassasiyetinden dolayı dini ifadelerin toplumun büyük bir kısmını rahatsız edici nitelikte olması sebebiyle, devletin takdir marjı kapsamında müdahalede bulunmasının 10’uncu madde kapsamında ihlal teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir.⁶⁹⁴

AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlanmasın başkalarının şöhret ve ahlakının korunması meşru amacını değerlendirirken her bir somut olayın mevcut durumunu dikkate almaktadır. Türkiye açısından verdiği kararlarda, din veya ahlak gibi toplum için hassas olan konularda devletin takdir marjını geniş tutarken; genel olarak kamuoyu bakımından önem teşkil eden veya ifadelerin söz konusu müdahaleyi gerekli kılacak

⁶⁹¹ Kitapta geçen ifadelerin bazıları şu şekildedir; “... İmamları düşünceden, düşünme yeteneğinden soyutlayan, onları birer ot yığını durumuna sokan... [Hz. İbrahim’in kurban kıssası değerlendirilerek] Bir uydurma olduğu besbelli bu anlatılanların... Tanrı bir sadist mi... Demek İbrahim Peygamberin tanrısı da Muhammed’in tanrısı gibi kıyıcı!”

⁶⁹² “Bir kez daha vurgulamak gerekirse 10. maddenin 2. paragrafında yer alan ifade ve düşünce özgürlüğü bazı «görev ve sorumlulukları» beraberinde getirmektedir; bunlar arasında yer alan din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerekmektedir.” İ.A/Türkiye Kararı, Başvuru No:42571/98, Karar Tarihi: 13.12.2005.

⁶⁹³ “Dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışı, ahlaki ve dini çerçeve içerisindeki kişisel yargılarını aşagılamaya eğilimli hususlarla bağlantılı olarak; ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin yapılmasında Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisini genişletmektedir.” İ.A/Türkiye Kararı, Başvuru No:42571/98, Karar Tarihi: 13.12.2005.

⁶⁹⁴ “Ancak mevcut dava yalnızca onur kırıcı veya şok edici yorumlar veya “provokatif” görüşlerle değil, aynı zamanda Müslümanların peygamberine yapılan çirkin saldırı ile de alakalıdır. Laiklik ilkesine oldukça bağlı olan Türk toplumunda dini öğretilerin eleştirilmesi bir derece hoş görölse de; inanan insanlar aşğıdaki parçalardan ötürü kendilerini haksız ve ağır saldırıların hedefinde hissedebilirler: “Hatta bu sözlerin bir bölümü “Ayşe’nin kohnunda coşukların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” İ.A/Türkiye Kararı, Başvuru No:42571/98, Karar Tarihi: 13.12.2005.

ölçüde ağır olmaması halinde, devletin takdir marjını aşarak hakkı ihlal ettiklerine karar vermektedir.

3.2.3.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Kararlar

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesine ilişkin *Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı*⁶⁹⁵, başvuruçuların çalıştığı ‘Nokta’ adlı dergide yayımlanan “Gene 2004: TSK ‘dost’ STK’larla işbirliği arayışında” adlı makalede Genelkurmay Başkanlığı Halkla İlişkiler Şube Müdürlüğü’nün 9 belgeden oluşan 52 sayfalık bir haber dosyası hazırladığı açıklanmıştır.⁶⁹⁶ Söz konusu belgelerde açıklanan özellikle Genelkurmay Başkanlığı tarafından düzenlenen organizasyonlara katılacak ve bunları haber yapmalarına izin verilecek gazetecilerin Genelkurmay Başkanlığı tarafından seçilecek olması, medyayı temsil eden mesleki kuruluşlar tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Ulusal mahkeme söz konusu makale sebebiyle, makalenin yayınlandığı dergi binasında arama yapılmasına, bilgisayarlar, arşiv, CD ve tüm benzer yerlerde bulunan dosyaların kopyalarının alınmasına ve dosyaların güvenli olması halinde de tüm bilgisayar araç ve gereçlerine el koyulmasına karar vermiştir. Bu kapsamda hükümet, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve ulusal güvenliğin sağlanması meşru amaçlarına dayanarak başvuranları mahkum etmiştir.

Konu AİHM’e taşınmış ve Mahkeme söz konusu başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, öncelikle basının kamuyu aydınlatma görevinin üstünde durarak, devletin bu kapsamda hakkı sınırlamasında sınırlı bir takdir marjı olduğunu kabul etmiştir.⁶⁹⁷ Mahkeme bununla birlikte, gizli olarak nitelendirilen bilgilerin yayınlanmasının veya ulusal güvenliğe ilişkin bilgilerin açıklanmasının devlet otoritelerine kayda değer bir zarar vermesi halinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini belirtmiş, ancak basının kamuyu bilgilendirme görevi kapsamında kamunun yararına olan bilgilerin açıklanmasının demokratik toplum

⁶⁹⁵ Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016.

⁶⁹⁶ “Makaleye göre, söz konusu belgeler, Türk Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanlığı tarafından düzenlenen organizasyonlara davet edilecek ya da bunları haber yapmaya izin verilecek gazetecilerin seçilmesinde yardımcı olması üzere hazırlanmıştır. Makalenin yazarı aynı zamanda, Silahlı Kuvvetlere yakın olarak kabul edilen sivil toplum kuruluşları tarafından düzenlenen gösteri ve bilgilendirme toplantılarının doğruluğu konusuna eğilmiş ve söz konusu siyasi eylemlerin “sivil” ya da “hükümet dışı” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, diğer bir ifade ile, örtülü olarak bunların silahlı kuvvetlerin otoritesine bağlı olup olmadıkları noktasındaki şüphelerini dile getirmiştir.” Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 8.

⁶⁹⁷ “Basın söz konusu olduğunda, “zorunlu sosyal ihtiyacın” varlığını değerlendirmek için yetkililer yalnızca sınırlı bir takdir yetkisine sahiptirler.” Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 47-48.

açısından önemi belirtmiştir.⁶⁹⁸ Bu kapsamda Mahkeme, söz konusu başvuruya ilişkin, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru amacıyla kamu yararına olan bilgilerin açıklanması arasında bir denge kurulması gerektiğini belirterek, davayı incelemiştir.

Mahkeme, makalede açıklanan belgede, Akradite Basın Kuruluşları, isimleri sayılan gazetecilerin ve bazı gazetelerin yayın politikalarına ilişkin değerlendirmelerinin bulunduğunu belirtmiştir. Bunun yanında makalede, kamuoyu tarafından tanınan bazı kişiler ve hükümete karşı protesto eylemlerini kışkırtmak ve basını manipüle etmekle haklarında şüphe duyulan bazı Silahlı Kuvvetler mensubu hakkında soruşturmalara yer verildiği de tespit edilmiştir.⁶⁹⁹ Bu kapsamda Mahkeme, söz konusu makalede yayınlanan ifadelerin kamunun haber alma ve bilgilendirilme hakkı kapsamına giren ifadeler olduğunu tespit etmiştir.⁷⁰⁰

Mahkeme hakka yapılan müdahalenin basının kamuyu bilgilendirme görevini yapmasına engel teşkil edecek nitelikte olduğunu tespit ederek, toplumu ilgilendiren meseleler hakkında kamuoyu tartışması yapılmasını engelleyecek nitelikte olduğuna karar vermiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁰¹

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesine ilişkin kararlarda Mahkeme özellikle kamunun haber alma ve bilgilendirme hakkı ile arasında bir denge kurulması gerektiğinin üstünde durmaktadır. Gerçekten de, kamuyu ilgilendiren ve kamunun ancak basın yoluyla bilgi sahibi olabileceği konularda, devletin ifade özgürlüğünü sınırlandırmasında sahip olduğu takdir marjını dar yorumlamaktadır. Bununla birlikte gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru sebebine ilişkin çok fazla içtihadı bulunmayıp, genel olarak ulusal güvenliğin korunması kapsamında değerlendirme yapmaktadır.

⁶⁹⁸ Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 42.

⁶⁹⁹ Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 53-54-55.

⁷⁰⁰ “Mahkeme, medyayı temsil eden başlıca mesleki kuruluşlarının, basın editörleri ve gazetecilerin, Türk Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanlığı tarafından ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğüne keyfi ve zarar verecek bir şekilde seçildiğini değerlendirerek bu duruma tepki gösterdiklerini gözlemlemektedir. Nitekim gazetecilerin siyasi eğilimlerine göre sınıflandırıldıkları dosyaların tutulması ve söz konusu gazetecilerden bazılarının kamu yararı ile ilgili bilgileri açıklamalarını engellemek amacıyla söz konusu dosyaların kullanılmasının, Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen temel haklardan birini oluşturan kamunun haber alma hakkı kapsamına girdiği kolaylıkla anlaşılmaktadır.” Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 55.

⁷⁰¹ Görmüş ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49085/07, Karar Tarihi: 19.01.2016, par. 72.

3.2.3.6. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Korunmasına İlişkin Kararlar

AİHM'in yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasına ilişkin *Kayasu/Türkiye Kararı*⁷⁰², başvuru bir savcı olup, 1961 Anayasası'yla kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı ihtilal yapan generaller hakkında savcılığa vatandaş sıfatıyla şikayette bulunmuş, ancak bu şikayet hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Başvuranın şikayet dilekçesini sunmasının ardından hakkında devletin istikrarı ve bekası için çalışan bazı devlet adamlarına karşı hakaret iddiasıyla idari ve görevini kötüye kullanma iddiasıyla da cezai işlem başlatılmıştır. Başvuran, idari işlem sonucunda kınama cezası almış, ancak ceza soruşturmasından beraat etmiştir.

Başvuran daha sonra, savcı sıfatıyla ihtilali yapan generaller hakkında iddianame düzenlemiş ve bu iddianameyi basınla paylaşmıştır. Bu iddianame sebebiyle başvuru, hakkında açılan davayla savcılık görevinden uzaklaştırılmıştır. Bu kapsamda kınama cezası ve görevden uzaklaştırma kararları için AİHM önüne gelen başvuruda Mahkeme genel olarak 10'uncu madde kapsamında değerlendirirken, taraf devletin bu hususta bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir.

Mahkeme devlet memurlarına ilişkin değerlendirme yaparken, diğer bireyler gibi onların da 10'uncu maddenin sağladığı güvencelerden yararlanabileceklerini belirtmiştir. Bu kapsamda başvuranın savcı olmasını özellikle değerlendiren Mahkeme, savcılık makamının adaletin işlemesi ve halkın adalete olan güveninin sağlanması ve hukukun koruyucusu olması özellikleriyle yapılan müdahalenin çok dikkatli incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Davanın tüm bu özellikleri ışığında, iddianamenin içeriğini inceleyen Mahkeme, ülkenin tarihi, siyasi ve hukuki boyutunu ilgilendiren bir hususta yazılan iddianamenin, genel menfaate hizmet ettiğini ve bu kapsamda geniş bir korumaya sahip olduğunu söylemiştir. Diğer yandan, iddianamenin içeriği darbeyi yapan devlet adamlarını itham edici nitelikte olmasından dolayı yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

AİHM müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirirken, öncelikle yargının otorite ve tarafsızlığının korunması meşru amacı ile askeri güçlerin hakaretten korunmasını birbirinden ayırmıştır. Bu kapsamda yapılan müdahale, devletin takdir marjı kapsamında yargının otorite ve tarafsızlığının korunması, zorlayıcı bir toplumsal

⁷⁰² Kayasu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 64119/00 ve 76292/01, Karar Tarihi: 13.11.08.

ihtiyacı karşılasa da Mahkeme hakaret için aynı değerlendirmeyi yapmamıştır. Bu sebeple de başvuru hakkında hakaret dolayısıyla görevinden alınma ve mesleğini icra etmekten men edilmesine ilişkin kararın orantılı olmadığını belirten Mahkeme, söz konusu başvuru hakkında 10'uncu maddenin ihlali kararı vermiştir.

İfade özgürlüğü kapsamında yargının otorite ve tarafsızlığının korunması meşru sebebine yönelik takdir marjı değerlendirilirken, toplumda yargı organlarına karşı duyulması gereken güven dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda, söz konusu hakka bazı sınırlamaların getirilmesi gerekliliği doğmaktadır. Takdir marjı doktrinine göre mahkeme, yargının otorite ve tarafsızlığının korunması meşru sebebi ile yapılan sınırlamanın kamuoyunun menfaatini ilgilendiren bir hususla ilgili olup olmadığını birlikte değerlendirmektedir.

3.3. Anayasa Mahkemesi İfade Özgürlüğü Kararlarında Takdir Marjı Doktrininin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi kararlarında takdir marjı doktrininin kullanımı esasen 2000'li yıllarda başlamıştır. Ancak daha öncesinde de Anayasa Mahkemesi '*yasamanın genelliği*' ve '*yasa koyucunun takdir hakkı*' ifadelerini kullanmış ve bu şekilde takdir marjı doktrini Anayasa Mahkemesi içtihatlarında karşılık bulmuştur.⁷⁰³ Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM'in içtihadı olan takdir marjı doktrininin kullanımında bazı farklılıklar vardır.⁷⁰⁴ Bu farklılıklardan en önemlisi, AİHM'in taraf devletlere bıraktığı takdir marjını, Anayasa Mahkemesi'nin yasama organına bırakılan takdir marjı olarak değerlendirmesidir.⁷⁰⁵ Bu kapsamda, takdir marjı doktrininde yetkinin kime bırakıldığı hususunda Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında bir farklılık oluşmaktadır. Söz konusu farklılığın ortaya çıkışındaki temel neden ise egemenlik hakkını kullanmaya yetkili organın sadece yasama organı olarak değerlendirmesi olarak kabul edilmektedir.⁷⁰⁶

⁷⁰³ "Bu kavramlar genel olarak siyasal anayasa hükümleriyle ilgili denetimlerde kullanılmakla birlikte, kimi zaman sosyal anayasa, yani insan haklarına ilişkin denetimlerde de kullanılmaktadır." Şirin, s.386.

⁷⁰⁴ Öncelikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin takdir marjı doktrininin kullanımında terminolojik olarak bir farklılık bulunmaktadır. Bu kapsamda AİHM takdir marjını bir yetki olarak ifade ederken, Anayasa Mahkemesi bir hak olarak değerlendirmektedir. Diğer bir farklılık ise, doktrinin başvurulara uygulanmasında Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM'nin takdir marjını değerlendirirken üstünde durduğu orantılılık, zorunlu sosyal ihtiyaç gibi hususları dikkate almamasıdır. Şirin, s. 389.

⁷⁰⁵ Şirin, s. 389.

⁷⁰⁶ AY 6'ncı madde kapsamında egemenlik, yetkili organlar eliyle kullanılmaktadır. Bu kapsamda 9'ncü kapsamında yargının da egemenliği kullanmaya yetkili olan organlardan biri olarak kabul edilmesi gerekirken; Anayasa Mahkemesi tarafından yalnızca yasanın takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir.

Diğer yandan AİHM takdir marjı doktrinini kabul ederken devletlerin egemenlik haklarının varlığı üstünde durmuştur. Ancak ulusal makamlar ile Anayasa Mahkemesi arasında bu anlamda bir egemenlik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda da, Anayasa Mahkemesi, AİHM'den farklı olarak, taraf devletler için bir konuda uygulamada ve mevzuatta ortak bir temelin varlığını aramak zorunda değildir.⁷⁰⁷ Bunun yanında kültürel rölativizm⁷⁰⁸ konusunda da Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında bir ayrım söz konusudur. Anayasa Mahkemesi'nin ulusal bir makam olması gereğince zaten denetimi Türkiye Cumhuriyeti'nin ortak değerlerini taşıyan anayasa üzerinden yapmaktadır.⁷⁰⁹

2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle kabul edilen ve 2012 yılından itibaren uygulamaya koyulan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı kapsamında, AİHM içtihatlarının uygulanması bakımından Anayasa Mahkemesi önemli bir rol üstlenmiştir.⁷¹⁰ Özellikle ifade özgürlüğünün demokratik toplumun yapı taşlarından biri olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi AİHM içtihatlarıyla paralel şekilde ilerlemektedir. AİHM tarafından kabul edilen takdir marjı doktrini, Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda da kendini göstermektedir. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahaleyi değerlendirirken devletin bir takdir marjı olduğunu kabul etmiştir.⁷¹¹

Anayasa Mahkemesi tarafından takdir marjı doktrininin değerlendirildiği *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Anayasa Mahkemesi içtihatları bakımından önemli bir yere sahiptir. Söz konusu başvuruda, başvuruçulardan Can Dündar, Cumhuriyet gazetesi genel yayın yönetmeni, Erdem Gül ise, aynı gazetenin Ankara temsilcisidir. Başvuru, 2014 yılında Hatay ve Adana'da silah yüklü olduğu iddiasıyla bazı tırların durdurulması ve aranmasına ilişkin yapılan haberlere ilişkindir. Kamuoyunda tartışma konusu olan bu husus öncelikle Aydınlık gazetesinde, yaklaşık 6 ay sonra da

⁷⁰⁷ AİHM, ortak bir temelin olduğu konularda devletlerin takdir marjlarını daha dar tutarken, ortak temelin oluşmadığı konularda ise devletlerin takdir marjlarının daha geniş olduğunu kabul etmektedir. bkz. yukarıda dn. 547.

⁷⁰⁸ Bkz. yukarıda dn. 581.

⁷⁰⁹ Şirin, s. 390.

⁷¹⁰ Murat Şen/Recep Kaplan, T.C Anayasa Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti, Ankara, 2017, s. 22.

⁷¹¹ Örn, Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014, par. 51; Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015; par. 72; İsa Yağbasan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1481, Karar Tarihi: 20.11.2014, par. 63.

başvurucuların çalıştığı gazetede haber olarak yayınlanmıştır.⁷¹² Cumhuriyet gazetesinde söz konusu haberin yayınlanmasından sonra Cumhuriyet Savcılığı tarafından başvurucular aleyhine ‘devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme’ ve ‘gizli kalması gereken bilgileri açıklama, ‘terör örgütünün propagandasını yapma’ suçlarından soruşturulma başlatılmış ve başvurular aleyhine tutuklama kararı verilmiştir.⁷¹³

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bu başvuruyu ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirirken, halkın kamuoyu oluşturması bakımından basın özgür olmasının demokratik toplum için önemini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, AİHM’le paralel olarak, milli güvenlik gibi konularda devletin hakkın sınırlanmasında takdir marjının geniş olduğu kabul edilse de, sınırlamanın ölçülü olması gerektiğini belirtmiştir.⁷¹⁴ Bu kapsamda somut olayı değerlendiren Anayasa Mahkemesi, başvurucuların tutuklanmasının tek gerekçesinin başvuruya konu haberlerin yayınlanması olması ve haberin altı ay önce başka bir gazetede zaten yayınlanarak kamuoyuna sunulması sebebiyle müdahalenin ölçülü olmadığını belirterek, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷¹⁵

Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilen *Özkan Kart*⁷¹⁶ *Başvurusunda*, cezaevinde bulunan başvuru, odasında 10 kitaptan fazla kitap bulundurmasına izin verilmediğini ve bu sebeple görüş alıp verme ve kanaat oluşturma kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.⁷¹⁷ Anayasa’nın 26’ncı maddesinde düzenlenen ‘Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti’ ve Anayasa’nın 13’üncü maddesinde düzenlenen ‘temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması’ başlıklı hükümler gereğince, ifade özgürlüğünün mutlak değil sınırlandırılabilir bir hak olma özelliği de dikkate alınarak, hakka yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendiren mahkeme, müdahale ile hak arasında makul bir denge

⁷¹² Söz konusu gazete haberi, “İşte Erdoğan’ın Yok Dediği Silahlar” ve “Erdoğan’ın ‘Var ya da Yok’ Dediği MİT tırlarındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma Var Dedi” başlıklarıyla yayınlanmıştır.

⁷¹³ Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, Başvuru No:2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, par. 12-16.

⁷¹⁴ Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, Başvuru No:2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, par. 89-90.

⁷¹⁵ “Benzer bir haberin başka bir gazetede onaltı ay önce yayımlandığı gözetilmeden ve başvuruya konu haberle ilgili soruşturma başlatılmasından yaklaşık altı ay geçtikten sonra başvurucular hakkında tutuklama tedbirine başvurularda ifade ve basın özgürlüklerine müdahale edilmesinin hangi “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”tan kaynaklandığı ve millî güvenliğin korunması bakımından demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.” Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, Başvuru No:2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, par. 97-98.

⁷¹⁶ Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014.

⁷¹⁷ Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014, par. 16.

kurma hususunun öncelikli olarak devlete ait olduğunu ve devletin bu konuda bir takdir marjı olduğunu belirtmiştir.⁷¹⁸ Anayasa mahkemesi yapılan müdahalede devletin takdirinin genişliğini incelerken, pek çok unsurla birlikte özellikle faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına dikkate almıştır.⁷¹⁹

Söz konusu olayda mahkeme, yapılan müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında ağır bir müdahale olmadığı gerekçesiyle müdahalenin ölçülü bulunduğunu ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁷²⁰ AİHM'in ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, özellikle zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması halinde ihlal olarak kabul edilmeyeceğine hükmeden kararları ışığında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu karar, devletin takdir marjını çok fazla genişletmiş ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı hususunun doğru değerlendirilmediği sonucuna varılmıştır.⁷²¹

Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin bir diğer kararı olan *Bejdar Ro Amed*⁷²² Başvurusunda, ifade özgürlüğüyle ilgili geniş bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu başvuruda başvuru, hükümlü olduğu cezaevinde kaleme aldığı '*Demokratik Siyaset ve Özgür Toplum*' isimli kitap taslağını cezaevi dışına çıkartarak basılmasını talep etmiştir ancak kitap taslağının bazı bölümlerinde terör propagandası yapıldığı gerekçesiyle bu talebi reddedilmiştir.⁷²³

Anayasa Mahkemesi başvuruya ilişkin yaptığı incelemede, temel hak ve özgürlüklerden biri olan ifade özgürlüğünün Anayasa'da yer alan sınırlama rejimine tabi olduğu, ancak bu sınırlamanın da sınırı olduğunu söylemiş, ifade özgürlüğünün

⁷¹⁸ "Anayasa Mahkemesi kendi takdirini davada uygulamadan önce, müdahale ile hak arasında makul bir denge kurma konusunun, öncelikle kamu gücünü kullanan makamlara ait olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu konuda devletin bir takdir yetkisi olduğu açıktır." Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014, par. 51.

⁷¹⁹ Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014, par. 51.

⁷²⁰ Mahkeme, kitap sınırlaması sebebiyle araştırma ve incelemelerinin engellendiğini belirtmiş ancak bu araştırma ve incelemelerinin kapsamı ve önemiyle ilgili herhangi bir açıklama yapmadığı gerekçesiyle hakkın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Özkan Kart Başvuru, Başvuru No: 2013/1821, Karar Tarihi: 05.11.2014, par. 55-56.

⁷²¹ Müdahalenin gerekli olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılıyor olması gerekmektedir. Silver/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5947/72, Karar Tarihi: 25 Mart 1983, par. 97

⁷²² Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015.

⁷²³ Bafra T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu Başkanlığının 15.08.2013 tarihli tutanağına göre, kitabın sakıncalı bulunan bazı bölümleri şu şekildedir: "Özgür Yaşam Bilgesinin toplumlara ve toplumumuza önerdiği model ve yöntem gıdasını böylesi bir tarihsel perspektiften almaktadır. Dolayısıyla bu yöntem halkımıza ve yaşadığımız ülke Kürdistan için olduğu kadar tüm halklar, diller, kültürler, dinler için de geçerlidir. Bu örgütlenme modeliyle halkımız, dilleriyle kültürlerini, renkleriyle inançlarını en zengin halleriyle yaşayacak ve en güçlü konumlarına ulaşacaklardır. (sayfa 40), "Sağlam dirayetli, inançlı ve hedefli yaşam duruşlarının kendisi bile başlı başına her alanda dilden dile dolaşan propaganda faaliyeti olur. Mazlumlar, Hayriler, Kemal Pirler, Agitler, Zilanlar, Samalar, viyanlar ve nice eşsiz özgür yaşam değerleri böylesi duruşların abideleridir. (sayfa 124)." Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 21.

demokratik düzenin gereklerinden biri olduğunu, sınırlamaların hakkın özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiremeyeceğini ve bu hakka yapılacak müdahalenin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁷²⁴ Yine mahkeme, somut olayı değerlendirirken, kamu makamlarının takdir marjını dikkate alarak⁷²⁵, ifadenin türüne göre, tarihsel, sosyolojik ve siyasal meselelerle ilgili olan ifadelerin ve özellikle siyasal veya toplumsal sorunlara ilişkin ifadelerin takdir marjı kapsamında dar yorumlanması gerektiğini; diğer yandan ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik içeren ifadeler bakımından ise devletin takdir marjının geniş tutulduğunu belirtmiştir.⁷²⁶ Mahkeme tarafından değerlendirilen ve AİHM içtihatlarıyla da paralel olan⁷²⁷ bir diğer husus ise, söz konusu ifadenin geniş bir kitleye mi yoksa daha dar bir kitleye mi hitap ettiği hususudur. Gerçekten de mahkeme, ifade aracının kitle iletişim aracı olmaması sebebiyle halkın daha dar bir kesimine hitap ettiğini belirtmiştir.⁷²⁸

Mahkemeye göre, başvuruya konu kitap, yazarın bakış açısını tarih, özgür toplum, insan hakları gibi temalarla açıklamış ve söz konusu ifadeler şiddete veya kine teşvik etmeyip, cezaevi güvenliği bakımından herhangi bir tehdit oluşturacak nitelikte ifadeler değildir ve bu sebeple de devletin bu ifadelere ilişkin takdir marjının dar yorumlanması gerekmektedir.⁷²⁹ Söz konusu kitapta başvuru, yalnızca kendine göre ideal bir toplum yaratmış ve bundan bahsetmiştir. Tüm bu sebeplerle de mahkeme, söz konusu başvuruda, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, yukarıda özetlenen kararların aksine, AİHM içtihatlarıyla paralel olarak, söz konusu ifadenin niteliği, ifade ediliş biçimi, hitap ettiği kesim gibi özelliklerine bakarak değerlendirme yapmış ve devletin takdir marjını dar yorumlamıştır. Genel olarak AİHM kararlarında terör propagandalarına ilişkin kararlarda devlete geniş bir takdir marjı bıraksa da, mahkemenin öncelikli olarak baktığı husus, ifadelerin gerçekten terör propagandasını içererek, şiddet, kin veya nefrete teşvik edip etmediğidir. Söz konusu davada da, kamu makamlarının belirttiği gibi, bir terör propagandası olup olmadığını inceleyen Anayasa Mahkemesi, ifadelerin toplumsal ve

⁷²⁴ Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 45.

⁷²⁵ Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 70.

⁷²⁶ Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 71-72.

⁷²⁷ Bkz. Alınak/Türkiye Kararı, yukarıda s. 118.

⁷²⁸ Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 78.

⁷²⁹ “Başvurucunun yayımlamak istediği kitap gibi düşünce açıklamalarının sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir. Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez.” Bejdar Ro Amed Başvurusu, Başvuru No: 2013/7363, Karar Tarihi: 16.04.2015, par. 82.

siyasal bir husus olduğu ve bu gibi konularda devletin takdir marjının dar yorumlanması gerektiğini belirterek, AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir karar vermiştir.

*Tuğrul Culfa*⁷³⁰ Başvurusunda, başvuru sendikal faaliyetleriyle ilgili gazetelere yaptığı açıklamalar sebebiyle hakkında açılan manevi tazminat davası sonucunda tazminat ödemesine hükmedilmiş ve başvuru Anayasa Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkı, sendika hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur. Söz konusu olayda Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası'nda faaliyet gösteren başvuruçunun, Çankaya Milli Piyango Anadolu Lisesi'nde meydana gelen kurşun döktürme olayı hakkında, eğitim sorunlarının bilimsel yollar yerine hurafe yaklaşımlarıyla çözülmesinin kabul edilemez olduğunu ve bu şekilde çözüm arayanlar hakkında bakanlık tarafından soruşturma açılması gerektiğini belirten açıklamaları ulusal yayın yapan bazı gazetelerde yayınlanmıştır. Bu gazete haberleriyle ilgili hakkında dava açılan başvuru, kişilik haklarına saldırı kapsamında tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.⁷³¹

Mahkeme, önüne gelen bu davada, incelemeyi bir bütün olarak ifade özgürlüğü kapsamında yapmayı ve müdahalenin başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacına uygun olup olmadığının değerlendirilmesini uygun görmüştür.⁷³² Mahkeme, AİHM içtihatlarında da belirtilen, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu belirterek, sadece zararsız veya lehte görüşlerin değil, aynı zamanda şok edici veya rahatsız edici düşüncelerin de koruma kapsamında olduğunu kararında yinelemiştir.⁷³³ İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devletlere tanınan takdir marjının kabulüyle birlikte, bu takdirin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğunu ve yapılacak değerlendirmenin her somut olay için ayrıntılı olması gerektiğini belirtmiştir.⁷³⁴

Mahkeme söz konusu başvurunun demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük ölçütlerine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapmıştır. Buna göre,

⁷³⁰ Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015.

⁷³¹ Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 6-15.

⁷³² Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 19.

⁷³³ Örn, AİHM Handyside/Birleşik Krallık Kararı, par. 49; Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 29.

⁷³⁴ “Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.” Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 31.

başkalarının şeref ve itibarın korunması hakkı⁷³⁵ ile ifade özgürlüğünün korunması arasında makul bir dengenin kurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda mahkeme, bu dengenin kurulması için AİHM tarafından oluşturulan bazı ölçütlere atıf yaparak, konuyu incelemiştir.⁷³⁶ Söz konusu ölçütler kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir ifadenin kamuyu bilgilendirme değerinin veya o ifadedeki kamu yararı ne kadar fazla ise, o ifadenin korunması da o kadar geniş olmalıdır.⁷³⁷ Bu kapsamda, söz konusu ifadenin davacının kariyerini ve özel yaşantısını ne derece etkilediğinin gösterilmemesi ve kamu yararı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ifade olması sebebiyle mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.⁷³⁸

Anayasa Mahkemesi bu kararında kişilik hakları çerçevesinde kişinin şeref ve itibarının korunması ile ifade özgürlüğünün korunması arasında makul bir dengenin kurulmasını incelemiş ve AİHM içtihatlarıyla paralel olarak kamu yararını ilgilendiren ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının öncelikli olduğuna hükmetmiştir. Gerçekten de, gerek AİHM içtihatlarında gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin meşru sebeplerin her biri ayrı ayrı değerlendirilerek, hepsi için devletin takdir marjı farklı yorumlanmaktadır. Bu kapsamda, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru sebebi kamuyu ilgilendiren bir hususla karşı karşıya kaldığında, devletin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin takdir marjının dar olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁷³⁹

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ifade özgürlüğü kararları incelendiğinde, istisnalar olmakla birlikte, genelde takdir marjı doktrinine ilişkin AİHM içtihatlarıyla

⁷³⁵ AİHS tarafından kabul edilen başkalarının şöhret ve ahlakının korunması meşru sebebi, Anayasanın 17'inci maddesinde düzenlenen 'manevi varlık' başlıklı, 'devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.' hükmüne denk gelmektedir.

⁷³⁶ AİHM tarafından geliştirilen söz konusu ölçütler, ifadenin genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi, kişinin yayından önceki davranışı, bilginin doğruluğu ve elde ediliş biçimi, yayının içeriği ve yaptırımın ağırlığıdır. Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 40; AİHM Axel Springer AG/Almanya Kararı, Başvuru No:39954/08, Karar Tarihi: 07.02.2012.

⁷³⁷ *"Başvurucunun söz konusu gazete haberinde dile getirdiği düşüncelerin olgular temelinde gelişen genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sunduğu ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçtiği kabul edilmelidir."* Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No: 2013/2593, Karar Tarihi: 11.03.2015, par. 56.

⁷³⁸ Söz konusu ihlal kararı oy çokluğuyla verilmemiş olup, bir üyenin muhalefet şerhiyle verilmiştir. Bu muhalefet oyuna göre, söz konusu ifadelerin hedef aldığı okul müdürünün okulda oluşan olaylarla ilgisi olmadığının dava kapsamında değerlendirilmeyerek ihlal kararı verildiği belirtilmiş ve kişinin kişilik haklarının ihlal edildiği ve bu sebeple de başvuranın ifade özgürlüğünün sınırını aştığı düşüncesini açıklamıştır.

⁷³⁹ Bkz. yukarıda dn. 630.

uyumlu kararlar verildiği gör÷lmektedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin meşru sebeplerin ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütünün devlet tarafından dar veya geniş yorumlanmasında söz konusu olan farklılık Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir.



SONUÇ

Geçmişten günümüze devletin ortaya çıkışı ve gelişimi sürecinde bireyin devlet içindeki yeri ve değeri, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması bakımından büyük öneme sahip olmuştur. Bu çerçevede, yakın geçmişte devlet iktidarının sınırlandırılmasıyla ortaya çıkan *insan hakları öğretisi*, ne devletin insan için var olduğu düşüncesini kavrayamamış İlk Çağ dünyasında ne de birey devlet ilişkisine İlk Çağ'a kıyasla nispi bir yumuşama getiren Orta Çağ'da ortaya çıkma imkânı bulmuştur.

Yönetim şekilleri ve iktidarın kaynağı ne olursa olsun, devletin bireyden üstün olduğu fikri Yeni Çağ'a kadar etkisini sürdürmüştür. Yeni Çağ ile birlikte, Rönesans'ın da etkisiyle bilim ve sanat fikirleri gelişmiş ve devletin sınırsız yetkisi sorgulanmaya başlanmıştır. Yeni Çağ'da düşünürlerin 'toplum sözleşmesi'yle devleti kurdukları fikri, bireyci bakış açısının ve iktidarın sınırlandırılması fikrinin gelişmesine ve insan haklarının oluşmasına temel oluşturmuştur. İnsanın, sırf insan olmak sıfatıyla, doğuştan bazı haklara ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara hiçbir zaman dokunulmayacağı temel fikrin bir sistem halinde ortaya çıkışı çok uzaklarda aranmamalıdır. Gerçekten, bir insan hakları doktrininin doğuşunu görebilmemiz için daha yakın zamanlara, hiç değilse 17. yüzyıla gelmemiz gerekir. 17. yüzyıla geldiğinde yerleşmiş olan bireyci bakış açısı, liberalizmle kendini göstermiş ve insanın doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin devlet tarafından hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı fikri savunulmuştur. 17. yüzyıldan itibaren tam olarak kendini gösteren temel hak ve özgürlükler, gerek devletlerin anayasalarında, gerekse uluslararası belgelerde kabul edilmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda kabul edilen ve koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden en önemlilerinden biri de, ifade özgürlüğüdür.

İnsanı diğer varlıklardan ayıran en temel özelliğin düşünebilme yeteneği olması, kişinin düşündüklerini serbestçe ifade edebilme özgürlüğüne sahip olmasının önemini göstermektedir. İfade özgürlüğü, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesinde büyük rol oynamasının yanında, sosyal, sanatsal, siyasal veya ekonomik alanda toplumsal gelişmenin sağlanması için de oldukça gereklidir. Bu kapsamda ifade özgürlüğü hem birey için hem de toplum için gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde korunması gereken bir temel hak konumundadır. İfade özgürlüğü, serbest tartışma ortamlarıyla kişilere kanaat oluşturma imkanı sağlaması bakımından da özellikle demokratik toplumların temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir.

Bugün pek çok uluslararası belge tarafından koruma altında olan ifade özgürlüğünün uluslararası düzeyde denetim mekanizmalarından en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle güvence altına alınan ve taraf devletlerce iç hukukta Sözleşmeye paralel düzenleme yapılan ifade özgürlüğü, haber alma, haber verme ve bilgi edinme, kanaat ve düşünce özgürlüğü ve kanaatlerin ve düşüncelerin açıklanması özgürlüğünü de kapsamaktadır.

Her temel hak gibi ifade özgürlüğü bakımından da en hassas husus, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Anayasada belirtilen sınırlama şartları, AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarıyla paralellik göstermektedir. Bu kapsamda AİHS'nin 10'ncu maddesinin 2'nci fıkrasında ve Anayasanın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının ancak maddede belirtilen meşru amaçlara bağlı ve demokratik bir toplumda gerekli olması halinde yasayla yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddelere göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için dayanılması gereken meşru amaçlar ise, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasını önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasıdır. Belirli sayıda olan bu meşru sebeplerden birinin varlığı tek başına hakkın sınırlandırılması için yeterli olmayıp, yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması ve yasayla öngörülmüş olması gerekmektedir.

AİHM, ifade özgürlüğünün temel hak ve özgürlükler arasındaki önemli konumu gereği, hakkın sınırlandırılması için öngörülen şartların varlığını önüne gelen her başvuru için özenle incelemektedir. Bu kapsamda, Mahkeme maddede sayılan sınırlama şartlarının geniş yorumlanması halinde hakkı tamamen ortadan kaldıracak veya hakka büyük ölçüde zarar verecek müdahalelerin önüne geçmek istemektedir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahaleler AİHM tarafından incelenirken 'takdir marjı doktrini'nden faydalanmaktadır.

AİHM içtihatlarıyla geliştirilen takdir marjı doktrini, AİHM tarafından devletlere kendi egemenlik alanları içerisinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için tanınmış bir serbesti olarak tanımlanmaktadır. Ancak AİHM'in devletlere tanıdığı bu alan sınırsız olmayıp, yine AİHM'in kendi belirlediği bazı şartlar dahilinde tanınmıştır. Bu doktrinle AİHM, taraf devletlere yüklediği temel hak ve özgürlüklerin korunması yükümlülüğünü ilk olarak devletin kendi yerine getirmesi

gerekliliğini belirterek, uluslararası denetim mekanizması olan Mahkemenin ikincil konumda olduğunu kabul etmektedir.

AİHM içtihatlarıyla oluşturulan takdir marjı doktrini, AİHS'in devletlere yüklediği insan haklarının korunması yükümlülüğünü denetleme yetkisine sahip olan AİHM'in ikincil konumda olduğunu kabul eden bir doktrindir. Gerçekten de, AİHM uluslararası düzeyde bir denetim mekanizması olarak, taraf devletlerin kendi egemenlik alanlarındaki insan haklarının korunmasını yükümlülüğünü ilk olarak devletlere bırakmaktadır. Takdir marjı doktrinin esasını oluşturan bu 'talilik' ilkesi gereği, her devletin kendi egemenlik alanındaki toplumsal koşullara daha hakim olması dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleleri öncelikli olarak değerlendirebileceği Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.

AİHM'nin takdir marjı doktrini kapsamında kabul ettiği bir diğer husus ise, hiçbir taraf devletin toplumsal, kültürel ve sosyal şartlarının birbiriyle aynı veya benzer olmadığıdır. 'Kültürel rölativizm' ilkesinin bir gereği olan takdir marjı doktrini, her hak bakımından yapılan sınırlamayı devletin kendi toplumsal, kültürel ve sosyal koşullarına göre en doğru değerlendirebilecek organın ulusal makamlar olduğunu kabul etmektedir.

İfade özgürlüğünün demokratik toplumların yapı taşlarından biri olduğunun kabulü, hakkın sınırlandırılmasının AİHM tarafından her başvuru için özenle incelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Mahkemenin ifade özgürlüğü kapsamında hassas inceleme yapmasının bir diğer nedeni ise, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama şartlarında devletlere geniş bir takdir marjı bırakılması halinde, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin diğer temel hak ve özgürlükleri de etkileme olasılığının bulunmasıdır. Gerçekten de, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devlete geniş bir takdir marjı bırakıldığı durumlarda, bireylerin din ve vicdan özgürlüğü, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü gibi temel haklarının da sınırlandırılma olasılığını ortaya çıkarmaktadır.

Mahkeme ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kararlarında meşru sebeplerle yapılan müdahalenin 'demokratik toplumda gerekli olup olmadığını' incelerken, söz konusu davaya neden olan ifadelerin niteliğine, kim tarafından ifade edildiğine, hangi kesime hitap ettiğine ve ifadenin içeriğine bakarak kapsamlı bir inceleme yapmaktadır. Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında özellikle vurguladığı en önemli husus, ifade özgürlüğünün koruma alanının sadece zararsız ve lehte ifadeler olmadığı, aynı zamanda rahatsız edici ve şok edici ifadelerin de koruma kapsamında olduğudur.

Bu kapsamda, Mahkeme özellikle dini veya ahlaki değerlerin ülkeden ülkeye değişebileceği gerekçesiyle bu tip ifadelerin sınırlandırılmasında devletlere geniş bir takdir

marjı bırakmaktadır. Diğer yandan, Mahkeme söz konusu ifadenin geniş bir kitleye mi yoksa dar bir kitleye mi hitap ettiğini de incelemektedir. Örneğin, roman veya konferans gibi sınırlı sayıda kişiye hitap eden ifadelerin koruma alanı, gazete gibi daha geniş kitleye hitap eden ifade araçlarına göre daha fazla olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme ifadenin kime yöneldiği hususuna da önem vermektedir. Siyasi ifadelerle ilgili verilen pek çok kararda demokratik toplumların etkili bir şekilde kamuoyu oluşturabilmelerini sağlamak için, özellikle siyasi iktidarların normal bir vatandaşa hatta bir politikacıya göre eleştirilere çok daha fazla tolerans göstermesi gerektiğinin altını çizmiştir. Yine Mahkeme, söz konusu ifadenin kamuoyunu ilgilendiren bir ifade olması halinde de devletin takdir marjını daha dar tutmaktadır.

İfade özgürlüğünün sınırlanması için gereken ‘*sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olması*’ şartı kapsamında devletin takdir marjını inceleyen Mahkeme, her bir meşru sebep için farklı değerlendirme yapmaktadır. İfade özgürlüğü için öngörülen meşru sebepler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasını önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasıdır. Bu kapsamda, Mahkeme bazı meşru sebepler için devletlere geniş bir takdir marjı tanıırken, bazı meşru sebepler için ise dar bir takdir marjı tanımaktadır.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ‘ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması’ ve ‘kamu güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi’ meşru sebepleriyle yapılan sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirme yaparken, devlete geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Bunun temel sebebi, her devletin kendi egemenlik alanındaki güvenliğin ve toprak bütünlüğünün sağlanmasında Mahkemeden daha iyi değerlendirme yapabilecek konumda olmasıdır.

Mahkeme ‘başkalarının şöhret ve ahlakının korunması’ meşru sebebiyle yapılan müdahaleleri incelerken, ülke güvenliğinin sağlanması için öngördüğü geniş takdir marjını daha dar tutmaktadır. Özellikle kamuoyunu ilgilendiren meselelerle ilgili basının bilgi verme yükümlülüğünü de göz önüne alan Mahkeme, dava konusu ifadelerin şiddete veya kine teşvik edici nitelikte olmadığına tespit edildiği davalarda devletin kendilerine bırakılan takdir marjını aştığı tespitini yaparak ihlal kararı vermektedir.

‘Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması’ meşru sebebine ilişkin müdahaleler, özellikle yargı faaliyetinin toplumsal güven sağlamasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda Mahkeme, toplumsal güveni sağlayan yargının temelsiz eleştirilere maruz kalmasını önlemesi amacıyla devlete bir takdir marjı bırakmıştır. Bu kapsamda Mahkeme için asıl önemli olan husus, ‘yargının otorite ve tarafsızlığının korunması’ meşru sebebi ile ‘basının toplumu bilgilendirme yükümlülüğü’ arasında bir denge kurmasıdır. Gerçekten de yargı faaliyetlerinin genellikle basın yoluyla kamuya açıklanması nedeniyle, Mahkeme her somut olayda hangi menfaatin korunması gerektiğini incelemektedir.

Mahkeme Türkiye’deki ifade özgürlüğünü incelerken, özellikle Türkiye’nin terörle mücadele ettiği dönemlere ilişkin başvurularda hakkın sınırlandırılmasında devletin geniş takdir marjının varlığını vurgulamaktadır. Bu kapsamda Mahkemenin, taraf devletin kendi ülkesindeki güvenliği sağlarken ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin ihlal olarak nitelenmesi için yapılan müdahalenin gerekli ve ölçülü olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. ‘Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu güvenliğinin korunması ile kamu düzeninin sağlanması’ ve ‘suç işlenmesinin önlenmesi’ meşru sebeplerine ilişkin müdahalelerin ‘demokratik toplumun gereklerine’ uygun olup olmadığının tespitinde Mahkemenin devlete geniş takdir marjı bırakmasının temel sebebi ise, devletin ülkesindeki durumla ilgili Mahkemeye göre çok daha fazla bilgi sahibi olmasıdır.

Mahkemenin devletlere bıraktığı bu takdir marjı Sözleşmenin devamlılığı ve her devletin toplumsal koşullarını göz önüne alması bakımından önem arz etmektedir. Bununla birlikte, takdir marjının doktrinde sınırlarının tam olarak belirlenmemiş olması, devletlere ifade özgürlüğünü keyfi sınırlama imkânı vermektedir. Bu nedenle, devletin ifade özgürlüğünü takdir marjı kapsamında hangi şartlarda sınırlandırılabileceğinin tam olarak sınırının çizilmesi, hakka keyfi müdahale yapılmasının önüne geçecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin Vural; **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- AKIN, İlhan F.; **Kamu Hukuku**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1966.
- ALATLI, Alev; **Batı'ya Yön Veren Metinler III**, Melisa Matbaacılık, İstanbul, 2010.
- ALDIKAÇTI, Orhan; **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982.
- AYBAY, Rona; **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- BAĞDATLI, Selahattin; **Hukuk Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul, 2010.
- BAŞARAN, Pelin/KARAN, Ulaş; **Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul, 2016.
- BODİN, Jean; **Devletin Altı Kitabı**, tarih yok.
- CANSEL, Erol/ÖZER, Çağlar; **Hukuk Başlangıcı**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- CEVİZCİ, Ahmet; **Felsefenin Kısa Tarihi**, 3. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2015.
- CONWAY, David; **Klasik Liberalizm**, Çeviren Atilla Yayla. Liberte Yayınları, İstanbul, 2013.
- COŞKUN, Vahap; **İnsan Haklarının Evrenselliği ve Liberal Perspektif**, Liberte Yayınları, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, İlyas; **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt 2, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013.
- DUTERTRE, Gilles; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, AVRUPA KONSEYİ YAYINLARI, ANKARA, 2003.
- ERDEM, Bora; **Avrupa Standartlarına Göre Türkiye'de Basın Özgürlüğü**, Cinius Yayınları, İstanbul, 2017.
- EREN, Abdullah; **Ulusal İnsan Hakları Kurumları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GEMALMAZ, Burak; **Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi-Sınırlama ve Güvence İlkeleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, İstanbul, 2013.

- GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014.
- **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÜRİZ, Adnan; **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009.
- HOBBS, Thomas; **Leviathan**, 1993.
- İŞIKTAÇ, Yasemin; **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; **Özgürlükler Hukuku 1**, 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2013.
- KAPANI, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981.
- KAYA, İbrahim; **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2016.
- KUBALI, Hüseyin Nail; **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1971.
- KÜÇÜK, Adnan; **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, Ankara, 2003.
- MACHIAVELLI, Niccolo; **Prens**, Çev. Kemal Atakay, Can Yayınları, Haziran, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de; **Kanunların Ruhu**, Çeviren Berna Günen, 2017.
- MUMCU, Ahmet/KÜZECİ Elif; **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- PLATON; **Devlet**, Çev. Cenk Saraçoğlu ve Veysel Atayman, Bordo Siyah Yayınları, İstanbul, 2005.
- ROUSSEAU, Jean Jacques; **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2017.
- SUNAY, Reyhan; **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, Ankara, 2001.

- ŞEN, Murat/KAPLAN, Recep; **T.C Anayasa Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti**, Ankara, 2017
- TANJU, Erhan; **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2016.
- TİVŞEK, Özkan; **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir, 1982.
- TOK, Nafiz/KOÇAL, Vedat; **Anarşizm, Dünyada ve Türkiye'de Siyasal İdeolojiler**, Orion Kitabevi, Ankara, 2013.
- TRAGER, Robert; **21. Yüzyılda İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, Ankara, 2003.
- TUNAYA, Tarık Zafer; **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1980.
- UYGUN, Oktay; **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kamu Hukuku İncelemeleri - İnsan Hakları Kuramı**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.
- YALÇINKAYA, Ayhan/AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali; **Siyasi Düşünceler Tarihi**, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Yayını, Eskişehir, 2013.
- Makaleler**
- ARSLAN, Kahan Onur; "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, 2015.
- ATAKAN, Arda; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, 2014, İstanbul, ss. 29-36.
- BOZKURT, Tamer; "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle 'Sözleşme Hürriyeti'", **Hukuk Gündemi Dergisi**, no. 9, Ankara, 2008, ss. 144-153.
- ÇAKAR, Ayşen Seymen; "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", **3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, İstanbul, 2013.
- ÇEBİ, Sezgin Seymen; "İfade Özgürlüğü ve Yeni Anayasa", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Antalya, 2013, ss. 125-147.
- ÇOBAN, Ali Rıza; "Strasbourg'da Herküllere İhtiyaç Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, Ankara, 2008, ss. 187-223.

- DEMİR, Esra; "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 3 İstanbul, 2008, ss. 209-242.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 25, Ankara, 2016, ss. 11-29.
- GÖKTEPE, Hüseyin; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 25, Ankara, 2016, ss. 169-211.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; "Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları", **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, Ankara, 1982, ss. 149-154.
- GÖREN, Zafer; "Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 12, İstanbul, 2007, ss. 39-59.
- GÖZLER, Kemal; "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, Ankara, 2001, ss. 53-67.
- "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var Mıdır?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 55-3, Ankara, 2000, ss. 82-101.
- GREER, Steven; "Universalizm and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture", **Human Rights between Law and Politics the Margin of Appreciation in Post-National Context**, Peth Agha, Hart Publishing, North America, 2017.
- GÜLTEKİN, Metin; "İbni Haldun, Modernlik ve Modern Sosyoloji", **The Journal of Academic Social Science Studies**, S. 51, Elazığ, 2016, ss. 277-293.
- GÜNGÖR, Celalettin; "Mersilius'un Siyaset Kuramı: Defensor Pacis Üzerine", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 4, Ankara, 2011, ss. 327-378.
- HACİFEVZİOĞLU, Ahmet Umut; "Padovalı Marsilius'da İktidarın Dünyeviliği", **Kilikya Felsefe Dergisi**, S. 3, Mersin, 2017.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, ss. 18-40.
- HAYEK, Friedrich August von; "Liberalizm", **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 14, S. 55, Ankara, 2009, ss. 197-224.

- KARAÇAĞLAYAN, Metin; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyetinin Sınırlanması", **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 2007, ss. 101-118.
- KARAGÖZ, Yıldız, "Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük", **C.Ü Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 26, Sivas, 2002, ss. 267-295.
- KÜZECİ, Elif; "AİHS'in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 7, Ankara, 2007, ss. 174-200.
- ÖZBEY, Özcan; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 106, Ankara, 2013, ss. 42-92.
- ÖZDEMİR, Ali; "'Kamu Düzeni ve 'Kamu Yararı' Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım", **International Journal of Legal Progress**, C. 2, S. 2, 2016, ss. 78-115.
- ÖZER, Atilla; "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 20, Ankara, 2003, ss. 187-194.
- ÖZKAN, Salih; "İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Kuşak Sınıflandırması.", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Antalya, 2015, ss. 111-126.
- SAĞLAM, Mehmet; "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum**, Antalya, 2002.
- SAYGILI, Abdurrahman; "Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 63, Ankara, 2014, ss. 185-198.
- SMET, Stijn; "When Human Rights Clash in 'The Age of Subsidiarity' What Role for The Margin of Appreciation?", **Human Rights Between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Context**, Peth Agha, Hart Publishing, Nort America, 2017.
- ŞAHİN, Eyüp; "Platon ve Farabi'de Aristokrasi", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2010, ss. 111-130.
- ŞİRİN, Tolga; "Takdir Marjı Doktrini ve Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, İstanbul, 2013, ss. 359-399.

TSARAPATSANİS, Dimitrios; "The Margin of Appreciation as an Underforcement Doctrine", **Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Context**, Peth Agha, Hart Publishing, North America, 2017.

TÜMAY, Murat; "The Margin of Appreciation Doctrine Developed By The Case Law of The European Court of Human Rights", **Ankara Law Rewiev**, C. 5, S. 2, Ankara, 2008, ss. 201-234.

TÜRMEN, Rıza; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", **Yargıtay Dergisi**, C.28, S. 1-2, Ankara, 2002, ss. 192-213.

UZUN, Ertuğrul; "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", **Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 2, Malatya, 2003, ss. 19-23.

YILDIRIM, Yakup; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 28, Ankara, 2016, ss. 447-470.

YILMAZ, Didem; "Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Arasında İnsan Hakları" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 3 İstanbul, 2014, ss. 230-241.

YÜCEL, Yonca F.; "Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme", **TBB Dergisi**, S. 91, Ankara, 2010, ss. 335-357.

Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri

BAHÇE, Ahmet; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Zirve Üniversitesi, Gaziantep, 2015.

BALOĞLU, Çiğdem; "İfade Özgürlüğü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli, 2006.

ERKAL, Özlem; "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Devletlerin Takdir Marjı Doktrini", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2015.

KARAGÖZ, Kasım; "İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2004

KILDAN, İsmail Turgut; "Türk Anayasa Yargısında Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Karşılaştırılması", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2008

KILIÇ, Halil İbrahim; "Temel Hak Ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı Ve Hakkın Özü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2012.

TOPAL, Abdullah; "1982 Anayasa'sında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu, 2009.

YUSİFLİ, Shahriyar; "Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2015.

ZARPLI, Çağdaş; "İfade Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırları", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dumlupınar Üniversitesi, Kütahya, 2008.

İnternet Kaynakları:

AKGÜL, Osman; "Sosyal Devletin Evimi, Türkiye’de Sosyal Devlet Teoride mi, Pratikte mi?" https://www.academia.edu/19607825/Sosyal_Devletin_Evrimi_-_T%C3%BCrkiyede_Sosyal_Devlet_Teoride_mi_Pratikte_mi?auto=download (e.t.: 27.12.2017).

DAL, Yeşim Özer; "Liberal Eşitlik Anlayışı ve Uluslararası Mekanizmalar", <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7186> (e.t.: 26.12.2017).

GÜN, Mahir; "Sosyalist Düşünce Yönetimi", https://www.academia.edu/19820442/Sosyalist_Y%C3%B6netim_D%C3%BCncesi (e.t.: 31.08. 2018).

EMİNİ, M. Emin; "Hak Kavramı", dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/705/657 (e.t. 02.11.2017).

GÜLSEVER, Abdullah; "İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm", https://www.academia.edu/30669740/%C4%B0NSAN_HAKLARI_ve_K%C3%9CLT%C3%9CEL_R%C3%96LAT%C4%B0V%C4%B0ZM (e.t. 17.05.2018).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri", <http://ibrahimkaboglu.org/dayanisma-haklari-nin-hukuksal-degeri-soyut-talepleri-mi-insan-haklari-mi.html/> (e.t.: 24.01.2017).

KILIÇ, Yavuz; "Hobbes, Locke Ve Rousseau’da “Doğa Durumu” Düşüncesi”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/219966> (e.t. 19.12.2017).

ÖZMAN, M. Aydoğan; “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/338/3469.pdf> (e.t. 03.05.2018).
ŞİMŞEK, Merve; “Orta Çağ’da İnsan Hakları Düşüncesi”, https://www.academia.edu/32587731/ORTA%C3%87A%C4%9EDA_%C4%B0NSAN_HAKLARI_D%C3%9C%C5%9E%C3%9CNCES%C4%B0 (e.t.25.08.2017).

İnternet Siteleri ve Veri Tabanları:

www.coe.int

www.tdk.gov.tr

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Akdaş/Türkiye, 41056/09, 16.02.2010.
Alnak/Türkiye, 40287/98, 29.03.2005.
Alnak/Türkiye, 40287/98, 29.03.2005.
Arslan/Türkiye, 23462/94, 06.06.1999.
Asan/Türkiye, 28582/02, 27.11.2007.
Axel Springer AG/Almanya, 39954/08, 07.02.2012.
Aydın Tatlav/Türkiye, 50692/99, 02.08.2006.
Castells/İspanya, 11798/85, 23.04.1992.
Castells/İspanya, 11798/85, 23.04.1992
Chorherr/Avusturya, 13308/87, 25.08.1993.
Dilek Aslan/Türkiye, 34364/08, 20.10.2015.
Dilipak/Türkiye, 29680/05, 15.09.2015.
Dink/Türkiye, 7124/09, 14.09.2010.
Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 24.02.1983.
Düzgören/Türkiye, 568227/03, 09.11.2006.
E.K./Türkiye, 28496/95, 07.02.2002.
Erdoğan/Türkiye, 39656/03,13.01.2013.
Faruk Temel/Türkiye,16853/05, 01.02.2011.
Gerger/Türkiye, 24919/94, 08.07.1999.
Görmüş ve Diğerleri/Türkiye, 49085/07, 19.01.2016.
Halis Doğan/Türkiye, 4119/02, 10.10.2006.
Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72. 07.12.1986.
Haydar Yıldırım ve Diğerleri Kararı, 42920/98, 15.07.2014.
Hocaoğulları/Türkiye, 77109/01, 07.03.2006.

İ.A/Türkiye, 42571/98, 13.12.2005.
İrfan Bilgiç/Türkiye, 25659/94, 17.07.2001.
Karataş/Türkiye, 23168/94, 08.07.1999.
Kayasu/Türkiye, 64119/00 ve 76292//01, 13.11.2008.
Kutlular/Türkiye, 73715/01, 29.04.2008.
Langner/Almanya, 14464/11, 17.09.2015.
Lawless/İrlanda, 332/57, 01.07.1961.
Lesnik/Slovakya, 35640/97, 11.03.2003.
Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 29.06.2004.
Lingens-Avusturya, 9815/82, 08.07.1986.
Müller ve Diğerleri/İsviçre, 10737/84, 24 Mayıs 1988.
Müslüm Gündüz/Türkiye, 35071/97, 04.12.2003.
Norris/İrlanda, 10581/83, 26.10.1988.
Observer-Guradian/Birleşik Krallık, 13585/88, 26.11.1995.
Olsson/İsveç, 13441/87, 24.03.1988.
Pentikänen/Finlandiya, 11882/10, 20.10.2015.
Poyraz/Türkiye, 15966/06, 07.12.2010.
RTBF/Belçika, 50084/06, 15.09.2011.
Saygılı ve Diğerleri/Türkiye, 19353/03, 08.01.2008.
Silver/Birleşik Krallık, 5947/72, 25.03.1983
Skalka/Polonya, 43425/98, 27.05.2003.
Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979,
TBKP/Türkiye, 133/ 1996/ 752/ 951, 30.01.1998
Throgeir Throgeirson/İzlanda, 13778/88, 25.06.1992.
Tuşalp/Türkiye, 32131/08 - 41617/08, 21.02.2012.
Vereniging Weekblad/Hollanda, 16616/90, 09.02.1995.
Von Hannover/Almanya, 40660/08, 07.02.2012.
Worm/Avusturya, 83/1996/702/894, 29.08.1997.
Zana/Türkiye, 18954/91, 25.11.1997.
Anayasa Mahkemesi Kararları
Bejdar Ro Amed, 2013/7363, 16.04.2011.
Bekir Coşkun, 2014/12151, 04.06.2015.
Erdem Gül ve Can Dündar, 2015/18567, 25.02.2016.
İsa Yağbasan ve Diğerleri, 2013/1481, 20.11.2014.

Özkan Kart, 2013/1821, 05.11.2014.

Tuğrul Culfa, 2013/2593, 11.03.2015.



EK-1: Etik Kurulu Onay Belgesi

[illegible]