

- Araştırma Makalesi -

**#YARIŞ(A)MAYAN İLKELER: TÜRKİYE ANAYASA
MAHKEMESİNİN POLİTİK İFADELER BAĞLAMINDA ADİL
DENGE SORUNU***

*(PRINCIPLES THAT CAN NOT COMPETE: THE BALANCING PROBLEM OF THE
TURKISH CONSTITUTIONAL COURT ON POLITICAL EXPRESSIONS)*

Necdet Umut Orcan**

ÖZ

Türkiye Anayasa Mahkemesi, özellikle iki veya daha fazla temel hakkın çatışmasını içeren başvurular olmak üzere önüne gelen pek çok başvuruda bir ölçülülük incelemesi yapmaktadır. Kural olarak ölçülülük incelemesi, her olay için yeniden ve somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak yapılmaktadır. Ölçülülük değerlendirmesinin somut olayların özgü koşullarına bu derece bağlı olmasının, ölçülülük testi sonucunda geçmişte ve gelecekte verilen kararlar arasında bir içtihat tutarlılığı gözetilmesini zorlaştırdığı söylenebilir. Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesinin ölçülülük testi uygulamasındaki tutarsızlıklar, bu zorlukla açıklanabilecek düzeyde seyrek veya küçük farklılıklar olarak karşımıza çıkmamaktadır. Somut olaya özgü farklılıkların çok az olduğu iki son derece benzer olayda dahi Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçlar, ve hatta kararlarda kullandığı kriterler, çok büyük farklılıklar gösterebilmektedir. Bu farklılıklara ilişkin ise çoğu zaman Mahkeme tarafından yeterli gerekçe sunulmamaktadır. Benzer olayların yeterince gerekçelen-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 23.06.2020 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 30.06.2020 tarihinde birinci hakem; 01.07.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Anabilim Dalı, necdetumutorcan@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9161-1928

Bu makaleye atıf için; Orcan, Necdet Umut, “Yarış(a)mayan İlkeler: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında Adil Denge Sorunu”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 9, Sayı No.: 18, 2020, s. 465-532.

dirilmeksizin farklı sonuçlandırılmaları, Anayasa Mahkemesinin kendisinin de başka bağlamlarda saptadığı gibi, hukuk güvenliği ve öngörülebilirliğini zedeler. Çalışma bu kaygıdan yola çıkmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle ölçülülüğün -Anayasa Mahkemesinin uyguladığı- yapısal formu incelenmektedir. Daha sonra ölçülülük testinin benzer olaylarda tutarsız uygulanmasına karşı bir önlem olarak Alexy'nin "Yarışan İlkeler Yasası" tanıtılmakta ve önerilmektedir. İkinci bölümde ise Anayasa Mahkemesinin politik ifadeler bağlamında ölçülülük incelemesi yaparak vermiş olduğu kararlarında saptanan bazı tutarsızlıklar, birinci bölümde sunulan teorik çerçeve içerisinde incelenmektedir. Çalışmada sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin ölçülülük testi uygularken dikkate alacağı kriterleri netleştirmesi; benzer olaylarda aynı ya da benzer kriterleri kullanması; benzer olaylarda daha önceki kararlarında ulaştığı sonuçlara istisnai durumlar dışında bağlı kalması; ayrılmasının gerektiği durumlarda ise bu ayrılığı ve nedenlerini yeterince gerekçelendirmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Anayasa Mahkemesi, Ölçülülük, Orantılılık, Robert Alexy, İfade Özgürlüğü, Çatışan Haklar

ABSTRACT

When the case at hand concerns two -or more- conflicting fundamental rights, the Turkish Constitutional Court ("the TCC" or "the Court") consistently carries out a proportionality analysis to resolve the conflict. It is beyond doubt that the proportionality analysis should be carried out on a case-by-case basis, with particular attention to the incidental factors presented by each particular case. It is to be admitted that this dependence on incidental factors of each case may render it difficult for the courts to ensure an impeccable consistency among their judgments decided through a proportionality analysis. That being so, the varying methods and outcomes of the proportionality test and the overall inconsistencies in the case-law of the TCC arguably exceeds the apprehensible limits. Even at a glance, one can see several cases which, while being visibly similar as to their facts, were judged to have dramatically different outcomes, either by using different criteria or deducting different results while using the same criteria; and in both cases without proper justification. Judging differently in similar cases may prejudice

the principle of legal certainty, a point that the TCC itself emphasises. The paper takes its standing point from this particular concern. After examining the structural form of the proportionality analysis (which the TCC seems to apply), the study goes onto introducing -and vindicating- the “Law of Competing Principles”, a rule proposed by Robert Alexy. It is argued that by implicitly or explicitly recognizing the Law of Competing Principles, the TCC would effectively mitigate inconsistencies in its case-law. In the second part of the study, concrete inconsistencies in the Court’s case-law are presented and explained with the help of theoretical framework offered in the first part. The study concludes that the TCC should clarify the criteria it takes into account when conducting the proportionality analysis; it should apply the same or similar criteria when examining similar cases; it should stick with its previous ratio decidendi save in exceptional cases; and finally, if it is necessary to diverge from previously decided rationes, it should offer adequate justification as to the necessity and reasons of this diversion.

Keywords: *Human Rights, Constitutional Court, Proportionality, Balancing, Robert Alexy, Freedom of Expression, Conflicting Rights*

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlükler ile ölçülülük testi arasındaki ilişki, özellikle Alman hukuk literatüründe olmak üzere, Atlas Okyanusu’nun iki tarafından hukuk felsefecilerinin katıldığı çok kapsamlı tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmaların bir ucunda temel haklar bağlamında ölçülülük testinin kaçınılmaz olduğunu savunan Robert Alexy’nin, diğer tarafında bu testin keyfi ve irrasyonel sonuçlara yol açabileceği endişesiyle teste şiddetle karşı çıkan Jürgen Habermas’ın bulunduğu söylenebilir.¹ Bununla beraber ne testin gerekliliğini² ve hatta kaçınılmazlığını³ savu-

¹ Jean-Yves Chérot, ‘La Proportionnalité entre Théorie Politique et Raisonnement selon le Droit’, (2017) 31 Cahiers de Méthodologie Juridique 1909.

² Mattias Kumm, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’, (2004) 2(3) ICON 595; Madhav Khosla, ‘Proportionality: An Assault to Human Rights?: A Reply’ (2010) 7(2) ICON.

³ Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers tr, OUP 2004) 66; M Klatt ve M Meister, The Constitutional Structure of Proportionality (OUP 2012).

nan görüşler ne de teorik eksikliklerini,⁴ buna bağlı sakıncalarını⁵ ve belirli hukuk sistemlerine uygulanabilirliğine ilişkin sorunları⁶ tartışmaya açan görüşler, karşı tarafı ikna edebilmeyi başarabilmiştir.

Ölçülülük testine ilişkin bu tartışmalardan bağımsız olarak testin Türkiye Anayasa Mahkemesi (“AYM”) içtihadı için önemini saptamak mümkündür. Çünkü Türkiye hukukunda ölçülülük testi, Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını düzenleyen 13’üncü maddesi doğrultusunda, bir zorunluluktur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bu testi uygulamasının kendisini eleştirmek zor görünmektedir. Öte taraftan, bu testin *nasıl uygulandığı* eleştirilebilir. Çünkü ölçülülük testi, temel haklara ilişkin çatışmalarda yargısal karara ulaşmak için kullanılan araçlardan birisi olarak, her araç gibi, iyi veya kötü kullanılabilir.⁷

Anayasa Mahkemesi ölçülülük testini uygularken genellikle önce ele aldığı hakka özgü jenerik birkaç cümle ile testin öneminden bahsetmekte, daha sonra bu değerlendirmenin soyut bir biçimde değil somut olayın koşulları göz önünde tutularak yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁸ Ölçülülük testinin somut olayın özellikleri doğrultusunda her bir olay için ayrı ayrı uygulanması gerektiği doğrudur. Özellikle ölçülülük testinin üç alt ilkesi olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gereklerinin son basamağı olan *orantılılık* testinde, somut olayın koşulları daha da belirleyicidir. Ne var ki, çalışmanın devamında ayrıntılarıyla açıklanaca-

⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (William Rehg tr, MIT Press 1996) 252-61; Grégoire Webber, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*.

⁵ Stavros Tsakyrakis, ‘Proportionality: an Assault on Human Rights?’ (2009) 7(3) *ICON*.

⁶ Alexy’nin ölçülülük modelinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadına uygulanabilirliği bağlamında bir eleştiri için bkz. Steven Greer, ‘Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate’, (2004) 63(2) *Cambridge Law Journal*; Bu eleştiriye verilen bir cevap ve Alexy’nin modelinin İHAM içtihadı ile kusursuz uyum içerisinde olduğu savunusu için bkz. Klatt ve Meister, (n 3) 9.

⁷ Giorgio Pino, ‘Proporzionalità, Diritti, Democrazia’ (2014) 3 *Diritto e Società* 626-27.

⁸ Birkaç örnek için bkz. Emin Aydın başvurusu, no. 2013/2602, 23.01.2014, §§ 47-8; Önder Balıkcı başvurusu, no. 2014/6009, 15.02.2017, §§ 37-45; Selahaddin Aydoğdu başvurusu, no. 2016/80280, 23.10.2019, §§ 27-9.

ğı üzere temel haklara yapılan bir müdahalenin orantılılığının her olayın özel koşulları doğrultusunda yeniden kurulması gerekliliği, yargıçlara olay bazında kullanabilecekleri keyfî bir takdir alanı tanıdığı anlamına gelmemektedir. Mahkemeler, orantılılık testi bağlamında çatışan haklar⁹ arasında kurdukları dengenin sonuçlarıyla bir yandan somut olayı karara bağlarlar, ancak bir yandan da yeni bir *kural* oluştururlar.¹⁰ Alexy'nin deyişiyle çatışan haklar ve değerler arasındaki dengenin doğru kurulması ile elde edilen tüm sonuçlar, o davanın koşullarının tekrarlandığı diğer davalarda da uygulanabilecek bir *kural* oluşturmaktadır.¹¹ Böylece benzer olgusal etmenleri içeren davalarda ulaşılabilecek sonuç konusunda özdeşlik, dolayısıyla öngörülebilirlik, dolayısıyla hukuki güvenlik sağlanabilir. Benzer koşulları içeren davalarda dengenin farklı kurulması durumunda ise bu değerler aynı derecede zarar görür.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin bir “gerçek temel hak çatışmasını”¹² çözümlenmek amacıyla uyguladığı dengeleme işlemi, ifade özgürlüğü ve bireylerin şeref ve itibar hakları arasındaki çatışma bağlamında seçilmiş birkaç bireysel başvuru kararı ışığında incelenmektedir. Ele alınacak kararları seçerken dikkate alınan ölçüt, karara konu olayla-

⁹ Temel hakların “çatışabilir” olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın iki temel kanadından ilkinin temsil eden Robert Nozick’e göre haklar, hak sahibinin eylemlerini sınırlayan ahlaki yan-sınırlardır. Bu görüşe göre her yan-sınır hak sahibini kendi davranışından sorumlu tuttuğundan ve haklar hak sahibinden başkalarına sınırlamadığından, hak çatışmaları mümkün değildir. İkinci kanatta ise Joseph Raz bulunmaktadır. Raz’a göre bir kişi, yalnızca ve yalnızca eğer bir çıkarı o hakkın yerine getirilmesi için başkalarına ödevler yüklenmesini gerektirecek kadar önemliyse, o çıkara hakkının var olduğundan bahsedebilir. Bu tanıma göre haklar başkalarına (temelde devlete) ödevler yüklemek zorunda olduğundan ve bu ödevlerin bazıları aynı anda yerine getirilemeyeceğinden, hak çatışmaları yalnızca mümkün değil, kaçınılmazdır. Bu iktisadi makalede konu edilen tartışmayı fazlasıyla genişletip odağından saptıracağından, burada temel hakların çatışabilir olduğunun kabul edildiği belirtilmekle yetinilecektir. Bu konuda bkz. Jeremy Waldron, ‘Rights in Conflict’ (1989) 99(3) *Ethics* 503-506; Stijn Smet, ‘On the Existence and Nature of Conflicts between Human Rights at the European Court of Human Rights’ (2017) 17(3) *HRLR* 2-3.

¹⁰ Bu noktada da bazı itirazlar bulunduğu not edilmelidir. Bu itirazlara ilerleyen bölümlerde “Yarışan İlkeler Yasası” başlığı altında değinilecektir.

¹¹ Alexy, *A Theory* (n 3) 56.

¹² Gerçek temel hak çatışmaları-Gerçek olmayan temel hak çatışmaları ayrımı ışığında temel hak çatışmalarının farklı çözüm yollarına ilişkin bkz. Osman Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması* (Beta Yayınları 2000).

rın ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kullanmasının beklenebileceği kriterlerin benzerliğidir. Bu doğrultuda seçilen benzer kararlarda kullanılan kriterler ve varılan sonuçlar arasında bir karşılaştırma yapılarak, Anayasa Mahkemesinin ölçülülük testi sonucunda *kurallar oluşturmakta* yeterince başarılı olup olamadığı sınanmaktadır.

Bu doğrultuda birinci bölümde ölçülülük testinin teorik ardalanı açıklanmaktadır. Bu bölümde özellikle bir kararda ölçülülük testinin uygulanması yoluyla ulaşılan sonuçların neden yalnızca o karar için önemli olmadığını açıklamak amaçlanmaktadır. Bunun için önce bu teorik ardalanda önemli bir yeri olan ilkeler teorisi ve bu doğrultuda kural norm- ilke norm ayırımından bahsedilecek, daha sonra ölçülülük ilkesi ve alt ilkeleri ortaya konulacaktır. Bu bölümün sonunda, ikinci bölümde varılacak sonuçların yorumlanabilmesi için özel önemde olan “Yarışan İlkeler Yasası” (“The Law of Competing Principles”) ve Türkiye hukuk sisteminde uygulanabilirliği savunulacaktır. İkinci bölümde ise uygulamaya dönülecek ve Anayasa Mahkemesinin uygulamasının birinci bölümde açıklanan teorik ardalana, özellikle Yarışan İlkeler Yasası’na ne düzeyde uyumlu olduğu incelenecektir. Bu bölümde önce Anayasa Mahkemesinin çatışan haklar arasında adil bir denge kurarken kullandığı kriter listelerinde bir tutarlılık olup olmadığı konu edilecektir. Daha sonra bu kriterlerin *nasıl* kullanıldığı ve hatta *kullanılıp kullanılmadığı*, benzer olaylar içeren iki farklı karar ışığında ele alınacaktır. Sonuç bölümünde ise birinci ve ikinci bölümlerde varılan sonuçlar özetlenecektir.

I. Alexy’nin Anayasal Haklar Teorisi ve Yarışan İlkeler Yasası

Birinci bölümde önce Yarışan İlkeler Yasası’nın temelini oluşturan ilke-kural norm ayrımı ve ölçülülük ilkesine dair bazı belirlemeler yapılacak, daha sonra bu Yasa’nın kendisi açıklanacaktır. Son olarak, Yarışan İlkeler Yasası’nın Anayasa Mahkemesi içtihadına uygulanabilirliğini savunabilmek için değinilmesi gereken öncelikli bir soruna, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin dikey ve yatay bağlayıcılığı olup olmadığı sorununa değinilecektir.

A. Kural Norm-İlke Norm Ayrımı

Alman hukuk felsefecisi ve “yapısal dengelemenin peygamberi”¹³ Robert Alexy’e göre, her modern hukuk sisteminde *ilkeler* ve *kurallar*

¹³ Lorenzo Zucca, ‘Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas’, içinde: Eva Brems (ed), *Conflicts Between Fundamental Rights* (Intersentia 2008) 28; akt. Klatt ve Meister (n 3) 4.

olmak üzere iki tür norm bulunmaktadır.¹⁴ Hem *ilkeler* hem de *kurallar* birer normdurlar, çünkü durumun ne olması gerektiğini belirlerler. Yine ikisi de emir, izin ve yasak gibi temel deontolojik söylemler kullanılarak ifade edilebilirler.¹⁵ Ancak *kurallar* ve *ilkeler* arasında temel bir ayrım vardır.¹⁶ Alexy'e göre bu ayrım yapılmadan hakların sınırlanmasına rejimlerine ilişkin uygun bir teoriye ve hak çatışmalarında uygulanabilecek yeterli bir teoriye ulaşılamaz.¹⁷ Alexy bu ilke-kural ayrımını şu ünlü pasajında somutlaştırmaktadır.¹⁸

İlkelerin ve kuralların birbirinden ayrıldığı esas nokta, *ilkelerin* bir şeyin hukuksal ve olgusal olanaklar dahilinde olanaklı olan en yüksek düzeyde gerçekleştirilmesini gerektirmeleridir. İlkeler, olgusal ve hukuksal olanaklara bağlı olarak değişen düzeylerde yerine getirilebiliyor olmaları ile nitelendirilebilecek *eniyileme gereklilikleridir* [*optimization requirements*].^[19]

(...) Buna karşın *kurallar*, gerekleri ya yerine getirilen ya da getirilmeyen normlardır. Eğer bir kural geçerli olarak uygulanıyor ise yapılması gereken bu kural ne diyorsa tamamen yerine getirmektir; ne daha az ne de daha fazla. Bu suretle kurallar, olgusal ve hukuksal olarak olanaklı alan içerisinde *belirlenmiş durumlar* içerirler. Yani kurallar ve il-

¹⁴ Türkiye Anayasası bağlamında ilke norm-kural norm ayrımına ilişkin bir değerlendirme için: Bertil Emrah Oder, 'Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması: Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık' (2003) 30 Anayasa Yargısı Dergisi 53-54.

¹⁵ Alexy, A Theory (n 3) 45.

¹⁶ Birazdan bahsedilecek ayrım, ilkeler ve kurallar arasında Alexy'nin savunduğu ve bu çalışmada da kabul edilen ayrımdır. İlke ve kurallara ilişkin konuyu dağıtmamak adına söz edilmeyen daha başka ayrım biçimleri de bulunmaktadır. Bunlar için bkz. Ibid 45-46.

¹⁷ Alexy, A Theory (n. 3) 44.

¹⁸ Ibid 47-8 (vurgular orijinaldir).

¹⁹ Optimization kavramının Türkçe'de tek kelimeyle ifade edilebilecek bir karşılığı yoktur, farklı biçimlerde çevrilebilir. Türkçe hukuk literatüründe daha önce bu kavrama ilişkin olarak yapılmış en iyi çeviri, Christian Rumpf tarafından optimal sözcüğünün çevirisinde kullanılan "olabildiğince iyi" çevirisidir. Ancak bu çevirinin optimization kavramının karşılayabildiği güçlü anlamı karşılayamadığı, daha "kanaatkâr" bir izlenim doğurduğu ve gerekliliği temel haklar aleyhine zayıflatabileceği endişesiyle "eniyileme" çevirisi uygun görüldü.

keler arasındaki fark düzey farkı değil, nitelik farkıdır. Her bir norm, ya bir kural ya da bir ilkedir.

Görüldüğü üzere ilkeler, somut olayda tamı tamına ne yapılması gerektiğini açıkça belirleyen ve her koşulda yerine getirilmesi gereken mutlak gerekler değildir.²⁰ Bir ilkenin bir olaya uygulanabilir olması, o ilkenin mutlaka uygulanacağı anlamına gelmez. İlkeler, belirli bir sonuca yönelmek için, başka nedenlerle aksi ispat edilebilecek nedenler verirler ve bu başka nedenlerle çatışıldığında hangisinin uygulanacağını belirlemezler. Bu nedenle, kendi boyutlarını tanımlama yeteneğinden yoksundurlar.²¹ Dolayısıyla bir ilkenin gerektirdiklerinin yerine getirilme düzeyi, ancak çatışan diğer ilkelerin gerekleri ile dengelenerek belirlenebilir.²²

Bu durum kurallarda geçerli değildir. Kurallar neyi öngörüyor ise-ler onun uygulanmasını zorunlu kıldıklarından, hukuksal ve olgusal olanaklar dahilinde *ne olacağına dair* bir karar içerirler. Bu kararın hukuksal ya da olgusal olarak olanaksız olduğu durumda kararı içeren kural geçersiz addedilir; böyle bir olanaksızlık yok ise kural kesinkes uygulanır.²³

Yine iki farklı *ilkenin* “yarıştığı” veya iki farklı *kuralın* “çatıştığı” durumlarda bu ikiliğin çözülme biçiminde farklılıklar bulunmaktadır.²⁴ Eğer iki kural çatışıyor ise, bu çatışma ya kurallardan birine uygun bir istisna eklenerek ya da kurallardan en az birisi geçersiz addedilerek çözülebilir.²⁵ İlkelerin yarıştığı durumlarda ise çözüm çok farklıdır. Eğer

²⁰ Carlos Bernal Pulido, ‘On Alexy’s Weight Formula’ içinde: AJ Menéndez ve EO Eriksen (eds), *Arguing Fundamental Rights* (Springer 2006) 101.

²¹ Alexy, *A Theory* (n 3) 57.

²² Robert Alexy, ‘Formal Principles: Some Replies to Critics’ (2014) 12(3) *ICON* 512.

²³ *Ibid.*

²⁴ Alexy somut olaya uygulanabilecek iki ilkenin veya iki kuralın farklı hukuksal sonuçları öngördüğü durumlarda ilkelerin “yarışmasından”, kuralların ise “çatışmasından” söz etmekte; ancak doktrinde daha çok ilke ve kural ayrımı yapılmaksızın “norm çatışması” veya “norm çarpışması” terimlerinin kullanıldığını not etmektedir. Alexy bu tercihini ilke ve kural arasındaki farka vurgu yapma isteğiyle açıklamaktadır. *Ibid.* 48, (dipnot 28). Ben, temel haklar Alexy’e göre birer ilke olmakla beraber, Türkçe literatürde bu kullanım daha yaygın olduğu için, temel hakların “çatışması” terimini kullanacağım.

²⁵ *Ibid.* 49. Alexy burada “zil çalmadan sınıftan çıkmamanın yasaklandığı” bir kuralı örnek vermektedir. Bu bir kuraldır, çünkü ya uyulur ya uyulmaz. Öte yandan, “yangın alarmı duyulunca sınıfın hemen terk edilmesi” de bir kuraldır. Bu iki kural arasındaki

iki ilke yarışıyor ise, bu ilkelerden birisi diğerine “ağır basmalıdır” (“*outweigh*”). Bu ne ilkelerden birinin geçersiz kılındığı ne de diğerine istisna olarak eklendiği anlamına gelir. Tam tersine, bir durumda üstün gelemeyen ilke, başka şartlarda, ilk durumda üstün gelen ilkeye ağır basabilir. Yani kurallar arası çatışmalar geçerliliklerine atıfla, ilkeler arası yarışlar ise ilkelerin somut olaya özgü *ağırlıklarına* atıfla çözümlenirler.²⁶

İlke ve kural norm ayrımı varsayımsal bir örnek üzerinden somutlaştırılabilir. Alexy, temel hak ve özgürlükler öngören normların birer *ilke norm* olduklarını savunmaktadır. Bu doğrultuda önce temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir normu, örneğin herkesin önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplanma hakkına sahip olduğunu belirten bir normu (*N*) ele alalım. Bu norm, silahsız ve saldırısız bir gösteri yürüyüşünün hiçbir durumda engellenemeyeceği anlamına gelmez. Örneğin yoğun çalışma saatlerini ve hastane yönetimi tarafından uygulanan *mobbing*’i protesto etmek amacıyla sağlık çalışanları tarafından bir hastane önünde bir gösteri planlandığını, ancak *hastane arazilerinde gösteri yapılamayacağını* öngören bir norm (*K₁*) bulunduğunu düşünelim.²⁷ Bu planlanan gösteriye ilişkin iki farklı sendika tarafından hazırlanmış iki farklı plan olsun. Bu varsayımına göre ilk plan, hastanenin acil hasta kabul birimi önünde yapılacak üç dakikalık bir gösteridir. Bu gösterinin henüz planlanma aşamasında dahi engellenebileceği savunulabilir, çünkü acil hastaların hakları ve bu hakları önceleyen ilkeler ciddi biçimde olumsuz etkilenecektir. Ancak ikinci planda bu kez hastanenin diğer birimlerden uzak ve acil hastalarla ilgilenilmeyen bir birimi, örneğin fizik-tedavi önünde, yine üç dakikalık bir gösteri yürüyüşü planlandığını hayal edelim. Öyle ki, birimdeki hastalara verilecek tek rahatsızlık atılan sloganlar olacak, bu gösteri yürüyüşü fizik tedavi hastalarının haklarını önemli ölçüde tehdit etmeyecektir. Hemen görüleceği üzere bu iki olası gösteriye ilişkin normun yerine getirilmesi açısından haklılaştırılabilir müdahale biçimleri ve şiddetleri arasında bir düzey farkı bulunmaktadır. Yani herkesin önceden izin almadan silahsız ve saldırısız toplanma özgürlü-

çatışma ancak ya ikincisi birincisine istisna olarak eklenerek, ya da kurallardan birisi geçersiz kılınarak çözülebilir.

²⁶ Ibid 50.

²⁷ Bu norm gerçekten bir kuraldır, çünkü farklı düzeylerde yerine getirilmeye uygun değildir. Bir gösteri ya hastane içerisinde yapılmıştır ve yasaktır, ya da dışarısında yapılmıştır ve bu kural geçerli olmadığından yasak değildir.

ğüne sahip olduğunu belirten norm, farklı düzeylerde yerine getirilebilen ve dolayısıyla farklı düzeylerde sınırlandırılabilen bir normdur, dolayısıyla *ilke normdur*; “*gereğinin yerine getirilme düzeyi*”²⁸ hukuksal (var olan karşı-ilke ve karşı-kurallar) ve olgusal (somut olayın koşulları) ihtimallere bağlıdır.

Bu normumuz (*N*), eğer bir *kural* olsaydı, *geçerli* olduğu her durumda kategorik olarak ve tüm gereklilikleriyle birlikte yerine getirilmesi gerekirdi. Tabii ki eğer *N* bir kural olsaydı, *hastane arazilerinde gösteri yapılamayacağını* öngören kuralımızın (*K₁*), ona bir istisna olarak eklenebileceğini söyleyebilirdik. Ancak daha önce de gördüğümüz üzere, bu kez de *K₁* kuralımızın, geçerli olduğu her durumda *N*'nin yerine uygulanması gerekecekti. Gelgelelim durum böyle değildir. *N*'nin farklı düzeylerde yerine getirilebilir gereklilikler öngördüğünü zaten belirlemiştik. Dolayısıyla *K₁*'in uygulanabileceği her durumda kategorik olarak *N*'ye üstün geleceğinden bahsedemiyoruz. Olası bir itiraza cevap vermek için *N* sözde-kuralımıza, bu kez daha dar kapsamlı ve ilk bakışta her durumda *N*'ye üstün gelebileceğini kabul edebileceğimiz bir istisna düşünelim. Örneğin istisnamız, *bir hastanenin acil birimi önünde hastaların yaşamını tehlikeye atacak biçimde gösteri yapılamayacağı* kuralı (*K₂*) olsun. Bu kural gerçekten de daha ayrıntılıdır; ancak acaba her durumda *N*'ye üstün geleceği söylenebilir mi? Verilecek cevap olumsuzdur. Burada da acil birimi önünde yapılmış beş dakikalık bir toplanmaya örneğin müebbet hapis cezası verilmesi durumunda *N* normunun gerekliliklerinin *ihlal* edileceğinden bahsedebiliriz, ancak verilecek hafif bir para cezası bu özgürlüğü *ihlal* etmeyebilir. Dolayısıyla toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne sahip olduğumuzu öngören norm *N* geçerli olduğu her durumda bizi öngördüğü kesin sonuca zorlayan bir *kural norm* değil, farklı düzeylerde yerine getirilebilen ve aynı doğrultuda farklı düzeylerde sınırlandırılabilen bir *ilke-normdur*. Yapılması gereken, somut olayın koşullarında (“hukuksal ve olgusal olanaklar dahilinde”) bu ilkenin gereğinin yerine getirileceği düzeyi belirlemektir.

Böylece hukuk düzeninde normların ilke norm ve kural norm olarak ikiye ayrıldığıнын kabulünün gerektiği; ilkelerin farklı düzeylerde yerine getirilebildiği; temel hak ve özgürlük normlarının da birer ilke

²⁸ “Geçerliliği” değil.

norm olduğu sonuçlarına varıyoruz. İlkelerin somut olayda yerine getirilmesi gerekli düzeyi belirleme işi ise bizi ölçülülük ilkesine götürüyor.²⁹

B. Ölçülülük İlkesi

Eniyileme ve yarışan ilkeler arasında bir ağırlık değerlendirmesi yaparak bir karara varma zorunluluğu, temel hakların sınırlandığı durumlarda bir ölçüm yapılmasının kaçınılmaz olduğunu imlemektedir.³⁰ İşte bu noktada ölçülülük ilkesi devreye girmektedir. Ölçülülük ilkesi ve onun alt ilkeleri, tüm dünyada anayasa mahkemeleri tarafından, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin anayasal denetimde kullanılan en önemli ölçütlerden birisidir.³¹

Alexy'e göre ilkeler teorisi ile ölçülülük ilkesi arasında kaçınılmaz bir ilişki bulunmaktadır.³² Anayasal hakların birer ilke oldukları ve bir ilkenin gereklerinin yerine getirilme düzeyinin ancak başka diğer ilkelere gerekleri ile dengelenerek belirlenebileceği birlikte düşünüldüğünde, ilkelerin uygulanabilmesi için bir dengeleme işleminin yapılması gerektiği açıkça ortaya çıkacaktır.³³ Yani ölçülülük ve onun alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkeleri,³⁴ Alexy'ye göre, eseri boyunca sunduğu ilkeler teorisinin doğal sonucu-

²⁹ İlke-kural ayırımının ayrıntılı bir incelemesi ve Türkiye anayasal hukuk düzeninde uygulanabilirliğine dair görüşler için bkz. Hasan Sayım Vural, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence (Seçkin Yay. 2013) 94-106.

³⁰ Christian Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği' (1993) 10 Anayasa Yargısı Dergisi 27.

³¹ Yüksel Metin, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?' (2017) 7(1) SDÜHFD.

³² Ölçülülük ilkesinin kaynakları ve temel haklar teorisi açısından yeri pek çok tartışmaya konu edilmiştir. Bunlardan bazıları için bkz. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (AÜSBF Yay. 1982) 117-120; Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi' (n 30) 33-34; ayrıca bkz. dipnotlar n 4,5 ve 6.

³³ Alexy, 'Formal Principles' (n 22) 512.

³⁴ Alexy'nin ölçülülük "ilkesi" ve onun alt "ilkeleri" bağlamlarında kullandığı elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) gerekleri aslında Alexy'nin haklar bağlamında kullandığı şekilde birer ilke değildir. Bunlar ya yerine getirilir ya da yerine getirilmez özelliktedir. Dolayısıyla aslında ölçülülük ilkesi ve onun alt ilkeleri, birer kuraldır. Ibid 66 (dipnot 84).

dur. Başka bir deyişle ölçülülük ilkesine ve onun alt ilkelerine, ilkeler teorisinden yola çıkılarak mantıksal bir akıl yürütmeye ulaşılabılır.³⁵

İlkeler hukuksal ve olgusal olanaklara göre eniyileme gereklilikleridir. *Dar anlamıyla ölçülülük ilkesi*, yani dengeleme gereği, *hukuksal olarak* neyin olanaklı olduğu sorusundan türemektedir. Eğer bir ilke olan bir anayasal hak normu başka bir ilke ile yarışır ise, ilk normu gerçekleştirmenin hukuksal olanakları diğer norma bağlıdır. Bir karara varmak için Yarışan İlkeler Yasasının gerektirdiği dengeleme işlemi yapılmalıdır (...) *Dar anlamıyla ölçülülük ilkesi*, ilkelerin hukuksal olanaklar ölçüsünde eniyileme gereklilikleri olmasının bir sonucudur. Gereklilik ve elverişlilik ilkeleri, ilkelerin *olgusal* olanaklar ölçüsünde eniyileme gereklilikleri olmasından doğar.

Burada tarif edilen alt ilkelere uygun olarak yapılan ölçülülük değerlendirilmesi, “yapısal ölçülülük testi” olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda *olgusal* olanaklara göre eniyileme işlemi, kaçınılabılır maliyetlerden kaçınmayı anlatır.

Bununla birlikte her anayasa mahkemesinin ölçülülük ilkesini aynı yapısal formda uyguladığı söylenemez. Örneğin çok yakın döneme kadar İtalyan Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini istikrarlı bir biçimde; ancak “makullük” (“*ragionevolezza*”) adını verdiği farklı bir testle birleştirerek ve alt ilkelere bölünmüş bir inceleme yapmadan uygulamaktaydı.³⁶ Yine Brezilya Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini oldukça dağınık ve sistematik olmayan bir biçimde uygulamaktadır.³⁷ Kanada Yüksek Mahkemesi ise ölçülülük değerlendirmesi yaparken “mantıksal bağlantı testi”, “en az zarar testi” ve “denge testi” adını verdiği üç test

³⁵ Ibid 66-67.

³⁶ Bu uygulamanın bir eleştirisi için bkz. Pino, ‘Proporzionalità, Diritti, Democrazia’ (n 7) 604-605. Mahkeme’nin içtihadında bir dönüşümün sinyallerini veren, açıkça yapısal ölçülülük testi uyguladığı yakın dönem kararları da bulunmaktadır, bkz. Sentenza 1/2014 (Corte Costituzionale) § 3.1.

³⁷ Gilmar Mendes, ‘Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988’ (2010) 58 Jachbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart; akt. Metin, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük’ (n 31) 51.

uygulamaktadır.³⁸ Bu alt testlerin içeriğinin, mantıksal bağlantı testi hariç, yukarıda açıklanan yapısal forma benzediği savunulabilir.³⁹

Öte taraftan AYM içtihadında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine oldukça uzun süredir rastlanabileceği savunulabilir. Fazıl Sağlam, bu yazının yazıldığı tarihten yaklaşık kırk sene önce, Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında açıkça zikredilmemekle beraber bu ilkelerin izlerine rastlanabileceğini belirlemiş; ancak vardığı sonuçların “ölçülülük ilkesinin hukukumuzda yerleşmişliğinden çok, ona duyulan *gereksinimin* bir göstergesi” olduğunu saptamıştır.⁴⁰ Bu gereksinim karşılanmış gibi görünmektedir: Anayasa Mahkemesi son dönemdeki somut ve soyut norm denetimi kararlarında ve özellikle bireysel başvuru usulü kapsamında verdiği ilk kararlarından itibaren ölçülülük ilkesini istikrarlı bir biçimde uygulamaktadır.⁴¹

Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “*gereklilik*”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “*orantılılık*” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, ölçülülüğün yukarıda sözü edilen yapısal formunu benimsemekte, Alexy’nin “dar anlamıyla ölçülülük” veya “dengeleme gereği” olarak bahsettiği ölçülülüğün üçüncü alt ilkesinden “orantılılık” olarak bahsetmektedir. Bu doğrultuda çalışmanın devamında bu üçüncü alt ilke orantılılık olarak anılacak.

³⁸ Oktay Uygun, ‘Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi’ içinde Kamu Hukuku İncelemeleri (On İki Levha Yay. 2011) 324.

³⁹ Mantıksal bağlantı testinin içeriği elverişlilik testine kıyasla oldukça geniştir. Daha fazla bilgi için bkz. Ibid 331.

⁴⁰ Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü (n 32) 128; Fendoğlu da benzer bir tespitte bulunmaktadır, bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 132.

⁴¹ Mehmet Akdoğan ve diğerleri, no. 2013/817, 19.12.2013, § 38. Alexy’nin tanımları için bkz. A Theory (n 3) 67-69.

Ölçülülüğün ilk iki alt ilkesinin kavranması oldukça kolay görünmektedir. *Elverişlilik* ilkesi, herhangi bir ilkenin (I_1) gereğini yerine getirmek için bu gerekliliği yerine getirmesi olgusal olarak olanaksız olan ve başka bir ilkeye (I_2) zarar verecek araçların kullanılmasını yasaklar. *Gereklilik* ilkesi ise I_1 'i gerçekleştirmek için birden fazla alternatif araç (A_x) var ise ve bunlardan bazıları veya tümü başka bir ilkenin (I_2) gereklerine zarar verecek nitelikte ise, araçlar içerisinde I_2 'ye en az zarar verici olanının kullanılmasını zorunlu kılar.⁴²

Öte yandan *orantılılık*, *elverişli* araç ve *gerekli* maliyetler belirlendikten sonra, hedeflenen ilkenin gereklerinin hâlâ yerine getirilmeye değer olup olmadığına ilişkindir.⁴³ Alexy'nin ifadesiyle “[çatışan] ilkelere birinin gereğinin yerine getirilmemesinin veya uğradığı zararın düzeyi ne kadar büyük olursa, diğerinin gereğinin yerine getirilmesinin önemi o kadar büyük olmalıdır.”⁴⁴ Görüldüğü üzere orantılılık testi üç aşamaya ayrılabilir. İlk aşamada birinci ilkenin yerine getirilmeme ya da zarara uğrama düzeyi; ikinci aşamada yarışan diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi belirlenir. Son aşamada ise yarışan ilkeyi yerine getirmenin öneminin diğer ilkenin yerine getirilmemesini veya ilkeye verilecek zararı haklılaştırıp haklılaştırmadığına karar verilir.⁴⁵ Alexy'e göre bir eşitlik durumunda çatışan ilkelere herhangi birisinin gereği yerine getirilebilir.⁴⁶ Ancak eğer denge başka bir ilke lehine bozuluyor ise, somut olayda o ilke tercih edilmelidir.

Gereklilik ve *orantılılık* testleri arasındaki farkı iyi anlamak önemlidir. Gereklilik testi belirli bir ilkenin gereğini yerine getirmeye elverişli araçlar arasında diğer ilkelere en az zararı veren aracın seçilmesini gerektirir. Ancak bir amaca ulaşmak için en *elverişli* ve en az zararlı (*ge-*

⁴² Greer, 'Balancing' (n 6) 415-16.

⁴³ Julian Rivers, 'A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution' içinde Alexy, A Theory (n 3) xxxii.

⁴⁴ Ibid 102.

⁴⁵ Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality' (2003) 16(2) Ratio Juris 136.

⁴⁶ Alexy burada iktisat bilimindeki “kayıtsızlık eğrilerine” atıfta bulunmaktadır. İktisat biliminde kayıtsızlık eğrileri, birbirlerinin yerine geçebilen ve kullanıcıya aynı tatmini ve faydayı sağlayan ürünlerin geometrik düzlemde çizilen kombinasyonlarıdır. Kullanıcı iki üründen de aynı tatmin ve faydayı alır, dolayısıyla hangi ürünün seçileceğine dair kayıtsızdır. <https://www.economics.utoronto.ca/jfloyd/modules/idfc.html>

rekli) araç dahi, zarar gören veya yerine getirilemeyen diğer ilke veya ilkelerin *ağırlığı*⁴⁷ daha fazla ise *orantılılık* ve dolayısıyla ölçülülük ilkesini ihlal edebilir.⁴⁸

Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık testlerini basit ve somut bir örnekle açıklayalım. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (“İHAM”) *Putintseva v. Rusya* kararına konu olay şöyledir:⁴⁹ Valeriy Putintsev, psikolojik rahatsızlıkları olduğu bilinen ve zorunlu askerlik hizmetinden kaçarken yakalanıp 10 günlük idari hapis cezasına çarptırılan bir gençtir. Bir hastane ziyaretinden sonra askeri araçtan indirilirken yeniden koşarak kaçmaya teşebbüs etmiştir. Valeriy, kaçarken askerlerden birisi tarafından vurularak öldürülmüştür. Vurulduğunda silahlı değildir, garnizonun ortasından çıkışa doğru koşmaktadır. Garnizondan kaçması için geçmesi gereken ilk iki kapıyı geçmiş, bu kapılardaki görevliler olayı görebilecek konumda olmalarına karşın iki kapıda da hiçbir direnişle karşılaşmamıştır. Vurulduğu sırada kovalama hâlindeki askerlerden biri, Valeriy’den en fazla 15-20 metre uzaktadır. Ayrıca Valeriy koşmaktadır; ancak garnizonda askeri araçlar bulunmaktadır. Kovalama öğlen saatlerinde yaşanmaktadır ve garnizonu saran Valeriy’nin geçmesi gereken iki çit daha bulunmaktadır. Garnizonun konumu gereği, bu çitleri geçse bile, gözle görünür bir alanda çok uzun bir süre koşması gerekecektir. Buna rağmen Valeriy, öldücü güç kullanılarak durdurulmuştur. Bu olayda “herkes yaşama hakkına sahiptir” ilkesi ile “hukuka uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasını engelleme” meşru amacını çatıştıran bir güç kullanımı gerçekleşmiştir. Olaydaki müdahale (kaçan bir kişiye silahla ateş etmek), meşru amacı gerçekleştirmek için *elverişlidir*. Dolayısıyla ilk alt test bağlamında sorun yoktur. Ancak Valeriy’nin kaçmaya çalıştığı çevrenin özel şartları dikkate alındığında ateş etmenin hiçbir şekilde *gerekli* olmadığı açıktır.⁵⁰ Çünkü kaçmanın engellenmesi amacını gerçekleştirebilecek ve çatışan ilkeye daha az zarar verecek pek çok başka

⁴⁷ Alexy çatışan ilkelerin birbirleriyle görece ağırlığını hesaplamak için kapsamlı bir ağırlık formülü geliştirmiştir. Bu formül, doktrinde çok kapsamlı tartışmalara konu olmuştur. Çalışmayı olması gerektiğinden daha fazla ayrıntılandırarak asıl savları bulandırmamak adına bu formülün ayrıntılarına girilmeyecek. Şu ana kadar yararlanılan denge ve terazi metaforları, ikinci bölümde anlatılmak isteneni anlatmak için yeterlidir.

⁴⁸ Julian Rivers, ‘A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution’ xxxii.

⁴⁹ Putintseva v. Rusya (İHAM) no. 33498/04, 10.05.2012.

⁵⁰ Mahkeme de aynı yönde karar vermiştir, Ibid §§ 70-1.

alternatif mevcuttur. Valeriy garnizon kapılarında durdurulabilirdi; kendisine yakın olan refakatçinin yetişip yetişmeyeceği beklenebilirdi; bu kapıları aşsa dahi arabalarla kendisine kolayca yetişilebilirdi.⁵¹ Dolayısıyla *gereklilik* testi açısından bir sorun vardır. Son olarak, kaçışın şartlarının farklı olduğunu düşünelim. Öyle ki, Valeriy'nin silahla vurulması dışında kaçmasını engelleyebilecek bir alternatif olmasın. Mahkeme'ye göre bu durumda dahi silahla vurma şeklinde gerçekleşen müdahale ölçüsüz olurdu; çünkü Valeriy şiddet içermeyen bir suçtan 10 günlük hapis cezasına çarptırılmış ve tehlike arz etmeyen bir kişiydi. İHAM'a göre üçüncü kişiler için tehlike içermeyen bir kişinin basit suçlardan tutulması için kaçmasını engellemek amacıyla öldürücü güç kullanmak, her hâlükârda *orantısızdır*.⁵² Dolayısıyla müdahale *elverişlidir* ama *gerekli* değildir. Kaldı ki *gerekli* olsaydı dahi *orantısız* olacaktı.⁵³

C. Yarışan İlkeler Yasası

Bu bölüme kadar anlatılanlar, Yarışan İlkeler Yasası'nın ("*the Law of Competing Principles*") temelinde yatan ilkeler teorisini anlayabilmenin yanında, yasanın ölçülülüğün yapısal formunu benimseyen Türkiye Anayasa Mahkemesi içtihadına uygulanabileceğini gösterebilmek için de gerekliydi. Bu bölümde bir örnek üzerinden Yasa'nın kendisi açıklanacak.

Ülke gündeminde kürtaj tartışmalarının yoğun bir yer tuttuğu Mayıs 2012 tarihinde dönemin Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı İ. Melih Gökçek, Twitter'da bir kadın kullanıcıya "*Sen çok mu kürtaj yaptır-dın. Bu kadar bağırmanın nedeni bu mu?*" şeklinde bir mesaj atmıştır. Kadının bu paylaşımı duyurması üzerine Sinan Baran isimli kişi ve daha pek çok kişi "*EdepsizsinMelihGökçek*" şeklinde paylaşımlar yapmış, Melih Gökçek'in şikâyeti üzerine Sinan Baran hakaret suçundan mahkûm edilmiştir. Ceza, 1.500 TL para cezasıdır ve hükmün açıklanması geriye bırakılmıştır. Sinan Baran'ın karara yaptığı itiraz reddedilmiş, Baran Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.⁵⁴

⁵¹ Ibid

⁵² Ibid § 69.

⁵³ Aynı yönde, Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan [BD] (İHAM) nos. 43577/98 ve 43579/98, 06.07.2005.

⁵⁴ Sinan Baran başvurusu, no. 2015/11494, 11.06.2018.

Bahsedilen olayda, Anayasa Mahkemesinin de not ettiği üzere, gerçek bir hak çatışması bulunmaktadır.⁵⁵ Olayda başvuru Sinan Baran'ın ifade özgürlüğü hakkına müşteki Melih Gökçek'in şeref ve itibar hakkını⁵⁶ korumak amacıyla bir müdahalede bulunulmuştur. Hemen görüleceği üzere ne ifade özgürlüğü ne de şeref ve itibar hakkı birer kural olduğundan, bu çatışma bu haklardan birisi geçersiz kılınarak çözülemez. Yine çatışma, haklardan birisi diğerine istisna olarak eklenerek de çözülemez.

Çatışma, bu hakların birer ilke olduğu akıldaki tutularak, ölçülülük değerlendirmesi ile çözülecektir.⁵⁷ Bunun için, çatışan ilkeler arasında bir *koşullu üstünlük ilişkisi* kurmak gereklidir. Bu üstünlük ilişkisi koşulludur, çünkü K_x koşullarında I_1 'in I_2 'ye üstünlük sağlamış olması, K_y koşullarında da üstün olacağı anlamına gelmez. Yani üstünlük ilişkisi kategorik değildir, somut olayın özelliklerine göre değişebilir.⁵⁸

Bunu daha iyi anlatabilmek için olayda yarışan ilkelerden Sinan Baran'ın ifade özgürlüğü hakkına (I_1), Melih Gökçek'in şeref ve itibar hakkına (I_2) diyelim.⁵⁹ Üstünlük ilişkisini anlatmak için \ddot{U} sembolü kullanılacak.⁶⁰ Olayın somut koşullarını ifade etmek için ise K_a sembolü kullanılacak. Dolayısıyla olayda çatışan haklar arasındaki ilişki şu şekillerde çözülebilir:

- (1) $I_1 \ddot{U} I_2$
- (2) $I_2 \ddot{U} I_1$
- (3) $(I_1 \ddot{U} I_2) K_a$
- (4) $(I_2 \ddot{U} I_1) K_b$

Birinci ve ikinci formülasyonlar koşulsuz üstünlük ilişkilerini anlatmaktadır. Birinci durumda birinci ilke ikincisine her zaman üstün ge-

⁵⁵ Sinan Baran başvurusu, § 34.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, hakkın Anayasa'daki düzenleniş biçimini esas alarak bu haktan "itibarın korunmasını isteme hakkı" olarak bahsetmektedir. Böyle bir kullanım yer yer "itibarın korunmasını isteme hakkını koruma" gibi karmaşık ve ilk bakışta pek anlamlı olmayan ifadeler kullanmayı sonuçlayabileceği için haktan "şeref ve itibar hakkı" olarak bahsedilecek.

⁵⁷ Ibid § 36.

⁵⁸ Alexy, A Theory (n 3) 52.

⁵⁹ Bu bölümde sembollerle yapılacak açıklamalar yüksek oranda Alexy'nin sunduğu formülasyon temel alınarak yapılmıştır. Bkz. Ibid 50-7.

⁶⁰ X'in Y'ye üstün geldiğini anlatan bir denklem, şu şekilde gösterilecek: "X \ddot{U} Y".

lir, ikinci durumda ikinci ilke birincisine her zaman üstün gelir. Üçüncü ve dördüncü ihtimalde ise üstünlük ilişkileri, \mathbf{K}_a ve \mathbf{K}_b koşullarına bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bu iki hak arasında böylesi bir koşulsuz üstünlük ilişkisi kurmayı reddettiğinden,⁶¹ geriye iki adet alternatif kalmaktadır. Öyleyse yapılması gereken, bu ilkelerden birisinin diğerine üstün geleceği koşulları belirlemektir. İşte Anayasa Mahkemesinin kullandığı “adil denge” metaforu, burada devreye giriyor. Mahkemenin deyişiyle:⁶²

Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için başvuru-cunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, tarafların ünlülük derecelerinin ile ilgili kişilerin önceki davranışlarının ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların **ağırlığının değerlendirilmesi** gerekir.

Görüldüğü üzere çatışan ilkelerden birisinin diğerine üstünlük sağlayacağı koşulları belirlemek için Mahkeme bir dizi kriterden (ifadenin türü, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi, vs.) söz etmektedir. Bu kriterlerin kullanımına ilişkin birtakım eleştiriler, ikinci bölümde yapılacak. Şimdi Yarışan İlkeler Yasası’na devam edelim.

Anayasa Mahkemesi, Sinan Baran kararında somut olayın şartları değerlendirildiğinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdi. Bu doğrultuda, Mahkeme tarafından yukarıda sunulan dört ihtimalden üçüncüsünde karara varıldığı söylenebilir:

$(I_1 \ddot{U} I_2) \mathbf{K}_a$

Bu denklemin yazılı olarak ifadesi “ \mathbf{K}_a koşullarında I_1 ilkesinin I_2 ilkesine üstünlük sağlayacağı”dır. Yani, \mathbf{K}_a koşullarında I_1 ilkesi ile I_2 ilkesi çatışır ise, I_1 ’in gereklilikleri yerine getirilecektir.

Burada can alıcı nokta, bu tür bir *koşullu üstünlük ilişkisinin* aynı koşulların tekrarlandığı her durumda uygulanması gereken bir *kural* oluşturmasıdır. Alexy’nin ifadesiyle:⁶³

⁶¹ Sinan Baran başvurusu, § 36.

⁶² Ibid (vurguları ben ekledim)

⁶³ Alexy, A Theory (n 3) 54.

Bir ilkenin başka bir ilkeye üstünlük sağladığı durumlar, bu ilkenin üstünlük sağladığı durumlarla aynı hukuksal sonucun uygulanmasını gerektiren bir kuralın koşullarını oluşturur.

İşte Yarışan İlkeler Yasası budur. Ancak bu karmaşık ifadeyi somutlaştırmak ve Yasa'yı daha iyi kavrayabilmek için Sinan Baran kararına geri dönelim. Mahkeme'nin kararda adil dengenin kurulması için dikkate aldığı etmenler *E* sembolüyle ifade edilecek.

Mahkeme Sinan Baran'ın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken şu etmenleri dikkate almıştır:

(1)Melih Gökçek'in tanınan ve takip edilen bir siyasetçi olduğunu (*E*₁),⁶⁴

(2)Başvurucunun ifadesinin müştekinin mahrem alanına ilişkin olmayan kamusal bir tartışmayla ilgili olduğunu (*E*₂),⁶⁵

(3)İfadenin olgusal bir temeli olduğunu (*E*₃),⁶⁶

(4)Yargıtay'ın da söz konusu ifadelerin hakaret suçunu oluşturmadığına karar verdiğini (*E*₄)⁶⁷ ve

(5)İlk derece mahkemesinin olayın koşullarını ve paylaşımın bütünlüğünü gözetmeksizin karar verdiğini (*E*₅).⁶⁸

Bu etmenler bir araya geldiğinde, başvurucunun ifade özgürlüğünün müştekinin şeref ve itibar hakkına karşı korunduğu **K_a** somut koşulu oluşturmaktadır. Yani:

$$E_1 \text{ ve } E_2 \text{ ve } E_3 \text{ ve } E_4 \text{ ve } E_5 \rightarrow K_a \quad \text{ve} \quad (\dot{I}_1 \dot{Ü} \dot{I}_2) K_a$$

Bu formül yazılı olarak şu şekilde ifade edilebilir:

Müşteki eğer tanınan ve takip edilen bir siyasetçi ise ve başvurucunun ifadesi müştekinin mahrem alanına ilişkin olmayan kamusal bir tartışmayla ilgili ise ve ifadenin olgusal bir temeli var ise ve Yargıtay söz konusu ifadelerin hakaret suçunu oluşturmadığına karar vermiş ise ve ilk derece mahkemesi olayın koşullarını ve paylaşımın bütünlüğünü gözetmeksizin karar vermiş ise: BAŞVURUCUNUN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ (İ₁) MÜŞTEKİNİN ŞEREF VE İTİBAR HAKKINA (İ₂) ÜSTÜN GELİR.

⁶⁴ Sinan Baran başvurusu, § 40.

⁶⁵ Ibid § 42.

⁶⁶ Ibid § 43.

⁶⁷ Ibid

⁶⁸ Ibid § 44.

İşte bu uzun ifade teknik olarak bir *kural* normdur ve kuralların yukarıda açıklanan tüm özelliklerini gösterir. Yarışan İlkeler Yasası budur. Birden çok ilkenin yarıştığı durumlarda dava somut olayın şartlarına uygun bir *koşullu üstünlük ilişkisi* kurularak çözümlenmelidir.⁶⁹ İlkelerin doğru dengelenmesi yoluyla elde edilmiş olan tüm sonuçlar, aynı durum tekrarlandığında uygulanacak bir *kural* biçiminde yeniden ifade edilebilirler.⁷⁰

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Sinan Baran kararında kurduğu *koşullu üstünlük ilişkisi*, teknik anlamda, aynı koşulların mevcut olduğu başka davalarda uygulanmak üzere bir *kural* oluşturmaktadır. İkinci bölümde Anayasa Mahkemesinin, oluşturduğu bu kurallara ne derece bağlı kaldığı incelenecek. Fakat ondan önce Yarışan İlkeler Yasası'nın öneminden kısaca bahsetmek gerekli.

Kısaca bahsedildiği üzere ölçülülük ilkesine, özellikle orantılılık testi bağlamında, teorik önderliğini Habermas'ın yaptığı önemli itirazlar yöneltmiştir.⁷¹ Bu itirazlardan birincisi, orantılılık ilkesinin temel hakların “mutlak üstün olma” özelliğini kaybettirdiği ve onları politik amaçlar, hedefler ve değerlerin seviyesine indirgediği yönündedir. Habermas'a göre dengeleme yaklaşımı temel hakları kamusal çıkarlar ile karşılaştırılabilir hale getirerek haklar ve kamusal çıkarları temel haklar lehine ayıran “koruma duvarını” (“*firewall*”) yıkmaktadır. Bu itiraz ve karşı cevaplar burada ayrıntılı olarak tartışılmayacak, çünkü konumuz bakımından bir önemi yoktur. Ölçülülük ilkesinin ve temel hakların bazı kamusal çıkarlar doğrultusunda sınırlanabilmesinin Türkiye’de anayasal dayanağı bulunmaktadır.⁷² Dolayısıyla Habermas'ın bu itirazı doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin pratiğini değerlendirmenin bir anlamı

⁶⁹ Bu noktada Christian Starck başka bir formül önermektedir. Starck'a göre Anayasa Mahkemesinin verdiği karar değil, somut olayda yapılan müdahale bir kural biçiminde formüle edilmeli ve Anayasa yargıcısı, norm denetimi yapar gibi, bu müdahale kuralının Anayasa'ya uygunluğunu denetlemelidir, bkz. Fazıl Sağlam, ‘Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları’ içinde Erdoğan Teziç’e Armağan (Beta Basın Yayın, 2007) 145-46.

⁷⁰ Alexy, A Theory (n 3) 56.

⁷¹ Bizzat Alexy, teorisine yapılan eleştirileri cevaplarırken Habermas'ın ifadelerini esas almaktadır. Alexy, ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’ 134-35.

⁷² Kaldı ki, ölçülülük ilkesinin anayasal dayanak kazanmadan önce de Anayasa Mahkemesi tarafından uygulandığı belirtilmişti.

olmayacak, çünkü Mahkeme istese de istemese de temel hakların kamusal çıkarlar doğrultusunda sınırlandığı durumlarda bir ölçülülük değerlendirmesi yapmak durumundadır.

Ancak ikinci itiraz konu açısından büyük önem taşıyor. Habermas'a göre temel haklar ve kamusal çıkarlar arasında dengeleme yapılırken kullanılacak "akla uygun bir ölçüt bulunmadığından, dengeleme ya keyfi biçimde, ya da üzerine düşünülmemiş geleneksel standartlara ve hiyerarşilere bağlı kalınarak yapılacaktır".⁷³ Bu itiraza göre ölçülülük testi, olay odaklı değişen, akla uygun olmayan kararlar verilmesine neden olmakta, yargıca olay bazlı farklılaşan yorumlar yapabilme olanağı veren çok geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır.⁷⁴ Yine ölçülülük ilkesinin gerektirdiği "bir defaya mahsus olay odaklı [*ad-hoc*]" dengelemeler, istikrarlı ve bilinebilir hukuk ilkeleri oluşturulmasını engelleyebilir.⁷⁵ Bu itiraz önemli, çünkü bu tehlikeden kaçınmanın yolu ölçülülük testinin *nasıl uygulandığı* sorusunda yatıyor.

Alexy, ölçülülük ilkesinin keyfiliğe ve aşırı yargısal takdir yetkisine yol açabileceği itirazlarının farkındadır. Bu itirazlara karşı iki farklı tipte savunma yapmaktadır. Birinci itiraz dengelemede kullanılacak ölçütlerin *akla uygun olmadığı* iddiasına yöneliktir. Her ne kadar Habermas mahkemelerin kullanacakları bu tür değerlendirmelerde isteyerek ya da istemeyerek keyfiliğe kayacaklarını savunmuşsa da Alexy'e göre bu itirazın daha iyi temellendirilmesi gerekmektedir. Çünkü mahkemeler hâlihazırda zaten temel haklara ilişkin değerlendirmelerde akla uygun olmadığı savunulamayacak bazı nitelendirmeler yapmaktadır.⁷⁶ Gerçekten de örneğin Türkiye Anayasa Mahkemesi temel haklara yapılan müdahaleleri ağır,⁷⁷ hafif,⁷⁸ "daha az",⁷⁹ "daha fazla"⁸⁰, "önemli ölçüde"⁸¹

⁷³ Habermas, *Between Facts and Norms* 259.

⁷⁴ Ibid; Tsakyrakis, 'Proportionality: an Assault to Human Rights' 470.

⁷⁵ Thomas Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', (1987) 96(5) *Yale Law Journal* 948.

⁷⁶ Alexy burada Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından bazı niteleme örnekleri veriyor. *A Theory* (n 3) 105-106.

⁷⁷ Mustafa Berberoğlu başvurusu, no. 2015/3324, 26.02.2020, § 52.

⁷⁸ Halis Toprak ve diğerleri başvurusu, no. 2013/4488, 23.03.2016, § 91.

⁷⁹ Murat Kalkan başvurusu, no. 2017/21904, 11.12.2018, § 58.

⁸⁰ Aydın Yavuz başvurusu, no. 2016/22169, 20.06.2017, § 203.

⁸¹ Afıtap Salman başvurusu [GK], no. 2013/2105, 11.11.2015, § 18.

gibi; kişilerin toplumsal konumlarını “sıradan bir kimse”,⁸² “sade vatandaş”⁸³, “orta düzeydeki bir birey”,⁸⁴ “üst düzey siyasetçi”⁸⁵ gibi nitelendirmelere tabi tutmaktadır. Örnekler çoğaltılabilir. Varılmak istenen nokta, mahkemelerin dikkate aldıkları etmenleri hafif, orta, şiddetli, fazla, çok gibi nitelendirmelere tabi tutmalarının kararları kendiliğinden irrasyonel kıldığıнын söylenemeyeceğidir.⁸⁶ Somut olayda yapılmış yanlış bir nitelendirme söz konusu kararı hatalı hale getirebilir; ama bu, kararlarda değerlere bağlı nitelendirmelerin *hiç yapılamayacağını* değil, *somut nitelendirmenin* yanlış yapıldığını gösterir. Bir ilkenin yanlış uygulamasından yola çıkılarak onun doğru formu eleştirilemez. İlkenin kendisinin hatalı olduğunu savunabilmek için doğru uygulanmış bir formunun hatalı sonuçlar vermesi gerekir.

İkinci savunma, daha da önemlidir. Dengeleme sonucu elde edilmiş olan koşullu üstünlük ilişkileri, Yarışan İlkeler Yasası gereğince, aynı koşulların sağlandığı durumlarda uygulanmak üzere birer *kural* oluştururlar. Böylece, aynı koşullarda uygulanacak kural her zaman belirlidir, yargıcın takdirine bağlı olduğu söylenemez.⁸⁷ Eğer **K_a** koşullarında ifade özgürlüğü şeref ve itibar hakkına karşı korunuyor ise, **K_a**'yı oluşturan etmenlerin var olduğu her durumda uygulanması gereken bir kural bulunmaktadır. Görüldüğü üzere bu güvence, farklı davalardaki dengeleme işlemlerinin tutarlılığının ve mahkeme kararlarındaki öngörülebilirliğin sağlanması için son derece önemlidir.

Özetle Yarışan İlkeler Yasası, Mahkemelerin etmenlerin aynı olduğu davalarda aynı kararları vermelerini öngörür. Yine etmenlerin yalnızca hafifçe değiştiği davalarda birbiriyle çelişen kararlar verildiğinde, bu duruma kuşkuyla bakılmasını gerektirir. Çünkü zaten neredeyse hiçbir zaman iki anayasal dava bütünüyle aynı değildir. Davanın olgularındaki küçük değişikliklerin, ya da ilk davaya etki eden etmenlerden yalnızca birisinin olmamasının sonucu tamamen değiştirdiği durumlarda, bu

⁸² Nihat Durmuş ve Durmuş Ofset Gaz. Bas. Yay. Mat. Kül. ve Spor Etk. ve Tic. Ltd. Şti. başvurusu, no. 2014/5761, 10.05.2018, § 51.

⁸³ Osman Oktay Ekşi başvurusu, no. 2014/3092, 27.12.2017, § 37.

⁸⁴ Nesrin Yıldırım başvurusu, no. 2014/5503, 21.06.2017, § 40.

⁸⁵ Dilan Ögüz Canan başvurusu [GK], no. 2014/20411, 30.11.2017, § 10.

⁸⁶ Alexy, ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’ 139.

⁸⁷ Alexy, A Theory (n 3) 106-107.

esaslı değişikliğin nedeninin Mahkemelerce daha ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir. Aksi takdirde Habermas'ın ve daha pek çoklarının uyardığı gibi yargıcın somut olayda keyfi biçimde kullanabileceği takdirine bağımlı ve öngörülemez bir hukuk düzeninin oluşması kaçınılmazdır.⁸⁸

D. Yarışan İlkeler Yasasının Bağlayıcılığı Sorunu

Yarışan İlkeler Yasasının Türkiye Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında uygulanabilir olduğu iddiası, içerisinde gerekçelendirilmesi gereken iki zımnı alt-iddia barındırır:

i) Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri de kararın bağlayıcı etkisine dahildir.⁸⁹

ii) Anayasa Mahkemesi, geçmiş kararlarından ve bunların gerekçelerinden tam bir serbestlik içerisinde ayrılmamalıdır.

Bunlardan birincisi, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinde yapılan belirlemelerin diğer mahkemeleri ve organları bağlayıp bağlamayacağına ilişkin olarak *dikey bağlayıcılık* ekseninde, Türkiye doktrininde geniş biçimde tartışılmıştır. İkincisi ise Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararların bizzat bu Mahkemeyi bağlayıp bağlamayacağı sorununa ilişkindir. Bu nedenle ikincisi bir *yatay bağlayıcılık* sorunudur ve doktrinde diğerine kıyasla daha az tartışmaya konu edildiği söylenebilir.

Bu makale bağlamında bağlayıcılık kavramından, bir mahkeme için, üst mahkemelerin ya da bizzat o mahkemenin aynı konuda daha önce vermiş olduğu emsal kararlara uymasının *hukuki bir zorunluluk olması* anlaşılmalıdır. Öyle ki o karara uymamak “hukuken hatalı” olmalıdır.⁹⁰ Görüleceği üzere burada kabul edilen tanım, *de jure* bağlayıcılıktır. Mahkemelerin emsal kararlara hukuki zorunluluk olmaksızın, örneğin kariyer ve sicil kaygısıyla *genellikle* uyuyor olmaları ya da yabancı

⁸⁸ Hasan Sayim Vural (n 29) 102-103.

⁸⁹ Çünkü sözü edilen kurallar kararlarının gerekçelerinde ortaya konulmaktadır.

⁹⁰ Bu tanımda büyük oranda Peczenik'in sunduğu tanımın benimsendiği söylenebilir. Aleksander Peczenik, ‘The Binding Force of Precedent’ içinde Neil MacCormick et al. (eds) *Interpreting Precedents* (Routledge 2016) 461.

doktrinde çoğu zaman sözü edilen biçimiyle *de facto* bağlayıcılık, burada ele alınan şekliyle bağlayıcılık değildir.⁹¹

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereçekleri Bağlayıcı mıdır?

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi kararlarının *dikey normatif bağlayıcılığının* bulunduğu kesindir. Anayasa’da yer alan “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” düzenlemesi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Buna karşın söz konusu maddede AYM kararlarının *hangi bölüm veya bölümlerinin* bağlayıcı olduğu sorusuna bir cevap verilmemektedir. Bu belirsizlik, doktrinde görüş ayrımalarına yol açmıştır.⁹²

Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekçelerin bağlayıcılığı konusunda üç temel görüşten⁹³ ilkinin temsil edenler,⁹⁴ bu kararların yalnızca hüküm fıkralarının bağlayıcı olduğunu savunmaktadır.⁹⁵ İkinci görüşe

⁹¹ Ancak burada kabul edilen *de jure* bağlayıcılığın, açık bir kanun hükmünün varlığını zorunlu kıldığı da düşünülmemelidir. Verili hukuk düzeninden olağan yorum yollarıyla çıkarsanabilen bağlayıcılık, *de jure* bağlayıcılığın varlığını gösterir.

⁹² Bu görüş ayrılıklarının norm denetimi kararları bağlamında ortaya çıktığını ve tartışmaların büyük oranda bu kararlar ekseninde yapıldığını, bireysel başvuru kararları açısından ise benzer boyutta bir tartışma yapılmadığını not etmek gerekir.

⁹³ Norm denetimine özgü bir istisnadan yola çıkması ve dolayısıyla bu makalede uygulama alanı bulmaması nedeniyle burada sayılan temel görüşlere dahil edilmeyen dördüncü bir görüş bulunmaktadır. Yalnızca yorumlu ret kararlarında gerekçenin bağlayıcı olduğunu savunan bu görüş için bkz. Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Yetkin Yay. 2018) 107.

⁹⁴ AYM’nin kararlarının yalnızca hüküm fıkralarının bağlayıcı olduğunu savunan görüşler için bkz. Ayhan Döner, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereçeklerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar’ içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008) 221 vd; Yusuf Şevki Hakyemez, ‘Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu’ içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008) 365 vd; Yaşar Tunç, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış’ (2010) 47 Terazi Hukuk Dergisi 29 vd; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (18. Baskı, Ekin Yay. 2015) 437; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (15. Baskı, Yetkin Yay. 2014) 453; Zühtü Arslan, ‘Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi’ içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008) 59 vd.

⁹⁵ Bu konuda yapılmış bir derleme için bkz. Ece Göztepe Çelebi, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı’ (2016) 32

ise kararların yalnızca hüküm fıkraları değil, gerekçeleri de tamamen bağlayıcıdır.⁹⁶ Bu iki görüşün ortalarında bir yerde yer alan üçüncü bir görüşe göre ise hüküm fıkrasıyla sıkı bir ilişki içerisinde bulunan ve dikkate alınmaması durumunda hüküm fıkrasını anlamsız hale getirecek gerekçelerin bağlayıcı olması gerekmektedir.⁹⁷ Bu konu, Anayasa literatüründe üzerinde en çok tartışma yürütülmüş konulardan birisi olup bu çalışmada her yönüyle tüketilmesi olanaksızdır.

Bu çalışmada savunulan görüş ise, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin tümünün değil; ancak *ratio decidendi* olan kısımlarının *dikey olarak* bağlayıcı olduğudur.⁹⁸ Anayasa Mahkemesi kararlarının *ratio decidendi*'leri bağlayıcı olmalıdır, çünkü *ratio* olmadan hüküm fıkrasına anlam vermek mümkün değildir. Ancak belirtildiği üzere bu kavramın neyi ifade ettiği noktasında önemli bir tartışma bulunmaktadır. Burada *ratio decidendi* kavramı için Sartor'un tanımı kabul edilmektedir. Bu tanıma göre *ratio decidendi*, “*bir yargı kararında açıkça ya da zımni olarak yer verilen ve uyumsuzluğun karara bağlanması için çözüml-*

Anayasa Yargısı 96. Aynı konuda başka bir listeleme için bkz. Tolga Şirin, ‘Is the Turkish Constitutional System on the Verge of a Crisis?’ (2018) *Verfassungsblog* <https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/> (Erişim tarihi: 10.06.2020) Burada yapılan listelemede büyük oranda bu iki sayımdan yararlanılmıştır.

⁹⁶ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku (Beta Yay. 2013) 553; Erdoğan Teziç, ‘Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü’ (1990) 7 Anayasa Yargısı 46; Fazıl Sağlam, ‘Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi’, (1996) 13 Anayasa Yargısı 58; İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı (Legal Yay. 2000) 151; Turan Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’ (1993) 26 Amme İdaresi Dergisi 74; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi (Yetkin Yay. 1996) 294; Zafer Gören, Anayasa Hukuku (Seçkin Yay. 2000) 305; Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli bir İnceleme (On İki Levha Yay. 2013) 662 vd.; Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (n 93) 109.

⁹⁷ Emin Memiş, Anayasaya Uygun Yorum (Filiz Kitabevi, 2017) 147; Yüksel Metin, Anayasanın Yorumlanması (Asil Yay. 2008) 196, akt. Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (n 93) 106.

⁹⁸ Alman anayasa hukukunda da *ratio decidendi*'nin bağlayıcı olduğuna dair bir görüş için bkz. Thijmen Koopmans, ‘Stare Decisis in European Law’ içinde D O’Keefe ve H Schermers (eds.), *Essays in European Law and Integration: To Mark the Silver Jubilee of the Europa Institute* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982) 23-24.

mesi gerekli hukuki sorunu çözmeye yarayan, ve çözen, genelleştirilebilir (tıpte) kuraldır.”⁹⁹ *Ratio decidendi* ile gerekçenin diğer kısımları arasında nasıl bir fark olduğu ve bu farkın nasıl tespit edilebileceği sorusu sorulabilir. Buna hâlihazırda bazı yanıtlar verilmiştir.¹⁰⁰ Bundan yüz yıldan fazla bir süre önce Wambaugh, bir davanın *ratio*’sunun “o olmasa davanın farklı sonuçlanacağı genel kural” olduğunu savunmuştur.¹⁰¹ Buna göre gerekçenin bir kısmının o davanın *ratio*’su olup olmadığını anlamın basit bir yolu vardır. O gerekçedeki ifadeler ters çevirilmelidir, yani aksi düşünülmalıdır. Eğer bu durumda davanın sonucunun da değişeceği söylenebiliyorsa, o gerekçe *ratio decidendi*’dir.¹⁰² Ancak bu test, yalnızca gerekçenin tek bir bölümünün *ratio* olduğu durumlarda doğru sonucu verecektir. Buna karşın farklı etmenler bir araya gelerek *ratio* oluşturabilirler.¹⁰³ Fakat Wambaugh’nun testinin temel prensibinin yine de geçerli olduğu savunulabilir. Eğer bir *kural* (bu *kural* tek bir etmene ya da bir etmenler dizisine bağlı olarak oluşabilir), ters çevrildiğinde varılacak hükmün sonucunu değiştiriyor ise, bu *kural* bir *ratio decidendi*’dir ve dikey olarak bağlayıcıdır. Kararın *ratio decidendi* olmayan diğer tüm kısımları ise birer *obiter dictum*dur, *obiter dicta*’nın bağlayıcılığı ise bu makale için gerekli olmayan ayrı bir tartışmaya konu olabilir.

Ratio decidendi’nin bağlayıcılığı noktasında bireysel başvuru yolunda verilen kararlar özel bir yere sahiptir. Bireysel başvuru yolundaki temel hukuki dayanaklar hak ve özgürlük düzenlemeleridir ve bunlar çoğunlukla oldukça belirsiz ve açık uçlu ifadelerle düzenlenmiştir. Bu ifadeler mahkeme yorumuna pek az katkı sağladıklarından, norm denetimine kıyasla kararların daha geniş bir bölümü *ratio decidendi* oluşturmak durumundadır. Çünkü yasal dayanakların lafzından verili bir sonuca ulaşmakta zorlanan anayasa yargıcı, kararına dayanak olarak çok daha fazla sayıda gerekçe üretmelidir. Bu gerekçeler temel hak ve özgürlükle-

⁹⁹ Giovanni Sartor, ‘Il Precedente Giudiziale’ (1996) 11 *Contratto e Impresa*, <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>

¹⁰⁰ Burada ayrıntılarına girilemeyecek ünlü bir yanıt için: Arthur L. Goodhart, ‘Determining the Ratio Decidendi of a Case’ (1930) 40(2) *Yale Law Journal*.

¹⁰¹ Eugene Wambaugh, *The Study of Cases* (1884) 17-18, akt. Sartor (n 99) 239.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Rupert Cross, *Precedent in English Law* (Clarendon Press, 1977) 55.

re ilişkin hükümlerin belirsizliğini gidermek için zorunludur. Aksi hâlde bu alanda bir içtihat birliği sağlamak mümkün olmayacaktır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda kendi gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu gösteren ifadeler kullanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin, 15 Haziran 2020 itibariyle, ceza veya tutukevindeki kişiye yazılan ya da bu kişinin yazdığı mektupların sakıncalı bulunarak iletilmemesi konusunda verdiği en az kırk üç ihlal kararı bulunmaktadır.¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi bu konuyla ilgili olarak yakın tarihli kararlarında “*haberleşme hürriyetine gereksiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa’nın 22. maddesini ihlal edecektir*” cümlesini kullanmaktadır.¹⁰⁵ Hem bu cümle hem de bahsedilen kriterler, kararların gerekçelerinde yer almakta, nitekim bu kararların hüküm fıkralarında kriterlere ilişkin herhangi bir belirleme yer almamaktadır.¹⁰⁶ Kararların yalnızca hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu görüşü kabul edilirse, AYM’nin haberleşme hürriyetine ilişkin geliştirdiği kriterlere uymayan kararların her olay için bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal tespiti yapılana kadar hukuken eleştirilebilir olmadığı kabul edilmek zorunda kalınacak; kararların gerekçe kısmında geliştirilmiş kriterlerle kendilerini bağlı hissetmeyen ilk derece mahkemeleri için Anayasa Mahkemesinin bir konuda verdiği anayasa şikâyeti kararları önemsiz bir bilgiden öte bir anlama sahip olmayacaktır. Ayrıca Mahkeme’nin bireysel başvuru yolunda verdiği kararlar ihlalin nasıl giderilmesi gerektiğine ilişkin de yorumlar içerdiğinden, hüküm fıkrasının çoğu durumda bir karardan sonuçlar çıkarabilmek için tek başına yeterli olmayacağı açıktır.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Bu sayı, “insanhaklari.gen.tr” adresinde yer alan “AYM Karar Arama” bölümünden, şikâyet konusu olarak “HABERLEŞME--cezaevinde mektubun sakıncalı bulunarak iletilmemesi” ve sonuç olarak “ihlal” seçenekleri seçilerek teyit edilebilir.

¹⁰⁵ Birkaç örnek için bkz. Rıdvan Türan başvurusu, no. 2017/20669, 10.03.2020, § 55; Tayfur Tunç başvurusu, 2017/36327, 10.03.2020, § 55; Musa Kaya (2) başvurusu, no. 2013/2351, 16.09.2015, § 64.

¹⁰⁶ Bu kararların gerekçelerinde konuyla ilgili yalnızca şu ibare yer almaktadır: “Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin İHLAL EDİLDİĞİNE (...) karar verildi.” Bkz. Rıdvan Türan başvurusu, HÜKÜM, (C) bendi; Tayfur Tunç başvurusu, HÜKÜM, (C) bendi; Musa Kaya (2) başvurusu, HÜKÜM, (B) bendi.

¹⁰⁷ Aynı yönde, Tolga Şirin, Anayasa Şikâyeti (n 96) 661-62.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerindeki *ratio decidendi*'nin, yani hükme götüren ve hükümle doğrudan bağlantılı gerekçe kısmının, bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçeleri, Anayasa Mahkemesini Bağlar mı?

Yukarıda yürütülen kısa tartışma dikey bağlayıcılık eksenliken, burada Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu önceki kararlarının, Mahkemenin kendisini bağlayıp bağlamayacağı sorusu (“*yatay bağlayıcılık*”, “*autovincolatività*”) tartışılacaktır.

Yatay bağlayıcılık noktasında çoğu zaman Common Law (“Ortak Hukuk”) hukuk sistemiyle Kıta Avrupası hukuk sistemi arasında bir ayırım yapılmakta, Türkiye Common Law sistemine tabi bir hukuk düzenine sahip olmadığından mahkeme kararlarının yatay bağlayıcılıklarının bulunmadığı savunulmaktadır.¹⁰⁸ Bu çalışmada da Anayasa Mahkemesi kararlarının *de jure* yatay bağlayıcı olmadığı savunulacak olmakla beraber, Common Law-Kıta Avrupası hukuku ayırımının buna bir gerekçe olamayacağı düşünülmektedir. Nasıl sırf hukuk sistemimizin Kıta Avrupası hukuk sisteminin saf hâlden farklılık gösterecek olması otomatikman yargıçların karşıoy yazmalarına engel olmamızı gerektirmiyorsa,¹⁰⁹ emsal kararların bağlayıcı olması gerektiğini de sırf bu nedene dayanarak reddetmemiz gerekmez. Tartışma, yatay bağlayıcılığın getireceği yarar ve zararlara ilişkin savlarla yürütülmelidir. Common Law sistemine yaklaşmamız ya da uzaklaşmamız, kendi başına, lehe ya da aleyhe bir veri değildir.

Peki Anayasa Mahkemesi kendi kararlarıyla (hüküm fıkralarıyla veya gerekçeleriyle) bağlı *olmalı mıdır*? Burada kabul edilen bağlayıcılık tanımı doğrultusunda bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Anayasa Mahkemesi kendi kararları ile *de jure* ve katı biçimde bağlı olmamalıdır.

¹⁰⁸ Bir örnek için bkz. İsmail Köküsarı, ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi’ (2018) 22(1-2) Erzin-can Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15.

¹⁰⁹ Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan Roma-Germen hukuk sisteminin saf hâlinde kararlara, özellikle yargıç bağımsızlığına ve kararların gizliliğinin önemi-ne atıfla, karşıoy yazılması mümkün değildir. Bkz. Kurt H. Nadelmann, ‘The Judicial Dissent’ (1959) 8(4) American Journal of Comparative Law 415.

Aksi durum, içtihadı dondurma riski taşırdı. Ancak Anayasa Mahkemesi kendi içtihatlarından, eski kararlarıyla herhangi bir bağlantı kurmaksızın da ayrılmamalıdır.

AYM'nin daha önce vermiş olduğu kararlar *hiç yokmuş gibi* davranması, pek çok açıdan sorunlu olacaktır. Öncelikle benzer davaları benzer şekilde çözmek, adaletin bir gereğidir.¹¹⁰ Yargıçların benzer davalarda benzer kararlar vermesi hukuksal açıklık, öngörülebilirlik ve meşruiyet yaratır.¹¹¹ Ayrıca davasının olguları aynı özellikleri gösteren iki farklı kişiye farklı muameleler yapılması, bir eşitlik sorunu da doğurabilir. Konu hakkında geçmişte verilmiş kararlar hiç yokmuş gibi davranmak, insanın temel akıl yürütme biçimine de aykırıdır. Geçmişten edinilen dersleri şimdiki ve gelecekteki problemleri çözmek için kullanmak, insanın pratik aklının temel bir parçasıdır.¹¹²

Görüleceği üzere AYM'nin geçmişte vermiş olduğu kararlarının kendisi için mutlak bir bağlayıcılığa sahip olması hukuki ilerlemeyi durdurabileceken, bu kararlarla hiçbir biçimde bağlı olmaması da pek çok olumsuz sonuç doğuracaktır.

Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi, içtihat tutarlılığının önemini sık sık vurgulamaktadır. Sözelimi Mahkeme, bir bireysel başvuru kararında, incelenen hakkında Yargıtay'ın farklı daireleri arasındaki bir çelişki olduğunu tespit ettikten sonra şu yorumlarda bulunmuştur:¹¹³

[U]ygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda *tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin* farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise *hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir*. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, *bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven za-*

¹¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (OUP 2009) 274.

¹¹¹ Adryan J.W. Toth, 'Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis' (2013) 22 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 40.

¹¹² N MacCormick ve RS Summers, 'Introduction' içinde MacCormick et al. (eds), *Interpreting Precedents* (n 90) 1.

¹¹³ Türkan Bal başvurusu [GK], no. 2013/6932, 06.01.2015, §§ 64, 67, 72-73 (vurguları ben ekledim).

rar görebilir (...) [İçtihat farklılığını yaratan ikinci kararın] *daha önceki kararlardan farklı bir sonuca neden ulaşıldığının*, başvuru ve üçüncü kişiler tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkân verecek yeterli gerekçeyi içermediği değerlendirilmektedir (...) Yargıtay dairelerinin ilamlarında *yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıklar bulunmasının*, başvuru açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda, başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Bu belirlemelerden açıkça görüleceği üzere AYM bir mahkemenin daha önce vermiş olduğu kararlardan ayrılabilmesini; ancak bu ayrılığa ilişkin *yeterli ve tatmin edici bir gerekçe sunmasının* zorunlu olduğunu belirlemiştir.¹¹⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımla, Mahkeme'nin hukuki belirginlik, öngörülebilirlik ve hukuk önünde eşitlik ilkeleri gereğince kendi kararlarından sağlam bir gerekçe olmaksızın ayrılması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁵

Aranılan formül, gözümüzün önündedir: Anayasa Mahkemesi geçmişte verdiği kararlarından (dolayısıyla *ratio*'larından) ayrılabilir; ama bu ayrılığa ilişkin *yeterli ve tatmin edici bir gerekçe* sunmalıdır. Aksi, Anayasa Mahkemesinin kendisinin de saptadığı gibi, hukuk düzeni için oldukça zararlıdır. Hukuki güvenlik ve belirlilik yerini kaosa bırakır. Uzun vadede ise yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güven temelden sarsılır.

Özetle Anayasa Mahkemesi kararlarının, Mahkemenin kendisi için bağlayıcı olduğunu savunmak uygun değildir. Eğer Anayasa Mahkemesinin kendi kararları Anayasa Mahkemesini hukuken bağlasaydı, yalnızca hukuki dinamizm zarar görmeye kalmazdı. Eğer AYM'nin içtihadının mutlak bir tutarlılık içerisinde olmasının bir anayasal zorunluluk olduğu kabul edilseydi, içtihat değişikliği yapan Mahkeme, Anayasa'ya

¹¹⁴ Bu belirlemeye AYM'nin kendisinin dahi her zaman uyduğu söylenemez. Makalenin ikinci bölümünde bu sorun ele alınacak. Aynı yönde başka bir eleştiri için bkz. Ozan Ergül, *Anayasa Yargısında Stare Decisis: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı* (Adalet Yay. 2016) 211-309.

¹¹⁵ *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık (İHAM)* no. 28957/95, 11.07.2002, § 74, akt. O Doğru ve A Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar (II)* (Avrupa Konseyi Yay. 2012) 35.

aykırı davranmış olurdu. Doktrinde -Cumhurbaşkanının anayasaya aykırı olarak bir kanunu yayımlamaması bağlamında- bir devlet organının kendisine Anayasa tarafından verilen göreve aykırı davranması durumunda vatana ihanet suçundan suçlandırılabilmesi dahi savunulmuştur.¹¹⁶ Tutarsız içtihatlarla sahip bir mahkemenin üyeleri için böyle bir tedbirin oldukça orantısız ve olağan üstü zararlı olacağı açıktır.

Gelgelelim Mahkeme, içtihatlarını, hiçbir sav çizgisi izlemeden tamamen keyfi bir biçimde de değiştirmemelidir. Mahkemenin, benzer bir olayda daha önce vermiş olduğu kararlarından ayrılacağı durumlarda bir “gerekçelendirme külfeti” (“*burden of argumentation*”¹¹⁷) altında olduğu kabul edilmelidir. Yani önceki kararından neden ayrıldığına dair tatmin edici bir tartışma yürütmelidir. Bu külfetin yerine getirilmemesi hukuki düzen açısından son derece olumsuz sonuçlar doğurabilir. Öncelikle AYM kararlarındaki belirsizlikler, ilk derece mahkemelerine de yansiyacaktır. Mahkemenin sürekli içtihat değiştirmesi, hangi içtihadı uyacağını bilemeyen ilk derece mahkemesinin oradan oraya sürüklenen içtihatlardan *damağına uygun olanı seçmesine* (“*cherry-picking*”¹¹⁸) neden olabilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin *ratio*’larını tespit etmek olanaksızlaşacağından, bu kararlara uyulup uyulmadığını da denetlemek mümkün olmayacaktır. Böyle bir düzende AYM’nin meşruiyetini uzun süre koruması beklenemez. Geçmişte kararlarının meşruiyeti ilk derece mahkemeleri tarafından dahi sorgulanmış olan Mahkemenin, bu meşruiyeti koruyabilmek ve geliştirebilmek adına hukuki argümantasyonun temel ilkelerine¹¹⁹ bağlı kalması yararlı olacaktır.

¹¹⁶ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Kitabevi 2000) 411.

¹¹⁷ Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation (n 110) 274 vd.

¹¹⁸ Cherry-picking, emsal kararlardan yararlanma bağlamında, yargıçların olay hakkında hukuksal bir akıl yürütme yapmadan önce kişisel önyargıları veya başkaca nedenlerle kararlarını verdiği, daha sonra verdikleri karara uygun hukuki gerekçeler üretmek için lehine içtihatları seçip kullandığı ve aleyhine olanları kullanmadığı hâlleri anlatmak için kullanılır, bkz. Anthony Niblett, ‘Do Judges Cherry Pick Precedents to Justify Extra-legal Decisions: A Statistical Examination’ (2010) 70 Maryland Law Review 234.

¹¹⁹ Klasik olarak bu ilkelerin uyumluluk, etkililik, sınanabilirlik, tutarlılık, genelleştirilebilirlik ve samimilik olduğu savunulur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Eveline T. Ferreris, Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma (2. Baskı, çev. Ertuğrul Uzun, Pinhan Yay. 2019) 182.

Bu bölümde, AYM'nin karar gerekçelerinde bir iç tutarlılık içerisinde olması gerektiği savunuldu. İkinci bölümde, AYM'nin uygulamada bu tutarlılığı sağlayıp sağlayamadığı, politik ifadeler bağlamında ifade özgürlüğü odağında yapılacak bir inceleme ile sınanacaktır.

II. ORANTILILIK TESTİ VE TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ

Birinci bölüm, Anayasa Mahkememizin istikrarlı biçimde kullandığı ölçülülük ve daha özel olarak da orantılılık testinin teorisini ve doğru uygulanmış bir orantılılık testinin önemini kavramak için gerekliydi. Bu bölümde Anayasa Mahkemesinin bu testi uygulama yöntemi, politik ifadeler bağlamında ifade özgürlüğüne ilişkin seçilmiş birkaç karar bağlamında değerlendirilecektir.

A. Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında İfade Özgürlüğü-Şeref ve İtibar Hakkı Çatışmasında Kullandığı Kriterler

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi kararlarında kural olarak öncelikle olaya uygulanabilir ilkeleri belirlemekte, daha sonra bunların somut olay bazında değerlendirmesine geçmektedir. Mahkemenin bu ilkeleri daha önceki kararlarında belirlediği ilke ve kriterlere atıf yaparak ortaya koyduğu doğrudur; gelgelelim yine de politik ifadelerin konu olduğu ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı çatışması içeren bir olayda Mahkeme'nin kullanacağı kriterleri önceden tahmin edebilmek oldukça zordur.

Bunun temel nedeni, Mahkeme'nin bu tür çatışmaları incelediği farklı kararlarda birbirinden farklı en az beş kriter listesi saymış olmasıdır. Mahkeme bazı kararlarında çatışan hakların dengelenmesi için olayda uygulanması gereken 6 kriter saymakta,¹²⁰ bazı kararlarında bu kriter sayısını 7'ye,¹²¹ bazı kararlarında 8'e,¹²² bazı kararlarında 10'a,¹²³ hatta 11'e,¹²⁴ çıkarabilmektedir.

¹²⁰ Çok sayıda örnekten birisi için, Ali Rıza Üçer (2) başvurusu, no. 2013/8598, 02.07.2015, § 47.

¹²¹ Umur Kılıç başvurusu, no. 2015/16643, 04.04.2018, §§ 31-2.

¹²² Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayımları Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusu, no. 2015/11961, 11.06.2018, § 47; Kemal Baytaş başvurusu, no.

Mahkeme'nin olayda uygulanacak genel ilkeleri belirlerken kararda çatışan hakları dengelemek için dikkate alınması gerektiğini belirttiği kriter dizilerinden kısaca *kriter listesi* olarak bahsedilecek. Bu doğrultuda AYM'nin en az beş farklı *kriter listesi* kullandığını söylemiştik. Bunlardan kısaca söz edelim.

1. “Klasik” Kriter Listesi¹²⁵

“Klasik” kriter listesi, AYM'nin bu bağlamda en çok kullandığı listedir.¹²⁶ Ayrıca bahsedilecek listeler içerisinde en öteden beri kullanılan listedir.¹²⁷ AYM bu listeyi, diğerlerinden farklı olarak, alt alta kriterler halinde saymamakta, uzun bir metin halinde belirtmektedir. Bu listenin jenerik cümlesi şu şekildedir:¹²⁸

[Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken] soyut bir değerlendirme yapılmayıp; başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

Dolayısıyla klasik kriter listesinde altı kriter bulunmaktadır:

- a. *İfadelerin türü*
- b. *Kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi*
- c. *Kısıtlamaların niteliği ve kapsamı*

2016/1314, 04.07.2019, § 46; Abuzer Demir ve Aslı Peksezer başvurusu, no. 2016/73556, 23.10.2019, § 33.

¹²³ Mehmet Güngör başvurusu, no. 2016/14951, 11.12.2019, § 38; Gökhan Çalışkan başvurusu, no. 2017/18316, 28.01.2020, § 38; Çağrı Yılmaz başvurusu, no. 2017/34463, 13.02.2020, § 38.

¹²⁴ Aykut Küçükaya başvurusu, no. 2014/15916, 09.01.2020, § 47.

¹²⁵ “Klasik” nitelendirmesi ve bundan sonra listeleri adlandırmak üzere kullanılacak ifadeler benim tarafımdan, bu listelere atfı kolaylaştırmak için yapılmıştır. AYM tarafından kullanılan ifadeler değildir.

¹²⁶ Bekir Coşkun başvurusu [GK], no. 12151, 04.06.2015, § 57.

¹²⁷ Ibid

¹²⁸ Ibid; Ali Rıza Üçer başvurusu, § 47; Ergün Poyraz (2) başvurusu [GK], no. 2013/8503, 27.10.2015, § 56; Ömür Çağdaş Ersoy başvurusu, no. 2015/11715, 12.12.2018, § 31.

d. Kimin tarafından dile getirildiği

e. Kime yöneldiği

f. İfadeye karşı sahip olunan hakların ağırlığı

Bazen bu listeye, olgu-değer yargısı ayrımı bağlamında “somut unsurlarla desteklenip desteklenememe” kriteri de eklenmektedir.¹²⁹ Ancak bu son kriterin genel ilkeler kısmında sayılmadığı, ancak ilkelerin olaya uygulanması sırasında dikkate alındığı kararlar mevcuttur.¹³⁰ Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin olayın değerlendirmesi sırasında kendisini, daha önce saymış olduğu genel ilkelerle sınırlı tuttuğu söylenebilir.

2. “Sekizli” Kriter Listeleri

Mahkeme bazı kararlarında altı değil, sekiz kriter kullanmaktadır. Ancak sekizli tek kriter listesi yoktur. AYM tarafından iki adet, birbirinden hafifçe farklı liste kullanılmıştır:

8(A) Listesi ¹³¹	8(B) Listesi ¹³²
a) Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı	i. Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, yayının genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı
b) Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı	ii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı
c) Haber veya makalenin yayımlanma şartları	iii. Haber veya makalenin yayımlanma şartları
ç) Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları	iv. Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları

¹²⁹ Umut Kılıç başvurusu, § 32.

¹³⁰ Selahaddin Aydoğdu başvurusu, § 34; Oktay Kuban başvurusu, no. 2016/1999, 10.12.2019, § 40.

¹³¹ Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayımlama Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusu, § 47.

¹³² Kemal Baytaş başvurusu, § 46; Abuzer Demir ve Aslı Peksezer başvurusu, § 33.

d) Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı	v. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği
e) Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği	vi. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları
f) Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları	vii. Basın özgürlüğünün korumasından faydalanan kişilerin meslek ahlakına saygı gösterip göstermedikleri
g) Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı	viii. Doğru, güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket edip etmedikleri

Görüldüğü üzere iki liste arasındaki temel farklar 8(A) listesinde “*basın özgürlüğünün korumasından faydalanan kişilerin meslek ahlakına saygı gösterip göstermedikleri*” ve “*doğru, güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket edip etmedikleri*” kriterlerinin; 8(B) listesinde de “*habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı*” ve “*kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı*” kriterlerinin bulunmamasıdır.

Bu farklı kriterlerin kullanıldığı kararlar incelendiğinde, anlamlı bir farka ulaşmak olanaklı görünmemektedir. Bunun için 8(A) listesinin kullanıldığı *Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım* kararı ile; 8(B) listesinin kullanıldığı *Kemal Baytaş* kararını karşılaştıralım. İki kararda da başvuru bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından “gazeteci” olarak değerlendirilmektedirler.¹³³ İki durumda da şeref ve itibar hakkının korunmasını isteyen kişiler eleştirilere sıradan insanlara göre daha fazla hoşgörü göstermeleri gereken tanınmış siyasetçi ve üst düzey kamu görevlileridir.¹³⁴ İki durumda da ifadelerin kullanıldığı yer bir köşe yazısıdır. Cezalandırılan ifadelerden birisi “yolsuzluk şampiyonu”, diğeri ise “devlet sırlarını satmada Sülün Osman” a parmak ısırttırıyor” ifadeleridir, birbirlerinden anlamlı derecede bir farkları var ise dahi bu fark Mahkemece ortaya konulmamıştır. Bu iki karar arasında göze çarpan en önemli fark, ilk karara konu olayda başvuru aleyhine hukuk mahkemelerince

¹³³ Nihat Behramoğlu, § 53; Kemal Baytaş, § 54.

¹³⁴ Nihat Behramoğlu, § 54; Kemal Baytaş, § 49.

tazminata, ikinci başvurudaki başvurucu aleyhine ise ceza mahkemele-
rinde adli para cezasına hükmedilmiş olmasıdır. Ancak bu ayrımın da
farklılaşan kriterlerle nasıl bir ilişkisi olduğu anlaşılamamaktadır. Daha-
sı, 8(B) listesinde sayılmayan “*habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve*
kapsamı” kriteri, bu listenin uygulandığı kararda gayet dikkate alınmış
görünmektedir. Mahkeme bu tür eleştirilerin *cezalandırılmasının* caydırıcı
etki ve dolayısıyla başkalarında *cezalandırılma korkusu* yaratacağını
belirtirken, genel ilkelerde saymadığı bu kriteri kullanıyor görünmekte-
dir. Dolayısıyla bu iki listenin kullanıldığı kararlar arasında anlamlı bir
fark bulunmamaktadır.

3. “Onlu” ve “Onbirli” Kriter Listeleri

Yakın dönem kararların bir kısmında onlu kriter listesi uygulan-
maktadır. Bu on kriter şunlardır:¹³⁵

a) *Haber veya makalede yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği*

b) *Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişi-
nin önceki davranışları; basının sıkı denetiminde olup olmadığı; katlan-
ması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile
karşılaştırıldığında daha geniş olup olmadığı*

c) *Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin
türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları*

ç) *Haber veya makalenin yayımlanma şartları*

d) *Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin
bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin
düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı*

e) *Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konu-
nun güncel olup olmadığı*

f) *Haber veya makalede yer alan ifadelerin olgusal temele dayalı
olup olmadığı, ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince destekle-
nip desteklenmediği*

g) *Başkalarının şöhret ve haklarının zarar görme ihtimalinin bu-
lunduğu durumlarda başta meslek ahlakına saygı gösterme, doğru ve*

¹³⁵ Mehmet Güngör başvurusu, § 38; Gökhan Çalışkan başvurusu, § 38; Çağrı Yılmaz
başvurusu, § 38.

güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etme ödevi olmak üzere basın mensuplarının kendiliğinden uymaları gereken zorunlu sınırlara, ödev ve sorumluluklara uygun davranıp davranmadıkları

ğ) *Haber veya makalede dile getirilen düşüncelere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı*

h) *Haber veya makalenin hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkileri*

Bu on kriterin daha önce sayılanlardan oldukça farklı olduğu görülmektedir. Öncelikle listede daha önceki listelerde yer almayan “*haber veya makalenin hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkileri*” şeklinde yeni bir kritere yer verilmektedir. Ancak bu kriter, Mahkeme içtihadında yeni değildir. AYM zaten uzun süredir ifadenin yöneldiği kişiler üzerindeki etkilerini ölçülülük incelemesinde bir kriter olarak kullanmaktadır. Örneğin bir kararda Mahkeme, bir işçinin BİMER’e işverenini şikâyet etmesi nedeniyle işten çıkarıldığı bir davada söz konusu şikâyetin “firmanın itibarını sarsacak nitelikte kamuoyuna açıklama gibi aleni bir nitelikte” olmadığını dikkate almıştır.¹³⁶ Dolayısıyla bu, yeni bir kriter değildir.

Bunun yanında, bu listedeki kriterlerin sınıflandırılmasının da özensiz olduğu görülmektedir. Örneğin (e) başlığında yer alan *kamuyu bilgilendirme değeri*, kendisi bir kamu yararı göstergesi olduğundan, bünyesinde bunları barındıran (d) başlığına daha uygun görünmektedir.

Bunun yanında (d) başlığının son kısmında yer alan “*kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı*” alt kriterinin, aynı başlıkta kendisinden önce sayılan “*yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı*” alt kriterleriyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu ikisi tamamen farklı şeylerdir.

Yine “*kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı*” alt kriteri ile (ğ) kriterinde düzenlenen “*haber veya makalede dile getirilen düşüncelere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı*” arasındaki fark, eğer var ise, net değildir.

Son olarak bu listede, neredeyse hiçbir listede ihmâl edilmeyen “*haber veya makaleye yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı*” kriteri yer almamaktadır. AYM yalnızca Aykut Küçükkaya kararında, onlu lis-

¹³⁶ İlter Nur başvurusu, no. 2013/6829, 14.04.2016, § 35.

teye ek bu kriteri de sayarak “onbirli” bir kriter listesi kullanmıştır.¹³⁷ Ancak bu kararın söz konusu eklemelerin yer almadığı ve onun yerine onlu listenin kullanıldığı diğer -en az- sekiz karardan¹³⁸ ne farkı olduğunu anlamak mümkün değildir. Kaldı ki, bu kriterin yer almadığı bu sekiz kararın neredeyse tümünde aslında bu yer verilmeyen kritere inceleme sırasında başvurulmuştur.¹³⁹

Ayrıca onbirli listenin kullanıldığı *Aykut Küçükkaya* kararında (c) kriteri de hafifçe farklıdır. Bu (c) kriterine, “[haber veya makalenin] *gerçek olup olmadığı, özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı*” ifadeleri eklenmiştir. Ki bu eklenen ifadelerle işaret edilen değerlendirmeler de AYM içtihadında yeni değildir. AYM başka kararlarında da bu denetimi yapmıştır. Dolayısıyla bu ifadelerin neden *Aykut Küçükkaya* kararında ortaya çıktığını anlamak kolay görünmüyor. İlginç bir biçimde, *özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı* ifadesi yalnızca hepsinde incelenen müdahalenin erişimin engellenmesi olduğu üç kararda karşımıza çıkıyor.¹⁴⁰ Ancak hem bu ifadeler olayın neredeyse tümüyle aynı olduğu bazı diğer erişim engelleme kararlarında kullanılmamakta,¹⁴¹ hem de erişim engelleme dışındaki bağlamlarda da dikkate alınacak kriterler arasında açıkça zikredilmese de somut olayın değerlendirilmesi kısmında kullanılabilir.¹⁴²

¹³⁷ Aykut Küçükkaya başvurusu, § 47.

¹³⁸ Mehmet Güngör başvurusu, § 38; Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (3), no. 2016/5653, 09.01.2010, § 49; Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (4), no. 2016/73997, 16.01.2010, § 40; Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (5), no. 2017/4786, 28.01.2010, § 36; Gökhan Çalışkan başvurusu, § 38; Ali Taştan başvurusu, no. 2017/5809, 29.01.2020, § 36; Dursun Onur başvurusu, no. 2015/7877, 29.01.2020, § 29; Çağrı Yılmaz başvurusu, § 38.

¹³⁹ Uğurlu Gazetecilik (4) başvurusu, § 47; Çağrı Yılmaz başvurusu, § 43; Ali Taştan başvurusu, § 44; Uğurlu Gazetecilik (5) başvurusu, § 42; Uğurlu Gazetecilik (3) başvurusu, § 52; Mehmet Güngör başvurusu, § 44.

¹⁴⁰ Diğer iki karar: Kemal Gözler başvurusu, no. 2014/5232, 19.04.2018, § 49; Ali Kıldık başvurusu, no. 2014/5552, 26.10.2017, § 52.

¹⁴¹ Örneğin, Kemal Gözler (2) başvurusu, no. 2015/5612, 10.12.2019.

¹⁴² Örneğin, Tuğrul Culfa başvurusu, no. 2013/2593, 11.03.2015, § 52.

4. Liste Farklılıklarının Sebebinin Aranması

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi politik bağlamda ifade özgürlüğü ile şeref ve itibar hakkı çatışmalarında farklı kriter listeleri kullanılmaktadır. Ancak bu listelerin kararlardaki hangi belirleyici faktöre göre seçildiği, yani başvurudaki hangi özelliğe bağlı olarak kriter listesinin değiştiği net değildir. Olası adayları değerlendirelim.

Birinci aday, *tarihtir*. Anayasa Mahkemesinin kriterlerini zamanla geliştirdiği ve dolayısıyla kriter sayısını ve detaylarını zamanla arttırdığı veya azalttığı savunulabilir. Ancak bu kriterlerin kullanıldığı kararların tarihleri bunu doğrulamamaktadır. Örneğin tarih sırasında en önce gelen *klasik kriter listesi*, diğer tüm kriter listelerinin kullanıldığı tarihten sonraki tarihli kararlarda da zaman zaman karşımıza çıkmaya devam etmektedir.¹⁴³ Zamanla bu kriter listelerinin kullanım *sıklığında* değişim olduğu söylenebilir;¹⁴⁴ ancak diğer listelerin hala zaman zaman ve dönüşümlü olarak kullanılıyor olması, belirleyici etmenin başka olduğuna işaret etmektedir.

İkinci aday, *ifadenin sahibinin ve ifadenin yöneldiği kişilerin konularındadır*. Ancak burada da anlamı bir fark saptayabilmek olanaklı değildir. Örneğin ifade sahibinin gazeteci, ifadenin yöneldiği kişinin de siyasetçi olduğu üç kararda üç ayrı liste kullanılmıştır.¹⁴⁵ Yine ifade sahibinin “sıradan vatandaş” olduğu üç kararda üç ayrı kritere rastlanabilir.¹⁴⁶

Üçüncü aday, *ifadenin yayımlanma şeklidir*. AYM spontane sloganlar, basın açıklamaları, haberler, köşe yazıları veya meclis konuşmaları gibi farklı durumlarda kullanılan ifadeleri farklı kriterlerle değerlendiriyor olabilir. Örneğin kriterlerden bazıları yalnızca basın özgürlüğüne ilişkin ifadelerde geçerli olduğu izlenimi uyandırmakta, bazı kriterler doğrudan “haber veya makale” gibi belirli terimler kullanarak diğer tür ifadeleri dışlıyor görüntüsü yaratmaktadır. Ancak bu fikir de bizi bir ye-

¹⁴³ Örneğin, Turgut Altınok başvurusu, no. 2017/36724, 29.01.2020, § 24; Şaban Sevinç başvurusu, no. 2017/1632, 29.01.2020, § 23.

¹⁴⁴ Örneğin 2020 yılı içerisinde en baskın biçimde kullanılan kriter listesi onlu listedir.

¹⁴⁵ Klasik liste: Şaban Sevinç başvurusu, § 37; sekizli liste: Nihat Behramoğlu başvurusu, § 47; onlu liste; Aykut Küçükaya başvurusu, § 47.

¹⁴⁶ Aynı sırayla, Eyüp Hanoğlu başvurusu, no. 2015/11494, 23.05.2018, § 39; Umud Kılıç başvurusu, § 32; Çağrı Yılmaz başvurusu, § 38.

re götürmüyor: Davaya konu ifadelerin birer köşe yazısında yer aldığı üç farklı kararda klasik,¹⁴⁷ sekizli¹⁴⁸ ve onlu¹⁴⁹ kriterler kullanılmıştır.

Dördüncü aday, *müdahale biçimidir*. Yapılan müdahalenin ceza davası, tazminat davası veya erişim engelleme gibi başka bir tedbir yoluyla yapılmış olması uygulanacak testi değiştirmiş olabilir. Bunu test edelim: Klasik listeye değerlendirme yapılan bazı başvurular hukuk mahkemelerinde verilmiş tazminat kararlarından,¹⁵⁰ bazı başvurular ise ceza mahkemelerinde verilmiş hapis¹⁵¹ veya adli para cezalarından¹⁵² doğmuştur. Yine sekizli listenin kullanıldığı hukuk¹⁵³ ve ceza¹⁵⁴ davalardan doğan başvuru örnekleri bulunmaktadır. Aynı durum onlu liste için de geçerlidir.¹⁵⁵ Dolayısıyla müdahale biçimi de anlamlı bir fark yaratmıyor görünmektedir.

Son bir çabayla *ifadenin türüne* bakalım. *Kemal Kılıçdaroğlu* başvurusunda ifadelerin bir kısmı şu şekildedir: “Ey hırsızlar, ey yolsuzluk yapanlar, eğer başına bir şey gelmesini istemiyorsanız hırsızlık ve yolsuzluk yapmadan önce Sayın Başbakanla temasa geçin, irtibat kurun, kimse size dokunamaz.” *Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayım* kararında karara konu ifade “yolsuzluk şampiyonu”dur. *Mehmet Güngör* kararında başvurucunun cezalandırılmasına yol açan ifadeler ifadenin yöneldiği kişinin “paralelci” olduğu ve “yolsuzluk yaptığı” üzerine kuruludur. Bu ifadelerin birbirlerine son derece benzer olduğu söylenebilir. Gelgelelim başvurulardan birincisinde klasik,¹⁵⁶ ikincisinde sekizli,¹⁵⁷ üçüncüsünde ise onlu liste¹⁵⁸ kullanılmıştır.

¹⁴⁷ Koray Çalışkan başvurusu, no. 2014/4548, 05.12.2017, § 40.

¹⁴⁸ Nihat Behramoğlu başvurusu, § 47; Kemal Baytaş başvurusu, § 46.

¹⁴⁹ Mehmet Güngör başvurusu, § 38.

¹⁵⁰ Kemal Kılıçdaroğlu başvurusu, no. 2014/1577, 25.10.2017, § 56; Ergün Poyraz (2) başvurusu [GK], § 56.

¹⁵¹ Umut Kılıç başvurusu, § 31.

¹⁵² Erol Balcı başvurusu, § 35.

¹⁵³ Nihat Behramoğlu başvurusu, § 47.

¹⁵⁴ Kemal Baytaş başvurusu, § 46; Abuzer Demir ve Aslı Peksezer başvurusu, § 33.

¹⁵⁵ Hukuk davalarından doğan bir örnek, Uğurlu Gazetecilik (5) başvurusu. Ceza davalarından bir örnek, Gökhan Çalışkan başvurusu.

¹⁵⁶ § 56.

¹⁵⁷ § 47.

Bu tahminlerden hiçbirisi, kriter değişikliklerinin nedenini saptamamızı sağlayamadı. Pek tabii ki bu çalışmada bu farklılıkları belirleyen anlamlı bir değişkenin saptanamamış olması, bu anlamlı değişkenin *var olmadığı* anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi oldukça akla uygun bir gerekçeyle kriterlerinde zaman ve olay bazlı değişiklikler yapıyor olabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarının ve ölçülülük testi pratiğinin incelendiği bu çalışmada bu anlamlı farkın bulunamamış olması, bu farkın olmadığını göstermese de yeterince açık ve öngörülebilir olmadığını göstergesi sayılabilir. Orantılılık testinde kullanılacak kriterlerin öngörülebilir olmaması ve bu belirsizliğin yargıca arzulanan yönde kriter seçme (*cherry-picking*) şansı sunması durumunda karşılaşılabilecek sorunlar birinci bölümün sonunda ele alınmıştır.

Bu bölümün savı, Anayasa Mahkemesinin somut olaylarda uygulanacak kriterlerini belirlemede yeterince tutarlı olmadığıydı. Bu sav, Anayasa Mahkemesinin genel ilkeler bölümünde adil denge kurmak için kurulacak kriterleri sayarken *yalnızca o olaya uygulanabilecek kriterleri saydığı* iddiasıyla karşılanabilir. Bu itiraza göre yukarıda ulaşılan sonuçların bir önemi yoktur, çünkü pek tabii ki her olayda kullanılacak kriterler farklı olacaktır. Dolayısıyla yukarıda verilen listelerde Mahkeme tüm olaylarda kullanacağı kriterlerin tüketici bir listesini yapmamakta, yalnızca olaya özgü ilgili kriterleri saymaktadır. Ancak yukarıda sunulan kararlara göz atıldığında, bu kararların genel ilkeler kısmında sayılan kriterlerin bir kısmına olayın değerlendirildiği bölümde bir kez dahi değinilmediği onlarca örneğe rastlanabilir. Bu örneklerden bir kısmı yukarıda verilmişti. Birkaç örnek de burada verelim. Örneğin ne *Kemal Baytaş* ne de *Abuzer Demir ve Aslı Peksezer* kararlarında ilkeler kısmında sayılan “*doğru, güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket edip etmedikleri*” kriteri somut olayın incelendiği bölümde değerlendirilmektedir. Yine içeriğinde basına ilişkin bazı spesifik unsurlar barındıran bazı kriterler¹⁵⁹ ifade sahibinin veya ifadenin yöneldiği kişinin basın mensubu olmadığı birden çok kararda ilkeler kısmında yer al-

¹⁵⁸ § 38.

¹⁵⁹ Örneğin, “başkalarının şöhret ve haklarının zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda başta meslek ahlakına saygı gösterme, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etme ödevi olmak üzere basın mensuplarının kendiliğinden uymaları gereken zorunlu sınırlara, ödev ve sorumluluklara uygun davranıp davranmadıkları” kriteri.

maktadır. Bu da bu kısımda sayılan ilkelerin somut olay akılda tutularak belirlenmediği iddiasını güçlendirmektedir.¹⁶⁰

Ayrıca Mahkemenin kararlarında mutlakmışçasına andığı bazı *kurallara*, başkaca kararlarında açıkça uymadığı görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin ufak değişikliklerle en az altmış iki farklı kararında geçen şu klasikleşmiş cümlesini ele alalım:¹⁶¹

Anılan denetim sırasında Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin gerekçesine odaklanır. Kamu makamlarının temel hak ve özgürlüklere -zorunlu bir ihtiyaca karşılık geldiğini ve orantılı olduğunu- ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koymadan yaptıkları müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

Bu cümle, klasik bir *kural norm* ifadesidir. Eğer ifade özgürlüğüne *gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile* müdahale edilirse, ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olur. Bu bir kuraldır, çünkü öngördüğüne ya uyulur, ya da uyulmaz. Bu bir “eniyeleme gerekliliği” değildir. Başka bir deyişle, öngörülenin gereğini farklı düzeylerde yerine getirebilmek mümkün değildir. Bu bir kriter de değildir. Çünkü adil dengenin kurulması işleminde kullanılacak bir etmen olarak karşımıza çıkmaz. Terazinin bir tarafına eklenecek bir *ağırlık* değildir. Bu, kategorik bir gereklilik getiren bir *kuraldır*.

Fakat Anayasa Mahkemesinin bu kurala her zaman uyduğu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesinin bu çalışmada tespit edilebildiği kadarıyla en az beş kararında şu cümle geçmektedir:¹⁶²

¹⁶⁰ Daha da ilginç Mahkeme, bazen ilkeler kısmında hiç saymadığı kriterleri olayın değerlendirildiği kısımda kullanabilmektedir. Bkz. yukarıda, dipnot 139.

¹⁶¹ Bazı örnekler için, Ali Taştan başvurusu, § 33; Bekir Coşkun başvuru [GK], § 56; Kemal Gözler başvurusu, § 51. Bu kararların tümüne ulaşmak için ifade iki tırnak içine alınarak aratılabilir. AYM'nin sitesi böyle bir aramaya izin vermediğinden, insanhuklari.gen.tr kullanılabilir. Bu sitede bu ifade 22 Nisan 2020 tarihi itibarıyla 62 adet sonuç döndürmektedir.

¹⁶² Osman Oktay Ekşi, § 43; Ömür Çağdaş Ersoy, § 38; Ahmet Haluk Altan, § 41; Kemal Kılıçdaroğlu, § 68; Azat Yıldırım, § 41.

İlk derece mahkemesinin kararında, Anayasa Mahkemesi, içtihatlarında ortaya konulan kriterleri herkesi tatmin edecek derecede ayrıntılı olarak ele aldığı söylenemez. Ancak Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçlarla birlikte değerlendirildiğinde Mahkemenin başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacı temelinde başvuru hakkında verilen [kararı¹⁶³] haklı göstermek için sunduğu gerekçeler uygun ve yeterli kabul edilmiştir.

Bu cümlelerin yukarıdaki kuralla uyumsuz olmadığı savunulabilir. Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını *pek* beğenmemekte; fakat kendi değerlendirmeleri de düşünüldüğünde hakkın ihlal edilmediğine karar vermektedir. Ancak kuralda Anayasa Mahkemesinin bu kuralları somutlaştırabildiği durumlarda hakkın ihlal edilmeyeceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla anılan cümlelerin yukarıdaki kurala açıkça aykırı olmadığı savunulabilir; ancak en iyi ihtimalle kurala bir *istisna eklemektedir*. Bu istisnanın ise öngörülebilirliği ciddi derecede sorunludur. Bu istisna yalnızca beş kararda uygulanmıştır. Aksi yönde ise çok sayıda karar bulunmaktadır. Örneğin *Ergün Poyraz (2)* kararında Anayasa Mahkemesi, kendi içtihadında ortaya koyduğu bazı kriterlere göre Yargıtay'ın değerlendirme yapmamış olmasını ihlal nedeni olarak görmüştür.¹⁶⁴ Yine *Gökhan Çalışkan* kararında Mahkeme “[İlk Derece Mahkemesinin] *davaya konu ifadelerin dile getirilme şekli ve nedenini, söylenen sözlerin arka planı olup olmadığını, kamusal bir tartışma ekseninde gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetmeksizin bir değerlendirme*” yaptığını dikkate alarak ihlal kararı vermiştir.¹⁶⁵

Gelgelelim *Gökhan Çalışkan* kararına konu ilk derece mahkemesi kararına benzer bir eksiklik, belki daha da eksik bir değerlendirme ile *Ömür Çağdaş Ersoy* kararında da geçerlidir. Bu kararda ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı şu şekildedir: “*sanığın ... şeklinde beyanda bulunduğu, dosyada mevcut tüm tutanak ve belgelerden ve savunmadan anlaşılabilir olmakla; sanığın sübut bulan suç tarihinde kamu görevi yapan görevli Başbakan'a görevinden dolayı hakaret suçunu işleyiş biçimi, sanığın güttüğü amaç ve saiki dikkate alınmış ... adli para cezası*

¹⁶³ Buradaki ifade kararda verilen müdahalenin türüne göre (HAGB, mahkûmiyet vs.) değişebilmektedir.

¹⁶⁴ Ergün Poyraz (2) başvurusu [GK], § 73.

¹⁶⁵ Gökhan Çalışkan başvurusu, § 39.

ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.” Ancak bu kararda Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kriterlerini “herkesi tatmin edecek derecede ayrıntılı olarak ele al[madığını]” belirtmiş; fakat kendi değerlendirmeleri ile “birlikte değerlendirildiğinde” başvuruyu açıkça dayandıktan yoksun bulmuştur.¹⁶⁶ Özetle, bu iki ilk derece mahkemesi kararı arasındaki farkı anlamak kolay olmasa da anılan kararların sonuçları dramatik biçimde farklıdır. İstatistiksel açıdan önemli ve ilginç bir nokta olarak, Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemesinin eksik incelemesini “telafi ettiği” beş kararın üçünde başvuruçunun karşıt kutbunda yer alan kişi aynı kişidir.¹⁶⁷

B. Benzer Olaylar, Farklı Sonuçlar

Bir önceki bölüm büyük oranda kararların genel ilkeler kısmında sayılan ilkelerin belirlenmesinde tutarlılığa ilişkindi. Bu bölümde ise somut olayların değerlendirildiği kısımdaki tutarlılık, birbirine benzer kriterlerle değerlendirilmesi beklenebilecek iki farklı başvuruda Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumlar ışığında incelenecek.

Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Güngör* kararına konu olayda başvuruçunun yerel bir haber sitesinin imtiyaz sahibidir. Bu haber sitesinde Süleyman Demirel Üniversitesi rektörü (müşteki) hakkında birden çok haber yapılmıştır. Müşteki, bu haberlerin tümüne ilişkin tekzip metni yayımlatmış, ayrıca başvuruçudan hakaret suçuyla cezalandırılması talebiyle şikâyetçi olmuştur. Açılan ceza davası sonucunda başvuruçunun 9.100 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ancak hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Ceza verilirken ilk derece mahkemesinin dikkate aldığı ifadeler “*dalkavuk*”, “*imanı olmayan*”, “*kendini adam sanmak*”, “*paralel/paralelci/paralel yönetim*” sözleridir.¹⁶⁸

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise hem başvuruçunun hem de müşteki üst düzey siyasetçidir. Başvuruçunun dönemin CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu, müşteki dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan’dır. Karara konu iki konuşma, başvuruçunun genel başkanlığını yaptığını

¹⁶⁶ Ömür Çağdaş Ersoy başvurusu, § 41.

¹⁶⁷ Dönemin başbakanı, Recep Tayyip Erdoğan. Diğer iki kararda ise bu kişiler yargı mensuplarıdır: Azat Yıldırım başvurusu, no. 2017/15279, 12.11.2019; Ahmet Haluk Altan başvurusu, no. 2015/14340, 12.11.2019.

¹⁶⁸ Mehmet Güngör başvurusu, §§ 7-15.

partinin grup toplantısında yapılmıştır. Konuşmaların müştekinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde ifadeler içerdiği gerekçesiyle başvurusunun bu iki konuşma için iki farklı davada müştekiye 5.000'er, toplam 10.000 TL tazminat ödemesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararda "hakaret zinciri" oluşturduğuna karar verdiği ifadeler şöyledir:¹⁶⁹ "fitne çıkart[tığı]", "nefret üret[tığı]", "bölücülük yap[tığı]" biçimindeki kelimeler ile "Sen dindar falan değilsin.", "Sen din tüccarısın.", "Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın", ahlaktan uzak", "densiz", "ahlaksız" ve "sende ahlak kalitesi kııntısı var mı, yok mu?"

İki olayda da Mahkeme, somut olayın çatışan haklar arasında adil bir denge sağlanarak çözümlenmesi gerektiğini belirlemiştir.¹⁷⁰ Dolayısıyla bahsedilen kriterler önem kazanacak.

İki karar incelendiğinde ilk göze çarpan, genel ilkeler sırasında sayılan kriterler listesindeki farklılaşmadır. *Mehmet Güngör* kararında onlu bir liste, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında klasik liste kullanılmıştır. Doğru, iki karar arasında yaklaşık iki sene fark vardır. Ancak bu kriter listesi seçiminde tarihin doğrudan belirleyici olmadığını görmüştük. Gerçekten de, iki sene önce Kılıçdaroğlu kararında kullanılan klasik liste, onlu listenin kullanıldığı *Mehmet Güngör* karardan sonraki tarihli kararlarda da kullanılmaya devam edilmiştir.¹⁷¹ Dolayısıyla bu farklı seçim, Mahkemenin kriterlerinin zamanla değişimi ile açıklanamaz.

Şimdi somut olay değerlendirilirken iki kararda da kullanılan ve bir kararda kullanılan diğerinde ise kullanılmayan kriterleri karşılaştırmalı olarak ele alalım. Bu karşılaştırmayı yaparken adil denge metaforunun çağrıştırdığı, bir tarafında ifade özgürlüğü, diğer tarafında şeref ve itibar hakkı olan bir terazi imgesi sürekli akılda tutulmalıdır. Bu imgeye uygun olarak her bir kriter altında bu kriterin *adil denge terazisinin hangi kefesine* uygun olduğu da belirtilecek.

¹⁶⁹ Kemal Kılıçdaroğlu başvurusu, § 63.

¹⁷⁰ Mehmet Güngör Başvurusu, § 38; Kemal Kılıçdaroğlu başvurusu, § 56.

¹⁷¹ Örneğin, Turgut Altınok başvurusu, § 24; Şaban Sevinç başvurusu, § 23.

1. Anayasa Mahkemesinin İki Kararda da Dikkate Aldığı Kriterler

a. Başvurucunun ve Davacının Toplumsal Konumları (E₁)

Bu konuda Mehmet Güngör kararında Mahkemenin saptaması şu şekildedir:¹⁷²

Isparta'da üst düzey kamu görevlilerinden biri olan müştekinin, aynı ilde habercilik yapan başvurucunun sıkı ve yakın denetimi altında olması tabiidir. Eleştirilerin hedefinde olan müşteki kamusal görev üstlenmiş olan bir rektör olduğu için kabul edilebilir eleştiri sınırları, diğer vatandaşlarla karşılaştırıldığında daha geniştir. Bu sebeplerle müştekinin kendisine yönelik eleştirilere diğer vatandaşlara göre daha fazla hoşgörü göstermesi gerekir.

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise Mahkemeye göre:

[O]laylar halka mal olmuş kişiler olarak hareket eden siyaset adamları arasında geçtiği için kabul edilebilir eleştiri sınırları, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında daha geniştir. Bu tür eleştirilerin siyaset adamları için oyunun kurallarının bir parçası olduğu akılda tutulmalıdır. Bu sebeplerle eldeki başvuruya konu olayın tarafları olan siyasetçilerin sıradan insanlara göre daha fazla hoşgörü göstermeleri gerekir.

Buraya kadar iki kararda da ifade özgürlüğü lehine benzer bir yorum yapıldığı söylenebilir. Dolayısıyla iki kararda da ifade özgürlüğü kefesine E₁ etmeni varlığından söz edilebilir.

Fakat *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında Mahkeme bir adım daha ileriye gitmekte ve şöyle söylemektedir:¹⁷³

Seçmenlerini temsil eden, onların taleplerini, endişelerini ve düşüncelerini politik alana aktaran ve çıkarlarını savunan, seçilmiş kimse-ler için ifade özgürlüğünün özellikle değerli olduğu açıktır. Bu sebeple *müdahale eğer bir siyasetçinin ve özellikle ana muhalefet partisinin genel başkanının ifade özgürlüğüne yönelik ise başvuruların çok daha sıkı bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir.*

Bu cümleden ikinci kararda başvurucunun konumu gereği daha da yüksek bir korumaya sahip olduğu anlaşılıyor. O yüzden *Mehmet Güngör* kararında ifade özgürlüğü kefesine E₁; *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında

¹⁷² § 41.

¹⁷³ § 60. (Vurguyu ben ekledim)

ifade özgürlüğü kefesine bu etmenin ilk karardakine göre daha ağır olduğunu ifade etmek üzere $E_1 + x^{174}$ koyacağız.

b. İfadelerin Konusu (E₂)

Mehmet Güngör kararında bu nokta şöyle ifade ediliyor:¹⁷⁵

Başvurucunun ileri sürdüğü iddiaların müştekinin yürüttüğü kamu görevine ilişkin olduğu, bu anlamda yapılan haberlerin kamuoyunu ilgilendiren bir konuda yapılan tartışmanın bir parçası olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar rıza göstermesi gerekir.

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise ifade şöyledir:¹⁷⁶

Gözönüne alınması gereken ikinci husus ise davaya ait olayların tamamının kişilerin hayatlarının diğer bireylere kapalı ve mahrem alanında değil siyasi alanda yer almasıdır. Başvurucu, başvuruya konu iki ayrı konuşmasında kapsamlı bir şekilde Türkiye'de ve dünyadaki gelişmeleri değerlendirmiş; Hükümeti ve Başbakan'ı eleştirmiştir. Konuşmalarda ele alınan konuların politik meseleler olduğu ve konuşmalarının çerçevesinin baskın bir şekilde politik alanda kaldığı açıktır. Bu çerçevede bir siyasetçi olarak Recep Tayyip Erdoğan'ın söz ve davranışlarının siyasi rakiplerinden olan başvurucunun sıkı ve yakın denetimi altında olması tabiidir.

Burada ikincinin birinciden daha fazla güvence gerekliliğini çağrıştıran ifadeler olduğu savunulabilir. Ancak biz yine de iki etmenin benzer ağırlıkta olduğunu varsayarak ikisine de E_2 diyelim.

c. Davacının İfadelere Cevap Verme Olanasının Bulunup Bulunmadığı (E₃)

Mehmet Güngör kararında bu kritere şöyle değinilmiştir:¹⁷⁷

¹⁷⁴ x 'in soyut değerinin belirlenmesi güçtür. Bu konuda Alexy'nin ağırlık formülü önem kazanıyor. Ancak varacağımız sonuç açısından bunun bir önemi yoktur.

¹⁷⁵ § 42.

¹⁷⁶ § 62.

¹⁷⁷ § 43.

[M]üştekinin yazılan yazıların tamamı hakkında tekzip metni yayımlatarak hakkındaki iddiaları yalanladığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle müştekinin, hakkındaki iddialara nasıl cevap verileceğini bilen biri olarak görevi nedeniyle kendisine yöneltilen eleştirilere katlanması beklenir.

Aynı konu *Kemal Kılıçdaroğlu kararında* şu şekilde ifade ediliyor:¹⁷⁸

Ayrıca başvuruçunun kullandığı dil, ona nasıl cevap verileceğini bilen bir siyasetçiye yöneltilmiştir. Üstelik o dönemde başbakan olan davacının kendisine yöneltilen sözlere karşı cevap verme konusunda oldukça geniş imkanları da vardır.

Burada ikinci başvurudaki ifadelerin yöneldiği Recep Tayyip Erdoğan'ın kendisine yöneltilen sözlere cevap verme olanakları, birinci başvurudaki ifadelerde hedef alınan Süleyman Demirel Üniversitesi Rektörüne kıyasla bariz bir biçimde daha geniştir. Dolayısıyla bu kriterin ifade özgürlüğü lehine ağırlığı, ikinci başvuruda daha fazladır.

Bu değerlendirmeye itiraz olarak bu kriterin bir *zero-sum* (“*ya vardır, ya yoktur*”) kriteri olduğu ve dolayısıyla dengeyi değişen ağırlıklarda etkilemeyeceği öne sürülebilir. Ancak bizzat Mahkemenin kararlarından bunun doğru olmadığı anlaşılıyor. Örneğin AYM hâkimlere yönelik eleştirilerle ilgili bir kararında hakimlerin kendilerine yöneltilen eleştirilere cevap verme olanaklarının “daha sınırlı” olduğuna ve *bu nedenle* özel bir korumaya ihtiyaç duyduklarına karar vermiştir.¹⁷⁹ Buradan, bu kriterde de dengeyi etkileyen bir düzey ilişkisi kurulabileceği anlaşılıyor.

Bu nedenle birinci başvuruda ifade özgürlüğü lehine E_3 ; ikinci başvuruda $E_3 + y$ ekleyeceğiz.

d. İfadelerin Bağlamında Değerlendirilip Değerlendirilmediği

İlk kararda bu değerlendirmede şunlar söylenmiştir:¹⁸⁰

Somut olayda, ilk derece mahkemesi başvuruçusu tarafından yazılan yazıları yayımlandıkları bağlamdan ve çok sayıda yazı içerisinde geçen

¹⁷⁸ § 65.

¹⁷⁹ F.E. (2) başvurusu, no. 2015/10184, 29.11.2018, § 64.

¹⁸⁰ § 39.

birkaç kelimeyi yazıların bütününden kopartarak olayların ve yazıların bütünselliğini gözetmeksizin bir değerlendirme yapmıştır (...) Mahkeme, başvuruçunun basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibar hakkı arasında bir denge kurmaya çalışmamış; haberlerden bazı ifadeleri çekerek yalnızca soyut bir değerlendirmeyle söz konusu ifadelerin tahkir edici ve küçük düşürücü olduğuna karar vermiştir.

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise Mahkeme şu yorumu yapmaktadır:¹⁸¹

[1] İlk derece mahkemesi, ilk olarak her iki kararında da başvuruçunun konuşmaları içinde hangi sözlerin kişisel saldırı teşkil ettiğini açıkça belirtmiştir. [2] Mahkeme, kaba olarak değerlendirdiği sözlerle konuşmadaki diğer açıklamaları birbirinden ayırmış ve kişisel saldırı oluşturduğunu değerlendirdiği sözlere eğilerek bunların taraflar arasındaki politik diyalog sırasında konuşmanın bir parçası olarak kullanılmasının zorunlu olup olmadığı temelinden hareket etmiştir. [3] Mahkeme, başvuruçunun eleştirileri sırasında kullandığı sözler ile sözlerin konusu arasındaki düşünsel bağlılık anlamında "öz ve biçim dengesi"nin korunmadığını ve bu itibarla da bahsi geçen sözlerin davacıya karşı yöneltilecek yorum ve değerlendirmelerde kullanılmasının gerekli olmadığını tespit etmiştir. [4] İlk derece mahkemesi olayın taraflarının siyasetçi olduğunu ve konuşmaların TBMM çatısı altında yapıldığını gözönünde bulundurmuş ve daha sonra başvuruçunun "üslubunu" hukuka uygun bulmamıştır.

İkinci karardaki yorumlar, yukarıda tarafımdan eklenen numaralandırma doğrultusunda ayrı ayrı incelenmelidir, çünkü bu ifadede tek bir üst başlıkta toplanamayacak ilginç noktalar bulunmaktadır.

Birinci cümle, müdahaleye neden teşkil eden ifadelerin açıkça belirlenmiş olup olmadığına ilişkindir. *Mehmet Güngör* kararında da bu ifadeler açıkça belirlenmiş olduğundan¹⁸² bu noktada iki başvuru arasında bir fark bulunmamaktadır.

İkinci cümle oldukça ilginçtir. İlk bakışta Mahkeme, kaba olarak değerlendirilen sözlerin konuşmadaki diğer açıklamalardan ayrılmasını,

¹⁸¹ § 67. Numaralar, daha sonraki açıklamaları kolaylaştırmak adına, tarafımdan eklendi.

¹⁸² Mehmet Güngör başvurusu, § 15.

başka bir deyişle bağlamından koparılmasını, olumlu değerlendiriyor görünmektedir.¹⁸³ Böyle bir değerlendirmenin önceki içtihatlardan ayrılmak anlamına geleceği açık olduğundan, Mahkemenin bunu olumsuz değerlendirdiğini kabul edelim. Gerçekten bir sonraki cümlede Mahkeme ilk derece mahkemesinin kendisi tarafından geliştirilmiş kriterlere uygun karar vermediğini söylemektedir. Eğer Mahkeme bu bağlamdan koparmayı olumsuz olarak görmüş ise bu noktada da *Mehmet Güngör* kararıyla arada bir fark yoktur.

Üçüncü cümle ve devamındaki *dördüncü cümle* daha da ilginçtir. İlk derece mahkemesi ifadelerin kullanılmasının “gerekli olmadığına” karar vermiş ve başvurusunun “üslubunu” beğenmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu noktada ilk derece mahkemesi kararına herhangi bir itirazda bulunmamaktadır. Şimdi Anayasa Mahkemesinin bu karardan bir buçuk seneden daha fazla süre önce verdiği başka bir davadaki yorumunu hatırlayalım:¹⁸⁴

[B]ir düşüncenin en iyi hangi üslup ve biçimle aktarılacağına biz-zat düşünceyi dile getirenler karar verebilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de koruduğu hatırdan tutulmalıdır.

Bu veya buna benzer bir ifade, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında yer almamaktadır. Fakat bunun da *Mehmet Güngör* kararıyla önemli bir fark arz etmediğini varsayalım.

Görüleceği üzere hem *Mehmet Güngör* kararında hem *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında Mahkemenin belirlediği kriterlere aykırı olarak ifadenin bağlamından koparılarak değerlendirildiği belirlenmiştir. Aslına bakılırsa ikinci kararda bağlamın çok daha geniş ve bağlamdan koparma işleminin etkisinin çok daha geniş olduğu savunulabilir. Gerçekten de *Mehmet Güngör* kararına konu olayda müdahaleye neden teşkil eden ifadelerin geçtiği yazılar toplam 895 kelimedenden; ilk derece mahkemesi

¹⁸³ İroniktir, burada da bağlam önem taşıyor. Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi olumlu değerlendiriyor görünmektedir çünkü Mahkeme bu ifadenin öncesinde ve sonrasında şeref ve itibar hakkı lehine değerlendirmeler yapmakta, birkaç paragraf sonra da ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermektedir.

¹⁸⁴ Vural Nasuhbeyoğlu başvurusu, no. 2013/6146, 17.02.2016, § 32; benzer yönde Savaş Kılıç başvurusu, no. 2016/5583, 19.11.2019, § 33.

kararının Anayasa Mahkemesi tarafından “ilgili” görülen kısmı ise 167 kelimedendir oluşmaktadır. *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında ise söz konusu tartışmalar tutanağa geçtiği kadarıyla (“Alkışlar” ifadeleri çıkarıldığında) toplam 3152 kelime; ilk derece mahkemesinin AYM tarafından özetlenen kısmı ise 224 kelimedir.¹⁸⁵ Ancak bu kriterin de bir *zero-sum* kriteri olduğu veya yalnızca böyle bir hesaba bakılarak bağlam konusunda spekülasyon yapmanın doğru olmayacağı söylenebilir. Bu tartışmanın sonuç açısından bir önemi olmayacağından bu olası itirazı geçerli kabul edeceğiz.

Dolayısıyla “ifadelerin bağlamından koparılıp koparılmadığı” kriteri noktasında da her iki kararda ifade özgürlüğü kefesine E_4 ekleyeceğiz.

e. İfadelerin Türü ve İçeriği (E5)

Bu noktada ifadeleri tekrar hatırlamakta yarar olacak. *Mehmet Güngör* kararında ilk derece mahkemesinin dikkate aldığı ifadeler “*dalkavuk*”, “*imanı olmayan*”, “*kendini adam sanmak*”, “*paralel/paralelci/paralel yönetim*” sözleridir.¹⁸⁶

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise dikkate alınan ifadeler davacının “*fitne çıkart[tığı]*”, “*nefret üret[tiği]*”, “*bölücülük yap[tığı]*” biçimindeki kelimeler ile “*Sen dindar falan değilsin.*”, “*Sen din tüccarısın.*”, “*Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın*” ve “*ahlaktan uzak*”, “*densiz*”, “*ahlaksız*”, “*Sende ahlak kalitesi kıırtısı var mı, yok mu?*” ifadelelidir.¹⁸⁷

Şimdi bu iki farklı kararda AYM’nin yaptığı yorumlara göz atalım. *Mehmet Güngör* kararında yorum şu şekildedir:¹⁸⁸

Başvurucunun müştekinin itibarına yönelik sert ifadeler kullandığı görülmekle birlikte ifade özgürlüğü, ifadenin gerçek veya duygusal olup olmadığına ve başkalarının onu yararlı veya zararlı, değerli veya değersiz olarak değerlendirmesine bakılmaksızın ifadeyi korur. İfadenin polemik içermesi veya kırıcı olması bile onu koruma kapsamından mahrum etmez.

¹⁸⁵ Kemal Kılıçdaroğlu kararında AYM ilk derece mahkemesinin kararının ilgili kısımlarını alıntılamaıyıp kendisi özetlediğinden bu bölümün gerçekte ne kadar tuttuğunu karardan anlayamıyoruz.

¹⁸⁶ Mehmet Güngör başvurusu, §§ 7-15.

¹⁸⁷ §§ 63-4.

¹⁸⁸ § 40.

Kemal Kılıçdaroğlu kararında ise Mahkemenin yorumu daha farklıdır:

[B]aşvurucunun Başbakan'la girdiği polemik sırasında kullandığı kimi sözlerin kişisel saldırı içerdiği kabul edilmelidir. (...) sözlerden bir kısmının Başbakan'ın hırsızları koruduğu iddiasının, bir kısmı Başbakan'ın bazı iddiaları bilerek çarpıttığı iddiasının sert bir biçimde ifadesi olarak kabul edilse bile soyut bir şekilde Başbakan'ın "*fitne çıkart[tığı]*", "*nefret üret[tığı]*", "*bölücülük yap[tığı]*" biçimindeki kelimeler ile "*Sen dindar falan değilsin.*", "*Sen din tüccarısın.*", "*Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın.*" biçimindeki hitapların siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret zinciri olduğu kabul edilmelidir. (...) başvuru, ifade özgürlüğünü kullanırken kendisi için de geçerli olan görev ve sorumluluklara uygun davranmamıştır. Öte yandan başvurucunun kullandığı sözleri siyasi eleştiri bağlamında söylediğine ilişkin savunması başvuru konusu sözlerde yer alan "*tahkiri*" ortadan kaldırmadığı gibi davacının bu sözleri duyduğunda hissettiği olumsuz duyguları da hafifletmez. Bu itibarla mevcut davada dile getirilen kaba, aşağılayıcı, küçük düşürücü, abartılı kişisel saldırı içeren sözlerin -olayın tarafları ve konuşmanın çerçevesi politik alanda kalsa bile- kabul edilebilir sınırları aşması nedeniyle siyasi bir tartışma içindeki bir görüş olarak değerlendirilmesi zordur ve bu sözler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Görülebileceği üzere Mahkeme ikinci başvuruya konu ifadeleri birinci başvuruya göre çok farklı değerlendirmiştir. İkinci başvurudaki ifadeler çok daha sert ve kişisel saldırı niteliğinde değerlendirilmiştir.¹⁸⁹ Şimdi birinci başvuruda kullanılan ifadeler ile ikinci başvuruda kullanılan ifadeler arasında esaslı bir fark olup olmadığını anlamak için ikinci başvurudaki ifadeleri ayrı ayrı inceleyelim.

¹⁸⁹ Hemen burada kısaca belirtmek gerekir ki Mahkemenin ikinci başvuruda sarf ettiği, "bu sözler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez" ifadesi açıkça hatalıdır. Eğer bu sözler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez olsaydı, bu sözleri kullanan Kemal Kılıçdaroğlu'nun ifade özgürlüğü hakkı bağlamında yaptığı başvurunun esas bakımından değerlendirilmesi mümkün olmazdı. Bu durumda Mahkemenin söz konusu ifadenin Anayasa'da tanınmış herhangi bir hakkın kullanımını olmadığından bahisle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiş olması gerekirdi. Burada anlatılmak istenen, bu sözlerin Anayasa'nın ifadesiyle kullanımına sınırlandırma getirilebilecek ifadeler olmasıdır.

Öncelikle bu ifadelerden "*fitne çıkart[tığı]*", "*nefret üret[tığı]*" ve "*bölücülük yap[tığı]*" şeklindeki iddialarının birer hakaret oldukları dahi tartışmalıdır. Örneğin AYM, nefrete teşvikin bazı durumlarda düşünce özgürlüğü kapsamında korunabileceğini not etmektedir.¹⁹⁰ Eğer nefrete teşvikin *kendisinin* dahi bazı durumlarda korunabileceği kabul ediliyor ise, bir siyasetçinin halkı *nefrete teşvik ettiğini iddia etmenin* nasıl hakaret olarak nitelendirilebileceği izaha gereksinim duymaktadır. Yine bir ihtimal, "*bölücülük yapmak*" ifadesinin bir hakaret olduğu savunulabilir. Ancak bizzat Anayasa Mahkemesi, başka bir başvuruda, başvurusunun iktidarı "*bölücülük yapmakla*" suçladığı bir yazıdan dolayı cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmuştur.¹⁹¹ Özetle bu ifadelerin bir hakaret olarak değerlendirilmesi oldukça zor görünmektedir.

"*Sen dindar falan değilsin.*", "*Sen din tüccarısın.*", "*Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın*" ifadelerinin bir hakaret olduğu iddiasına gelelim. "*Sen dindar falan değilsin*" ifadesi, *Mehmet Güngör* kararında yer alan "*imanı olmayan*" ifadesi ile oldukça benzemektedir. Hatta *Mehmet Güngör* kararındaki ifadenin daha ağır olduğu savunulabilir. Dolayısıyla bu ifade bağlamında iki karar arasında bir fark varsa dahi, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararındaki ifadelerin daha ağır olduğunun kabulü kolay gözükmemektedir. "*Din tüccarı*" ve "*dindar insanların inançlarını sömüren bir insan*" ifadelerinin daha ağır olduğu söylenebilir. Ancak yine bizzat Anayasa Mahkemesi, başka bir davada, içinde "*din tüccarı*" ifadesi geçen bir kitaptaki ifadelerin "*kabul edilemeyecek derecede eleştiri, hakaret, ya da şiddete yönlendirici içeriklerinin bulunmadığı*" sonucuna varmıştır.¹⁹² *Kemal Kılıçdaroğlu* kararındaki ifadelerin bu noktada anılan kararlardan bir farklı olduğunu da savunmak kolay değildir.

Sırada "*ahlaktan uzak*", "*densiz*", "*ahlaksız*" ve "*sende ahlak kalitesi kııntısı var mı, yok mu?*" sözleri var. Anayasa Mahkemesi, bu ve benzeri ifadeleri, daha önceki birçok başvuruda, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararındaki kadar kaba, saldırgan veya ağır görmemiştir. Örneğin AYM, somut olaydakilere benzer olarak nitelendirilebilecek *ahlaksız, edepsiz,*

¹⁹⁰ Tuğba Arslan başvurusu [GK], no. 2014/256, 25.06.2014, § 144: "O halde din veya inanç temelinde nefrete teşvik olarak nitelendirilebilecek sözler düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında korunabiliyorken..."

¹⁹¹ Tansel Çölaşan başvurusu, no. 2014/6128, 07.07.2015, §§ 12 ve 72.

¹⁹² Hakan Yeşildağ başvurusu, no. 2015/2653, 12.12.2018, §§ 6, 30 ve 35.

terbiyesiz, arsız ifadelerini daha önce ifade özgürlüğü kapsamında korumuştur.¹⁹³

Daha da ilginç, Anayasa Mahkemesinin önüne bu ifadelere çok benzer ifadelerin, bir siyasetçiye yönelik olarak bizzat Başbakanlık Basın Merkezi tarafından kullanıldığı bir başvuru da gelmiştir. *Durmuş Fikri Sağlar* kararında olay tarihinde bir gazetede köşe yazarlığı yapan başvurucunun yazdığı bir haber üzerine Başbakanlık Basın Merkezi tarafından bir açıklama yapılmıştır. Açıklamada “hayasız bir yalan”, “alçakça bir iftira”, “basın ve meslek ilkeleri bakımından büyük bir ahlaksızlık” ifadeleri yer almaktadır. Bu basın açıklamasının yapıldığı dönemde Başbakan, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında ifadenin yöneldiği kişidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararda Başbakanlık Basın Açıklaması’ndaki ifadelerin yöneltildiği yazının yazarı Durmuş Fikri Sağlar’ın, yazmış olduğu yazıdaki ifadeleri yeterince temellendiremediğini ve Başbakanlık açıklamasında yer alan sözlerin bu yazıda ileri sürülen iddialara cevap niteliği taşıdığını belirterek, bu açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını belirtmiş, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.¹⁹⁴ Bu karar ile *Kemal Kılıçdaroğlu* kararı arasındaki fark da net görünmemektedir.

Görüldüğü üzere, Mahkemenin bir “hakaret zinciri” oluşturduğunu kabul ettiği ifadelerin tek bir tanesinin dahi Anayasa Mahkemesinin geçmiş içtihatları ekseninde hakaret olduğu tartışmalıdır.¹⁹⁵ Gelgelelim Anayasa Mahkemesi bu ifadelerin ağırlığını, kararda ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı arasındaki dengede şeref ve itibar hakkı lehine tek etmen olarak kullanmış, bu tek etmen ise “terazide” şeref ve itibar hakkının baskın gelmesini sağlamıştır. Bu pratiğin öngörülebilir olmadığı açıktır.

¹⁹³ “Ahlaksız” ifadesi için: Uğurlu Gazetecilik (5) başvurusu; “Edepsiz” ifadesi için: Ali Taştan başvurusu; Temel Coşkun başvurusu, Sinan Baran başvurusu; “Terbiyesiz” ifadesi için: Sinan Baran başvurusu; Eyüp Hanoğlu başvurusu; “Arsız” ifadesi için bkz. Gökhan Çalışkan başvurusu.

¹⁹⁴ Durmuş Fikri Sağlar başvurusu [GK], no. 2015/2769, 30.05.2019, §§ 33-9.

¹⁹⁵ “Hakaret zinciri” ifadesinin kendisi, Mahkeme içtihadında sadece tek bir kez, bu kararda kullanılmıştır.

Buraya kadar Anayasa Mahkemesinin iki kararda ortak olarak kullandığı kriterler ele alındı. Şimdi bu kriterlerin adil denge kurulurken nasıl ele alındığına bakalım.

2. Kullanılan Kriterlerin Dengelenmesi

Mehmet Güngör kararında kullanılan kriterlerle *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında kullanılan kriterlerin “terazi”de kullanılış biçimlerini karşılaştırmalı olarak ele alacağız.

Hatırlanacak olursa kararlarda dikkate alınan ilk dört kriter, iki kararda da ifade özgürlüğü lehineydi. Dolayısıyla iki kararda da ifade özgürlüğü kefesinde $E_1 + E_2 + E_3 + E_4$ bulunacaktır. Ancak yine hatırlanacağı üzere *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında ifade özgürlüğü lehine bazı yan etmenler de vardı. Bunları sırasıyla “ $E_1 + x$ ” ve “ $E_3 + y$ ” olarak ifade etmiştik.

Bunun yanında Mahkeme iki kararda da ifadelerin “sert” ve “kırılcı” olduklarını not etmişti. Bu nedenle “terazi”de şeref ve itibar hakkı kefesine E_5 'i koyacağız. Ayrıca Mahkeme *Kemal Kılıçdaroğlu* kararına konu ifadelerin “*kaba, aşağılayıcı, küçük düşürücü, abartılı kişisel saldırı*” içerdiğini söylemişti. Buradan bu ifadelerin şeref ve itibar hakkına daha fazla zarar verdiğini anlıyoruz. Bu yüzden *Mehmet Güngör* kararında şeref ve itibar hakkı kefesine “ E_5 ”; *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında ise “ $E_5 + z$ ” koyacağız.

Mehmet Güngör Başvurusu

<i>İfade Özgürlüğü</i>	<i>Şeref ve İtibar Hakkı</i>
$E_1 + E_2 + E_3 + E_4$	E_5

Kemal Kılıçdaroğlu Başvurusu

<i>İfade Özgürlüğü</i>	<i>Şeref ve İtibar Hakkı</i>
$E_1 + E_2 + E_3 + E_4 + x + y$	$E_5 + z$

Mehmet Güngör kararında bu ana kadar ele alınan değerlendirmelerin işlendiği bu tablodan oluşturulan *kural* şöyle ifade edilebilir:

Eğer konumları gereği ifadenin yöneldiği kişi ifadenin sahibinin yakın ve sıkı denetiminde ise VE ifadelerin kamuyu bilgilendirme değeri var ise VE ifadenin yöneldiği kişinin başka cevap olanakları var ise VE ifadeler bağlamında değerlendirilmemiş ise AMA kullanılan ifadeler sert ise: BAŞVURUCUNUN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ MÜŞTEKİNİN ŞEREF VE İTİBAR HAKKINA ÜSTÜN GELİR.

Kemal Kılıçdaroğlu kararından elde edilen kural ise şöyledir:

Eğer konumları gereği ifadenin yöneldiği kişi ifadenin sahibinin X KADAR DAHA¹⁹⁶ yakın ve sıkı denetiminde ise VE ifadelerin kamuyu bilgilendirme değeri var ise VE ifadenin yöneldiği kişinin Y KADAR DAHA¹⁹⁷ başka cevap olanakları var ise VE ifadeler bağlamında değerlendirilmemiş ise AMA kullanılan ifadeler Z KADAR DAHA FAZLA¹⁹⁸ sert ise: MÜŞTEKİNİN ŞEREF VE İTİBAR HAKKI BAŞVURUCUNUN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE ÜSTÜN GELİR.

Görüldüğü üzere kurallar değişmiştir. Bu doğrultuda ikinci başvuruda birinci kefeye iki DAHA FAZLA ağırlık eklenmesi yetmemiş, ikinci kefeye eklenen ağırlık belirleyici olmuştur. Ancak buradaki sorun, ikinci kefeye eklenen ağırlığı, yani bir ifadenin ne kadar sert olduğunu ölçmenin hiçbir şekilde olanaklı olmamasıdır. Kaldı ki bu kararda kullanılan ifadelerin içtihatları yeri incelendiğinde, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında bu derece belirleyicilik atfedilen sertlikte değerlendirilmediği zaten ortaya kondu. Dolayısıyla ifadelerin sertliği, Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatları yerinden koparılarak ve sübjektif bir biçimde *tartılarak* kararda esas rol oynamış görünmektedir. Tabii ki Mahkemenin her bir ifadeye soyut ve matematiksel bir *sertlik değeri* atfetmesi beklenemez. Ancak özellikle kriterlerden yalnızca birisinin (tartışmaya açık bir biçimde) farklı olduğu iki farklı kararda ulaşılan sonuçlar arasındaki dramatik fark, öngörülebilirlik bakımından önemli sorular doğurmaktadır.

Bununla beraber, incelememiz burada bitmemektedir. Çünkü *Mehmet Güngör* kararında dikkate alınan bazı kriterler, o dönemde de içtihatlarında yer buluyor olsa da; *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında değerlendirmeye dahi alınmamıştır. Şimdi bu kriterlerden bahsedelim.

¹⁹⁶ “+ x”

¹⁹⁷ “+ y”

¹⁹⁸ “+ z”

3. Dikkate Alınmayan Kriterler

Belirtildiği üzere bazı kriterler, ilgili görünse de, *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında yer almamaktadır.

a. İfadenin Yöneldiği Kişinin Meslek Yaşamının ve Kariyerinin Etkilenip Etkilenmediği

Bu kriter *Mehmet Güngör* kararında şu şekilde ifade edilmektedir:¹⁹⁹

Öte yandan müşterinin yapılan haberler nedeniyle kişisel kariyerinin etkilenmediği ve 2019 yılında yeniden aynı üniversiteye rektör olarak seçildiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Kabul etmek gerekir ki *Mehmet Güngör* kararı *Kemal Kılıçdaroğlu* kararından iki sene sonra verilmiştir. Dolayısıyla AYM'nin bu kriteri *Kemal Kılıçdaroğlu* kararının verildiği tarihten daha sonraki bir tarihte geliştirmiş olabileceği akla gelebilir. Ancak bu doğru değildir. Örneğin bu karardan iki buçuk sene önce verilmiş *Ali Suat Ertosun (3)* kararında şu ifade yer almaktadır:²⁰⁰

Diğer yandan, söz konusu gazete makalesi nedeniyle başvuru-
nun kişisel kariyerinin ve mesleğinin önemli ölçüde etkilenmediği göz
önünde tutulmalıdır. Nitekim başvuru, gazete makalesinin yayınlandığı
dönemde HSYK üyeliğini devam ettirmiştir ve halen Yargıtay üyesi
olarak kariyerine devam etmektedir.

Dolayısıyla bu kriter yeni değildir.

Peki bu kriter *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında kullanılmaya uygun mudur? Pek tabii uygundur. Bu karara konu sözler 31 Ocak ve 7 Şubat 2012 tarihlerinde söylenmiş, ilgili Anayasa Mahkemesi kararı ise 25 Ekim 2017 tarihinde verilmiştir. Bu süreç içerisinde ifadelerin yöneldiği kişi Başbakan iken, 2014 tarihinde Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Dolayısıyla kariyerinin *önemli ölçüde* etkilenip etkilenmediği bir yana, kişinin kariyerinde ilerleme olmuştur.

Öyleyse bu kriterin kararda neden kullanılmadığını anlayabilmek olanaklı değildir.

¹⁹⁹ § 43.

²⁰⁰ Ali Suat Ertosun (3) başvurusu, no. 2013/2060, 20.05.2015, § 34.

b. Caydırıcı Etki Olasılığı

Mehmet Güngör kararında dikkate alınan bir diğer kriter ifadelere yapılan müdahalelerin yaratacağı caydırıcı etki olasılığıdır.²⁰¹

Bunun yanı sıra gazetecilerin üst düzey kamu görevinde bulunanların sözlerini ve davranışlarını takip etmeleri, onlar hakkında fikir oluşturarak kamuoyunu bilgilendirmeye hatta yönlendirmeye çalışmaları demokratik bir toplumda kaçınılmazdır. Rahatsız edici de olsa bu kişilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerin cezalandırılması *caydırıcı etki* doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle (...) başvuruçunun adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi, bilgilendirme ve eleştiri ortamına zarar verebilir.

Bu kriter de yeni değildir. AYM caydırıcı etki olasılığını ifade özgürlüğü lehine 23 Ocak 2014 tarihinden beri hesaba katmaktadır.²⁰² Öyle ki, bizzat Kemal Kılıçdaroğlu'nun başvuruçusu olduğu başka bir davada bu olasılık hesaba katılmıştır.²⁰³

Bilhassa siyasetçilerin ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin bu özgürlüğün kullanımı üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceği gerçeği gözetildiğinde bazı davacılara önemsiz miktarlarda tazminata hükmedilmiş olması başvuruçunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi kendiliğinden haklı gösteremez.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine göre Kemal Kılıçdaroğlu'nun ifadeleri nedeniyle tazminata hükmedilmesi (hatta Mahkemenin kendi ifadesiyle "herhangi bir müdahale"), ifade özgürlüğünün kullanımı üzerinde caydırıcı etki oluşturabilir. *Kemal Kılıçdaroğlu* kararında ise böyle bir olasılıktan söz dahi edilmemektedir.

²⁰¹ § 44.

²⁰² Emin Aydın başvurusu, § 87.

²⁰³ Kemal Kılıçdaroğlu (3) başvurusu, no. 2015/1220, 18.07.2018, § 71. Bu başvuruya konu davada başvuruçunun karşı tarafında Kayseri Büyükşehir Belediyesinde çeşitli görevlerde çalışan bazı kişiler yer almaktadır.

c. İlk Derece Mahkemesinin Yeterli Değerlendirme Yapıp Yapmadığı

Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararlarını eleştirdiği sayısız karara ulaşmak mümkündür. Mahkeme özellikle ilk derece mahkemesinin şeref ve itibar hakkı ve ifade özgürlüğü kararları arasında bir adil denge kurmaya çalışmadığı kararlarda ifade özgürlüğü lehine karar vermektedir.²⁰⁴

Bunun içtihatla yalnızca beş istisnası olduğundan söz etmiştik. Yarısından fazlasında davaya konu uyuşmazlığın bir tarafının aynı kişi olduğu bu beş kararda Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesi incelemesini ilgili kriterleri gözetmeden yapmış olsa da “kendi değerlendirmeleriyle birlikte değerlendirildiğinde” ilgili ve yeterli gerekçe sunmuş olduğuna karar vermişti. *Kemal Kılıçdaroğlu* kararı işte bu beş istisnadan birisi, hatta ilkidir. Kararda bu şöyle ifade edilmektedir:²⁰⁵

İlk derece mahkemesinin kararlarında, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konulan kriterleri herkesi tatmin edecek derecede ayrıntılı olarak ele aldığı söylenemez. Ancak Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçlarla birlikte karar değerlendirildiğinde Mahkemenin başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacı temelinde başvuru hakkında verilen mahkumiyeti haklı göstermek için sunduğu gerekçeler uygun ve yeterli kabul edilmiş, tazminatın keyfi bir biçimde verildiği değerlendirilmemiştir.

Bu bağlamda yeterli açıklama daha önce yapıldığından bu nokta ayrıntılı olarak incelenmeyecek. *Kemal Kılıçdaroğlu* kararının şartlarının ve ilk derece mahkemesi kararının, bu istisnanın uygulanmadığı diğer kararlardan hangi yönüyle farklı olduğuna dair bir gerekçe sunulmadığını belirtmek yeterlidir.

4. İkinci Bölümün Değerlendirmesi

Somut bir örnek üzerinden de açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen bağlamlarda kararlarında dikkate aldığı kri-

²⁰⁴ Hacı Boğatekin (2) başvurusu, no. 2014/12162, 21.11.2017, § 49; Abuzer Demir ve Aslı Peksezer başvurusu, § 45; Mehmet Güngör başvurusu, § 39; Uğurlu Gazetecilik (5) başvurusu, § 37; Gökhan Çalışkan başvurusu, § 39; Ali Taştan başvurusu, § 37; Çağrı Yılmaz başvurusu, § 39.

²⁰⁵ § 68.

terler noktasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. AYM bu farklılıklara ilişkin çoğu zaman herhangi bir açıklama yapmamaktadır.

Ayrıca yukarıda anılan tablo incelendiğinde ağırlığının ölçülmesi olanaklı olmayan bir etmen ($E_5 + z$ 'deki z) tüm sonucu değiştirebilmekte, terazinin diğer kefesine eklenmiş olan diğer etmenlerin neden baskın çıkamadığı anlaşılmadan karar bir hak lehine, deyim yerindeyse “ansızın” sonuçlanmaktadır.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir somut olayda hangi kriteri uygulayacağını tahmin etmek hiç kolay olmadığı gibi, bu kriterlerin kullanıldığı durumlarda da somut olayın yorumunu ne yönde etkileyeceğini tahmin edebilmek kolay değildir. Bu da Türkiye’de nihai yargısal karar yeri olan Anayasa Mahkemesi kararlarının -ve dolayısıyla hukukun- öngörülebilirliğine zarar verici niteliktedir.

SONUÇ

Türkiye hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması zorunlu ilkelerden birisi olan ölçülülük ilkesi, somut olayın özellikleri doğrultusunda ulaşılmak istenen amaç perspektifiyle kullanılan aracın değerlendirilmesi gerekliliğini anlatır. Ölçülülük değerlendirmesinin ve özellikle orantılılık ilkesi bağlamında kurulacak adil dengenin her bir olay özelinde yeniden ele alınması gerektiği doğrudur. Ancak olay temelli inceleme gerekliliği, bu ilke ışığında ulaşılan sonuçlarda bir içtihadî tutarlılık aranmayacağı anlamına gelmez. En iyi biçimde Alexy tarafından Yarışan İlkeler Yasası şeklinde formüle edilmiş olan ve başka pek çok biçimde ifade edilebilecek bu içtihadî tutarlılık gereksinimi, ölçülülük testi sonucunda verilmiş mahkeme kararlarının verildiği davanın dar sınırları içinde hapsolmasının önüne geçer. Çatışan değerlerin doğru dengelenmesiyle elde edilecek herhangi bir davanın sonuçları, aynı koşulları içeren başka davalar için geçerli birer *kural* oluşturur. Bu doğrultuda mahkemeler önlerine gelen davalarda yalnızca somut olayların öznel yorumlanmasıyla elde edecekleri keyfî sonuçlara karar vermemeli, daha önce aynı etmenlerle kurdukları benzer bir dengenin sonuçlarına göre hareket etmelidir.

Çalışmada bu Yasa ışığında Anayasa Mahkemesinin politik ifadeler bağlamında şeref ve itibar hakkı ile ifade özgürlüğü çatışması içtihadî incelendi, Mahkemenin *kural oluşturmakta* yeterince başarılı olamadığı savunuldu. Öncelikle Mahkemenin önüne gelen neredeyse birebir aynı

olaylarda dahi kararda dikkate alacağını belirttiği kriter listeleri değişiklik gösterdiği sonucuna ulaşıldı. Bunun yanında, değişiklik gösteren sadece genel ilkeler kısmında sayılan bu kriter listeleri olmadığı anlaşıldı. Kararda somut olayın değerlendirmesinde dikkate alınan kriterler ve bunlara verilen özgül ağırlıklar arasında da önemli farklılıklar olabildiği görüldü. Bazı kriterlere uygulanılabilecekleri davalarda hiç değinilmediği; bazı kriterlerin bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda davada kullanılıp kaybolduğu; bazı kriterlerin bir görünüp bir kaybolduğu görüldü. Bu tür farklılıklara ilişkin ise kararlarda yeteri kadar açıklama yapıldığının söylenemeyeceği sonucuna varıldı. Doğaldır ki Mahkemenin içtihadı zaman içinde gelişme gösterebilir, bir kriter zamanla geliştirilebilir ya da kaybolabilir. Ancak bu kriterlerin büyük çoğunluğu ile kullanıldıkları karar tarihleri arasında anlamlı bir korelasyon bulunmadığı sonucuna ulaşıldı. Ayrıca aynı kriterlerle farklı sonuçlara dahi varılan örnekler bulunduğu saptandı.

Bu Çalışma yayıma hazırlanırken, ikinci bölümde konu edilen sorunlu pratiğe ilişkin önemli bir gelişme oldu. Çalışmanın yayım için sunulup hakem değerlendirmesinden geçtiği tarihten yaklaşık dört ay sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yukarıda ayrıntılı biçimde incelenip eleştirilen *Kemal Kılıçdaroğlu* kararına konu olayda başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine, Anayasa Mahkemesi dahil iç hukuktaki mahkemelerin ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı arasında İHAM içtihadında ortaya konulan ilke ve kriterlere uygun ve adil bir denge kurmadığına karar verdi.²⁰⁶ İHAM, Anayasa Mahkemesini, özellikle sarf edilen ifadeleri soyut bir değerlendirmeye tabi tutmuş olması nedeniyle eleştirdi.²⁰⁷ Bu da, bu çalışmadan sonra yaşanan, ancak çalışmanın savlarını destekleyen bir gelişme olarak not edilebilir.

Son olarak, bu Çalışma doğrultusunda birkaç öneride bulunulabilir:

(1) Öncelikle Mahkeme içtihatlarında güncel değerlendirme ölçütlerini olabildiğince açık biçimde ve düzenli bir liste halinde ortaya koymalıdır. Bu liste doğaldır ki zamanla güncellenecektir; ancak olası değişikliklerin kaydını düşebilmek ve izlerini sürebilmek adına Mahkeme bu tür değişiklikleri, yaptıkları sırada ve değişikliği getiren karar(lar)da, yeterli derecede ayrıntılandırmalı ve gerekçelendirmelidir.

²⁰⁶ *Kılıçdaroğlu v. Türkiye (İHAM)*, no. 16558/18, 27.10.2020, § 67.

²⁰⁷ *Ibid.*, §§ 54-57.

(2) Mahkeme somut olaya ilişkin yaptığı değerlendirmelerini, saydığı kriter listesindeki sıra ile ve/veya *başlıklandırarak* uygulamalıdır. Güncel haliyle Mahkemenin bazı paragraflarında açıkça hangi kriteri değerlendirdiği net olarak anlaşılamamakta, bazen bir kriterin incelenmesi araya başka kriterlerin girdiği iki veya daha fazla paragrafa bölünebilmektedir. Bu da karara esas alınan etmenleri ve yapılan değerlendirmeleri anlamayı ve sınımayı zorlaştırmaktadır.

(3) Son olarak Anayasa Mahkemesi, her bir adil denge işlemi sonucunda ulaşılan sonuçların birer *kural* oluşturduğunu kabul ederek bu testi koymuş olduğu kurallara uygun olarak uygulamalı, eğer daha önceki kurallardan ayrılıyor ise yine ayrılığı yeterince gerekçelendirmelidir.

KAYNAKÇA

Aleinikoff TA, ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’ (1987) 96(5) Yale Law Journal 948 ss. 943-1005.

Alexy R, A Theory of Legal Argumentation (OUP 2009)

- ‘Constitutional Rights, Balancing and Rationality’ (2003) 16(2) Ratio Juris

- ‘Formal Principles: Some Replies to Critics’ (2014) 12(3) ICON 512

- A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers tr, OUP 2004)

Aliefendioğlu Y, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi (Yetkin Yay. 1996)

Arslan Z, ‘Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi’ içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008)

Chérot J, ‘La Proportionnalité entre Théorie Politique et Raisonnement selon le Droit’, (2017) 31 Cahiers de Méthodologie Juridique

Cross R, Precedent in English Law (Clarendon Press, 1977)

Göztepe E, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı’ (2016) 32 Anayasa Yargısı

Doğru O ve Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar (II) (Avrupa Konseyi Yay. 2012)

Döner A, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereçlerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar’ içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008)

Ergül O, Anayasa Yargısında Stare Decisis: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı (Adalet Yay. 2016)

Fendoğlu HT, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)' (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi

Feris ET, Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma (2. Baskı, çev. Ertuğrul Uzun, Pinhan Yay. 2019)

Goodhart AL, 'Determining the Ratio Decidendi of a Case' (1930) 40(2) Yale Law Journal.

Gören Z, Anayasa Hukuku (Seçkin Yay. 2000)

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Kitabevi 2000)

- Türk Anayasa Hukuku Dersleri (18. Baskı, Ekin Kitabevi 2015)

Greer S, 'Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate', (2004) 63(2) Cambridge Law Journal

Habermas J, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (çev. William Rehg, MIT Press 1996)

Hakyemez YŞ, 'Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu' içinde Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan (2) (Yetkin Yay. 2008)

Kaboğlu İÖ, Anayasa Yargısı (Legal Yay. 2000)

Kanadoğlu OK, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması (Beta Yayınları 2000)

Karan U, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Yetkin Yay. 2018)

Khosla M, 'Proportionality: An Assault to Human Rights?: A Reply' (2010) 7(2) ICON

Klatt M ve Meister M, The Constitutional Structure of Proportionality (OUP 2012)

Koopmans T, 'Stare Decisis in European Law' içinde O'Keeffe D ve Schermers H (eds), Essays in European Law and Integration: To Mark the Silver Jubilee of the Europa Institute (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982)

Köküsarı İ, ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi’ (2018) 22(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Kumm M, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’, (2004) 2(3) ICON

MacCormick N et al (eds), *Interpreting Precedents* (Routledge, 2016)

- ve Summers R, ‘Introduction’, içinde MacCormick N et al (eds), *Interpreting Precedents* (Routledge, 2016)

Mendes G, ‘Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988’ (2010)

Memiş E, *Anayasaya Uygun Yorum* (Filiz Kitabevi 2017)

M Yüksel, *Anayasanın Yorumlanması* (Asil Yay. 2008)

- ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?’ (2017) 7(1) SDÜHFD

Nadelmann KH, ‘The Judicial Dissent’ (1959) 8(4) *American Journal of Comparative Law*

Niblett A, ‘Do Judges Cherry Pick Precedents to Justify Extra-legal Decisions: A Statistical Examination’ (2010) 70 *Maryland Law Review*

Oder BE, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması: Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık’ (2003) 30 *Anayasa Yargısı Dergisi*

O’Keeffe D ve Schermers H (eds), *Essays in European Law and Integration: To Mark the Silver Jubilee of the Europa Institute* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982)

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (15. Baskı, Yetkin Yay. 2014)

Peczenik A, ‘The Binding Force of Precedent’ içinde Neil MacCormick et al. (eds) *Interpreting Precedents* (Routledge 2016)

Pino G, ‘Proporzionalità, Diritti, Democrazia’ (2014) 3 *Diritto e Società*

Pulido CB, ‘On Alexy’s Weight Formula’ içinde: Menéndez AJ ve Eriksen EO (eds), *Arguing Fundamental Rights* (Springer 2006)

Rivers J, ‘A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution’ içinde *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, OUP 2004)

Rumpf C, ‘Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği’ (1993) 10 Anayasa Yargısı Dergisi

Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (AÜSBF Yay. 1982)

- ‘Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları’ içinde Erdoğan Teziç’e Armağan (Beta Basın Yayın, 2007)

- ‘Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi’, (1996) 13 Anayasa Yargısı

Sartor G, ‘Il Precedente Giudiziale’ (1996) 11 Contratto e Impresa
<https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>

Smet S, ‘On the Existence and Nature of Conflicts between Human Rights at the European Court of Human Rights’ (2017) 17(3) HRLR

Şirin T, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli bir İnceleme (On İki Levha Yay. 2013)

- ‘Is the Turkish Constitutional System on the Verge of a Crisis?’ (2018) Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/>

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku (Beta Yay. 2013)

Teziç E, ‘Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü’ (1990) 7 Anayasa Yargısı

Toth AJW, ‘Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis’ (2013) 22 Dalhousie Journal of Legal Studies

Tsakyraakis S, ‘Proportionality: an Assault on Human Rights?’ (2009) 7(3) ICON

Tunç Y, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış’ (2010) 47 Terazi Hukuk Dergisi

Uygun O, ‘Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi’ içinde Kamu Hukuku İncelemeleri (On İki Levha Yay. 2011)

Vural HS, Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence (Seçkin Yay. 2013)

Waldron J, ‘Rights in Conflict’ (1989) 99(3) Ethics

Wambaugh E, *The Study of Cases* (1884)

Webber G, 'Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship' (2010) 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*

Yıldırım T, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı' (1993) 26 *Amme İdaresi Dergisi*

Zucca L, 'Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas', içinde: Eva Brems (ed), *Conflicts Between Fundamental Rights* (Intersentia 2008)

Anayasa Mahkemesi Kararları

Abuzer Demir ve Aslı Peksezer başvurusu, no. 2016/73556, 23.10.2019 (ikinci bölüm)

Afitap Salman başvurusu [GK], no. 2013/2105, 11.11.2015 (genel kurul)

Ahmet Haluk Altan başvurusu, no. 2015/14340, 12.11.2019 (ikinci bölüm)

Ali Kıdık Başvurusu, no. 2014/5552, 26.10.2017 (ikinci bölüm)

Ali Rıza Üçer (2) başvurusu, no. 2013/8598, 02.07.2015 (genel kurul)

Ali Suat Ertosun (3) başvurusu, no. 2013/2060, 20.05.2015 (ikinci bölüm)

Aydın Yavuz başvurusu, no. 2016/22169, 20.06.2017 (genel kurul)

Aykut Küçükaya başvurusu, no. 2014/15916, 09.01.2020 (birinci bölüm)

Azat Yıldırım başvurusu, no. 2017/15279, 12.11.2019 (birinci bölüm)

Bekir Coşkun başvurusu [GK], no. 12151, 04.06.2015 (genel kurul)

Çağrı Yılmaz başvurusu, no. 2017/34463, 13.02.2020 (ikinci bölüm)

Dilan Ögüz Canan başvurusu [GK], no. 2014/20411, 30.11.2017 (genel kurul)

Durmuş Fikri Sağlar başvurusu [GK], no. 2015/2769, 30.05.2019 (genel kurul)

Dursun Onur başvurusu, no. 2015/7877, 29.01.2020 (birinci bölüm)

Emin Aydın başvurusu, no. 2013/2602, 23.01.2014 (birinci bölüm)

- Ergün Poyraz (2) başvurusu [GK], no. 2013/8503, 27.10.2015 (genel kurul)
- Eyüp Hanoğlu başvurusu, no. 2015/11494, 23.05.2018 (birinci bölüm)
- F.E. (2) başvurusu, no. 2015/10184, 29.11.2018 (birinci bölüm)
- Gökhan Çalışkan başvurusu, no. 2017/18316, 28.01.2020 (ikinci bölüm)
- Hacı Boğatekin (2) başvurusu, no. 2014/12162, 21.11.2017 (ikinci bölüm)
- Hasan Yeşildağ başvurusu, no. 2015/2653, 12.12.2018 (birinci bölüm)
- Halis Toprak ve diğerleri başvurusu, no. 2013/4488, 23.03.2016 (birinci bölüm)
- İlter Nur başvurusu, no. 2013/6829, 14.04.2016 (ikinci bölüm)
- Kemal Baytaş başvurusu, no. 2016/1314, 04.07.2019 (ikinci bölüm)
- Kemal Gözler başvurusu, no. 2014/5232, 19.04.2018 (ikinci bölüm)
- Kemal Gözler (2) başvurusu, no. 2015/5612, 10.12.2019 (birinci bölüm)
- Kemal Kılıçdaroğlu (3) başvurusu, no. 2015/1220, 18.07.2018 (ikinci bölüm)
- Kemal Kılıçdaroğlu başvurusu, no. 2014/1577, 25.10.2017 (birinci bölüm)
- Koray Çalışkan başvurusu, no. 2014/4548, 05.12.2017 (birinci bölüm)
- Mehmet Akdoğan ve diğerleri, no. 2013/817, 19.12.2013 (birinci bölüm)
- Mehmet Güngör başvurusu, no. 2016/14951, 11.12.2019 (ikinci bölüm)
- Murat Kalkan başvurusu, no. 2017/21904, 11.12.2018 (ikinci bölüm)
- Musa Kaya (2) başvurusu, no. 2013/2351, 16.09.2015 (ikinci bölüm)
- Mustafa Berberoğlu başvurusu, no. 2015/3324, 26.02.2020 (ikinci bölüm)
- Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusu, no. 2015/11961, 11.06.2018 (birinci bölüm)
- Nesrin Yıldırım başvurusu, no. 2014/5503, 21.06.2017 (ikinci bölüm)
- Nihat Durmuş ve Durmuş Ofset Gaz. Bas. Yay. Mat. Kül. ve Spor Etk. ve Tic. Ltd. Şti. başvurusu, no. 2014/5761, 10.05.2018 (birinci bölüm)
- Oktay Kuban başvurusu, no. 2016/1999, 10.12.2019 (birinci bölüm)

Osman Oktay Ekşi başvurusu, no. 2014/3092, 27.12.2017 (ikinci bölüm)

Ömür Çağdaş Ersoy başvurusu, no. 2015/11715, 12.12.2018 (birinci bölüm)

Önder Balıkcı başvurusu, no. 2014/6009, 15.02.2017 (ikinci bölüm)

Rıdvan Türan başvurusu, no. 2017/20669, 10.03.2020 (birinci bölüm)

Savaş Kılıç başvurusu, no. 2016/5583, 19.11.2019 (birinci bölüm)

Selahaddin Aydoğdu başvurusu, no. 2016/80280, 23.10.2019 (ikinci bölüm)

Sinan Baran başvurusu, no. 2015/11494, 11.06.2018 (birinci bölüm)

Şaban Sevinç başvurusu, no. 2017/1632, 29.01.2020 (birinci bölüm)

Tansel Çölaşan başvurusu, no. 2014/6128, 07.07.2015 (birinci bölüm)

Tayfur Tunç başvurusu, 2017/36327, 10.03.2020 (birinci bölüm)

Tuğba Arslan başvurusu [GK], no. 2014/256, 25.06.2014 (genel kurul)

Tuğrul Culfa başvurusu, no. 2013/2593, 11.03.2015 (birinci bölüm)

Turgut Altınok başvurusu, no. 2017/36724, 29.01.2020 (birinci bölüm)

Türkan Bal başvurusu [GK], no. 2013/6932, 06.01.2015 (genel kurul)

Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (3), no. 2016/5653, 09.01.2010 (birinci bölüm)

Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (4), no. 2016/73997, 16.01.2010 (ikinci bölüm)

Uğurlu Gazetecilik Basın Yay. (5), no. 2017/4786, 28.01.2010 (ikinci bölüm)

Umut Kılıç başvurusu, no. 2015/16643, 04.04.2018 (ikinci bölüm)

Vural Nasuhbeyoğlu başvurusu, no. 2013/6146, 17.02.2016 (birinci bölüm)

E. 2011/129, K. 2012/81, Tarih 24.05.2012 (norm denetimi kararı)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, no. 28957/95, 11.07.2002

Kılıçdaroğlu v. Türkiye, no. 16558/18, 27.10.2020

Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan [BD], nos. 43577/98 ve 43579/98, 06.07.2005

Putintseva v. Rusya, no. 33498/04, 10.05.2012.