

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
BAĞLAMINDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Hafize TUNÇAY

2501130591

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğretim Üyesi Gülay Arslan ÖNCÜ

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : HAFİZE TUNÇAY Numarası : 2501130591
Anabilim Dalı / : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜLAY ARSLAN
Anasanat Dalı / Programı : ÖNCÜ
Tez Savunma Tarihi : 15.05.2019 Saati : 13.00
Tez Başlığı : AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. NİHAT BULUT		Kabul
2- DOÇ. DR. ÜLKER YÜKSELBABA		KABUL
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜLAY ARSLAN ÖNCÜ		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. SABAHATTİN NAL		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ BERKE ÖZENÇ		

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

HAFİZE TUNÇAY

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 10’da düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında sanatsal ifade özgürlüğü incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle sanatın anlamına, sanat için yapılan hukuk ve sanat alanındaki tanımlara yer verilmekte ve sanatsal ifade özgürlüğünü destekleyen tezler ortaya konmaktadır. Sonrasında sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamı ve devletin yükümlülükleri, madde 10 bakımından incelenmektedir. Nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun kararları incelenerek sanatsal ifade özgürlüğünün koruma standartları ve bu koruma standartlarındaki değişim ortaya konmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sanatsal ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğü, sanat özgürlüğü, sanat

ABSTRACT

FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION IN THE CONTEXT OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

HAFİZE TUNÇAY

In this study, freedom of artistic expression is examined under the freedom of expression set forth in the Article 10 of the European Convention on Human Rights. In this context, primarily, meaning of art, definitions in the area of law and art that made for art is included and argumantations that support the artistic expression is revealed. Thereafter scope of artistic expression and obligations of the state is examined in regard of Article 10. Ultimately protection standarts of artistic expression and alteration of these standarts is propounded by examining judgements and decisions of European Court of Human Rights and former European Commission of Human Rights.

Key words: Freedom of artistic expression, freedom of expression, freedom of art, art

ÖNSÖZ

Sanatsal ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ilk defa 80’li yılların sonunda açık bir şekilde madde 10’da düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamına dahil edilmiş ve böylece sanatsal ifade, madde 10’da belirtilen ifade kategorileri arasında yerini almıştır. Bu çalışma kapsamında genel olarak Sözleşme Organları’nın kararlarında somutlaşan sanatsal ifade özgürlüğünün koruma standartlarının ortaya konulması amaçlanmıştır.

Bu amaç bakımından ortaya çıkan en büyük sorun verilen kararların, bu çalışmanın yazıldığı ana kadar toplamda 26 gibi bir sayıya ulaşmasıdır. Fakat bu husus da bu çalışmada karşılaşılan tek sorun değildir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında sanata dair olan belirlemelerinde/somutlaştırmalarında kendisini tarafların iddialarıyla sınırlandırmaktadır. Bu durum da sanatsal ifade özgürlüğünün konusunun ve kapsamının açıklanmasında zorlukları ortaya koymaktadır. Yine de bu çalışmada mevcut kararlar bakımından, en küçük bir ayrıntıya dahi dikkat edilerek belirli ölçütler oluşturmak amaçlanmıştır.

Bu tez yaklaşık olarak iki yıllık bir çalışmanın ürünüdür. Bu iki yıllık serüvenimde danışmanım sayın Dr. Öğretim Üyesi Gülay Arslan Öncü, tezin yazılması aşamasında eleştirilerini ve görüşlerini belirterek tezin olgunlaşmasını ve derinleşmesini sağlamıştır. Tezin nihai halinde büyük bir emeği vardır. Bu yüzden kendisine emeklerinden dolayı teşekkür ederim.

Bu çalışmanın ortaya konmasında maddi ve manevi desteklerini sürdüren çalışma arkadaşlarıma da teşekkür ederim. Bu bakımdan özellikle Fransızca kararların çevirisinde bana yardımcı olan Vildan Altınok’a ve tezin düzeltilmesinde bana yardımcı olan Burcu Yıldırım’a büyük bir vefa borcum bulunmaktadır.

Bugün olduğum kişi bakımından bana en büyük katkıyı sunan aileme de teşekkür ederim. Bana anlayışın boyutlarını, sevgiyi ve şefkati tatbiki olarak gösteren annem Fatma Tunçay’a ve tez yazım sürecinde kaybettiğimiz babam İsa Tunçay’a şükranlarımı sunarım.

İstanbul, 2019
Hafize Tunçay

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
RESİMLER LİSTESİ.....	ix
ŞEMALAR LİSTESİ	x
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM: SANATSAL İFADE

I. SANAT NEDİR?.....	6
A. SANATIN TANIMI VEYA TANIMSIZLIĞI.....	6
1. <i>Felsefede Sanat Kavramı</i>	6
2. <i>Sanat Felsefesinde Sanat Kavramı</i>	9
3. <i>Genel-Geçer Bir Tanım Çabası</i>	13
4. <i>Hukukta Ortaya Çıkan Tanımlar</i>	16
a. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Tanımı	17
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Suskunluğu	18
B. SANATIN BİREYSEL BOYUTU	22
C. SANATIN TOPLUMSAL VE KÜLTÜREL BOYUTU	25
II. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN FELSEFİ DAYANAKLARI	29
A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DAYANDIĞI TEZLER	29
1. <i>Bireysel Özerkliğe ve Kendini Gerçekleştirmeye Dayanan Tez</i>	29
2. <i>Gerçekliğe Dayanan Tez</i>	31
3. <i>Demokasiye Dayanan Tez</i>	33
4. <i>Hoşgörü ve Çoğulculuğa Dayanan Tez</i>	35
5. <i>Yasaklamanın Ters Sonuç Doğuracağına İlişkin Tez</i>	37
6. <i>İktidara Güvensizliğe Dayanan Tez</i>	38
B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ DESTEKLEYEN TEZLER BAKIMINDAN SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	39
C. AİHM'İN SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN ORTAYA KOYDUĞU DAYANAK	45

1. İfade Özgürlüğünün Dayanakları	45
2. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Dayanakları	47

İKİNCİ BÖLÜM: SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ HAZIRLIK ÇALIŞMALARI.....	55
II. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖZNESİ.....	59
A. SANAT ESERİNİN SAHİBİ VEYA SAHİPLERİ.....	59
B. ARACILAR.....	60
C. MUHATAPLAR.....	61
III. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KONUSU.....	62
A. İFADE VE SANAT	63
B. TARTIŞMALI İFADELER	67
C. SANATSAL İFADE İÇİN ARANACAK KRİTER	77
IV. SANATSAL İFADENİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEKİ YERİ	82
A. SANATSAL İFADEYİ KORUYABİLECEK HAKLAR VEYA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE HAKLARIN YARIŞMASI	82
1. Madde 10 Koruması	82
2. Madde 9 Koruması	84
3. Madde 11 Koruması	85
4. Protokol No. 1 Madde 1 Koruması	87
B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ REJİMİNDE İFADE TİPLERİ	91
V. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	95
A. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE DEVLETİN NEGATİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ	103
B. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ	104
1. AİHS Madde 8-11 Bağlamında Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri	105
2. Pozitif Yükümlülüklerin Sanatsal İfade Özgürlüğündeki Tezahürleri.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

I. SINIRLANDIRMADA HUKUKİLİK: ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VE ULAŞILABİLİRLİK	116
II. MEŞRU AMAÇLAR.....	122
A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ REJİMİNİN MEŞRU AMAÇLARI.....	123
B. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDE SIKÇA BAŞVURULAN MEŞRU AMAÇLAR	124

1. Ahlakın Korunması	125
2. Başkalarının Haklarının veya İtibarlarının Korunması ya da Hakların Çatışması.....	127
a. Madde 9: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü	128
b. Madde 8: Özel Yaşamın Korunması Hakkı	129
c. Protokol 1 Madde 1: Mülkiyet Hakkı	130
III. HAKKIN SINIRLANDIRILMASININ SINIRI: DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK.....	131
A. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK KAVRAMININ ANLAMI	131
B. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK DENETİMİNİN UYGULANMASI.....	134
1. Ölçülülük ve Devletin Takdir Marjı	134
2. Ölçülülük Değerlendirmesini Belirleyen Etkenler	143
C. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE UYGULANMASI	153
1. Genel Olarak	153
2. Demokratik Toplumda Sanatsal İfade Özgürlüğünün İki Dönemi	154
a. Takdir Marjının Hakimiyeti.....	155
(1) AİHM'in Sanatsal İfade Özgürlüğündeki İlk Dönem Kararları	155
i. Müller ve Diğerleri Vakası	155
ii. Otto-Preminger-Institut Vakası	158
iii. Wingrove Vakası	162
iv. Karataş Vakası	167
(2) Ara Değerlendirme	170
(3) Sanata Özgü Korumalar	173
i. Hiciv	174
(a) Kararlar	174
(b) Değerlendirme.....	181
ii. Kurgu	183
(a) Kararlar	183
(b) Değerlendirme.....	192
b. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Korunmasında Standart Değişimi Mi?	196
(1) Standart Değişimini Önceleyen Kararlar	196
(2) Standart Değişimine İşaret Eden Kararlar ve Antitezi	202
SONUÇ.....	221
KAYNAKÇA	226
KARAR DİZİNİ	247
WEB SİTELERİ.....	261

RESİMLER LİSTESİ

Resim - 1.1: Fountain	16
Resim - 1.2: Guernica	26
Resim - 1.3: Del porforismo a la Revolución	28
Resim - 2.1: İbne İfadesinin Kullanımı	73
Resim - 3.1: Visions of Ecstasy	163
Resim - 3.2: Apocalypse	174
Resim - 3.3: Ebedi Alev ve Anıt-Mezarlar	216

ŞEMALAR LİSTESİ

Şema - 1.1:	20
Şema - 3.2:	139
Şema - 3.2:	141



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
AIHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AIHM	: Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İHS	: Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi
Appl.	: Application
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
Ed.	: Edited
ESKHS	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İnsan Hakları Sözleşmesi
IAOKS	: Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
İKS	: İşkenceye Karşı Sözleşme
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No	: Number
P1-2	: AIHS'in eğitim hakkını düzenleyen 1 No'lu Protokolün 2. maddesi
§	: paragraf
pp.	: pages
s.	: sayfa

UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü

vd. : ve devamı

Vol : Volume

v.d. : ve diğerleri

v. : versus



GİRİŞ

İnsanoğlunun bu dünyaya gözlerini açtığından beri kullandığı sanat, bireyin ve/veya toplumun içine işlemiş bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, bir mağara duvarına çizilmiş olan bir resim, insanlığın iptidai döneminde, kültürün en önemli şekillerde aktarılmasını ve diğer bireylerle ve topluluklarla paylaşılmasını ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, sanat, insanoğlunun tarihinin başlangıcından bu yana insan kavramının içine sinmiş bir değerdir.

Toplumlarda tedrici bir şekilde meydana gelen bireyselleşme, doğal olarak sanatı da etkilemiştir. Birey, öz hüviyetini kazanmasıyla birlikte toplum değerleriyle çatışabilen eserler de ortaya koyabilmiştir. Yayın araçlarının gelişmesi de bu bağlamda sanatın aleyhine işlemiş ve toplumun veya devletin ve diğer iktidar sahiplerinin ortaya koyduğu değerlerle çatışan bir sanat eserinin sansürlenmesi ve yok edilmesi de bu şekilde hızlanmıştır.¹ Nitekim devletlerin merkezileşmeleriyle birlikte, devletin insanlar üzerindeki iktidarı da artmış ve yayınların izin ile basılması ve doğal olarak yayın tekelinin devletin eline geçmesi gibi keyfi bir durum ortaya çıkmıştır.²

18. yüzyılda, Anayasacılık hareketleri gerçekleşmiş ve anayasalarda temel hak ve hürriyetler kendilerine yer edinmiş ise de sanat özgürlüğünün bir anayasal metinde ilk kez tanınması Weimar Anayasası, madde 142 ile olmuştur.³ Burada, sanat ve bilim özgürlüğü birlikte ele alınmış, sanat ve bilimin ve bunların öğretilmesinin özgür olduğu ifade edilmiştir. Weimar Anayasası'nda sanat özgürlüğü, bireyin hakları kısmında değil, sosyal hakların sıralandığı yerde düzenlenmiştir. Sanat özgürlüğü, medeni ve siyasal bir hak olarak değil, sosyal ve kültürel bir hak olarak ortaya konmuştur. Bununla birlikte sanat özgürlüğü,

¹ Bu bağlamda, düşünsel olarak zengin bir kaynak sunan romanın ilk modern örneği olan "Don Kişot" üzerinde, Engizisyon tarafından yapılan sansürü görmek için bkz. Miguel de Cervantes Saavedra, **La Mancha'lı Yaratıcı Asilzade Don Quijote**, C.I-II, Çev. Roza Hakmen, 21.Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2016.

² John Milton, **Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing**, Maryland, Arc Manor, 2008.

³ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s. 90.

günümüzdeki kimi anayasalarda sadece sosyal haklar kısmında belirtilirken,⁴ kimi anayasalarda medeni ve siyasal haklar kısmında belirtilmekte⁵ ve bazı anayasalarda ise hem sosyal hem de medeni ve siyasal bir hak olarak belirtilmektedir.⁶

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sanat özgürlüğü madde 27'de düzenlenmiştir:⁷

(1) Herkes, özgürce toplumun kültürel yaşamına katılma, sanatlardan yararlanma ve bilimsel ilerlemeyi ve onun faydalarını paylaşma hakkına sahiptir.

(2) Herkes, [eser] sahibi olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ve sanatsal yapımdan/üretimden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkına sahiptir.

Görüldüğü üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sanat özgürlüğü kültürel yaşama katılma hakkı çerçevesinde bir sosyal hak olarak düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁸ madde 15/I-c bendinde de yer almıştır.⁹ 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar

⁴ İtalya Anayasası, madde 33, Finlandiya Anayasası, madde 16, Litvanya Anayasası, madde 42, Macaristan Anayasası, madde 10, Portekiz Anayasası, madde 42.

⁵ Alman Anayasası, madde 5, Güney Afrika Anayasası, madde 16, İspanya Anayasası, madde 20.

⁶ Yunanistan Anayasası madde 16, Türkiye Anayasası madde 27, madde 64.

⁷ Bu metin tarafımda çevrilmiştir. Bundan sonraki norm veya içtihat çevirileri ve ilgili yabancı eserlerin çevirisi aksi belirtilmedikçe tarafımda çevrilmiştir.

⁸ “**Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**” (“**ESKHS**”) (“*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”), BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 03/01/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi - madde 15

1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler:

- (a) Kültürel yaşamda yer alma
- (b) Bilimsel gelişme ve uygulamalarının faydalarından yararlanma
- (c) [eser] sahibi olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ve sanatsal yapımdan/üretimden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma

haklarını tanırlar.

2. Bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler tarafından atılacak adımlar, bilim ve kültürün korunması, gelişimi ve yayılması için gerekli olanları içerir.

Sözleşmesi'nde¹⁰ (MSHS) sanat özgürlüğü açık bir şekilde düzenlenen bir hak değildir. Çalışmanın ilerideki bölümlerinde de görüleceği üzere, sanat, MSHS madde 19/II'de ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde bir araç olarak değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda bu çalışmada ele alınan sanatsal ifade özgürlüğü ile sanat özgürlüğü arasındaki farka değinmek gerekir. Sanat özgürlüğü ve sanatsal ifade özgürlüğü, bireyin yarattığı sanat eserine, devletin müdahale etmeme yükümlülüğü bakımından aynı anlamı ihtiva etmektedir. Dolayısıyla sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğü arasında devletin negatif yükümlülükleri bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak devletin pozitif yükümlülükleri bakımından, sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğü arasında ince bir fark bulunmaktadır. Sanatsal ifade özgürlüğü hakkı, her ne kadar ifade özgürlüğünün bir nevi olarak medeni ve siyasi bir hak olsa da hakkın etkin bir şekilde kullanılması gereğince devletin pozitif yükümlülüklerini dışlamaz. Sanatsal ifade özgürlüğü hakkı, devletin gerçekleştireceği pozitif edimler bakımından, kamunun yararı ile bireyin yararı arasında bir denge çerçevesinde pozitif yükümlülükleri içerir. Ancak sanat özgürlüğü, Weimar Anayasası'nda da görüldüğü üzere daha çok sosyal ve kültürel karakterli bir haktır. Bu bakımdan, sanat özgürlüğünde, devlet herhangi bir denge gözetmeden, sadece mali gücü çerçevesinde pozitif yükümlülüğe sahip olmaktadır. Dolayısıyla, sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğü arasında, pozitif yükümlülüklerde bir nüans oluşmaktadır. Sanat özgürlüğünün, devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, sanatsal ifade özgürlüğüne göre daha geniş olabilmektedir.

Sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğü farkına ilişkin bu genel açıklamayı yaptıktan sonra, tezin bölümlerinin içeriklerine geçilebilir. Birinci bölümde, öncelikle sanat kavramı ele alınmıştır. Bu bapta, sanat kavramına ışık tutulmaya çalışılmış, felsefi tanımlara, belirli yaklaşımlar çerçevesinde oluşan

3. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyet için vazgeçilmez özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt ederler.

4. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bilim ve kültürel alanlardaki uluslararası sözleşmelerin ve işbirliklerin teşviki ve gelişiminden türeyen faydaları tanır.

¹⁰ “**Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**” (“**MSHS**”) (“*International Covenant on Civil and Political Rights*”), BM Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Karar ile kabul edilmiş, 19.12.1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

tanımlara ve hukukta ortaya çıkan tanımlara yer verilmiştir. Sanatsal ifade özgürlüğünün, esas olarak ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunduğunun belirlenmesinden sonra ifade özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğünü destekleyen argümanlar dile getirilmiştir. Bu itibarla, öncelikle genel olarak ifade özgürlüğünün dayanakları belirtilmiş ve bu argümanların sanatsal ifadeye verdiği destek ortaya konmuştur. Nihayetinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade özgürlüğü bakımından, gerekçelendirdiği argümanlar belirtilmiştir. Bununla beraber, sanatsal ifadenin nevi şahsına münhasır nitelikleri kaydedilerek, bu dayanakların sanatsal ifadenin korunmasında yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür.

İkinci bölümde, sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamına değinilmiştir. Ancak bundan önce, hakların yorumlanmasında her zaman dikkate alınan, ifade özgürlüğü hakkının hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) incelenmiş ve sanatsal ifade bağlamında bir değerlendirme yapılmıştır. Sanatsal ifade özgürlüğünün konusunda, özellikle tartışmalı ifadelere yer verilmiş ve pornografi, erotizm ve nefret suçu gibi hususlara değinilmiştir. Sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamı da belirtildikten sonra, sanatsal ifade özgürlüğünün biçimleri kısaca gösterilmiştir. Sonrasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹¹ (AİHS) sanatsal ifadeyi koruyabilecek hakların yarışmasından kısaca bahsedilmiş ve sanatsal ifadenin esas olarak AİHS madde 10 ile korunabileceği belirlenmiştir. Hakların yarışmasından sonra sanatsal ifadenin madde 10'da korunan ifade tipleri arasındaki *hiyerarşideki* yeri gösterilmiştir. Akabinde devletin sanatsal ifade özgürlüğü çerçevesindeki negatif ve pozitif yükümlülükleri incelenmiştir. Bu itibarla, sanatsal ifade özgürlüğüne dair pozitif yükümlülükler açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde, genel olarak, sanatsal ifade özgürlüğüne, AİHS sistemi içerisinde sağlanan koruma incelenmiştir. Bu bapta öncelikle, sanatsal ifade

¹¹ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” (No.005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır (RG, 19/03/1954, s.8662). Sözleşme'nin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

özgürlüğünün AİHM içtihatları çerçevesinde sınırlandırılması incelenmiştir. Bu bakımdan, AİHM'in, AİHS madde 8-11'de izlediği sınırlandırma kriterleri öncelikle ortaya konmuştur. Bu itibarla, Mahkeme'nin öncelikle müdahalenin bir kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı değerlendirmesi yaptığı hukukilik denetimi, sonrasında müdahalenin madde 10/II'de belirtilen meşru amaca sahip olup olmadığı, sanatsal ifade özgürlüğü de dikkate alınarak incelenmiştir. Bu incelemeden sonra, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasındaki en önemli konu olan demokratik toplumda gereklilik incelemesinin sanatsal ifade özgürlüğünde nasıl gerçekleştiği anlatılmıştır. Bu yapılırken, öncelikle AİHS sistemi içerisinde ölçülülük ilkesinin nasıl uygulandığı ortaya konmuştur. Sanatsal ifade özgürlüğüne sağlanan koruma standardı bakımından ikili bir ayrım yapılarak, öncelikle ilk dönem kararlarında Mahkeme'nin ortaya koyduğu standart belirlenmiştir. 2000'li yıllarda sanata özgü bazı koruma argümanları geliştiren Mahkeme'nin, bu geçiş aşamasından sonraki ikinci dönem kararlarında belirli bir standart değişiminin olup olmadığı sorgulanmıştır. Böylece, AİHM'in sanatsal ifade özgürlüğüne sağladığı koruma ortaya çıkmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM:

SANATSAL İFADE

I.Sanat Nedir?

Sanatsal ifade özgürlüğünü, daha sağlam bir zeminde görebilmek için öncelikle sanat kavramını irdelemek gerekmektedir. Kavramın ortaya konması, sanatsal ifade özgürlüğü bakımından belirli kriterlerin oluşturulmasına olanak sağlayacaktır. Tanımlama çalışmasının yanı sıra sanatın farklı boyutlarının da ortaya konması gerekir. Sanatsal ifadenin boyutlarının ortaya konması, bu özgürlükle ilgili bir yargılamada, tek bir perspektiften gerçekleşen yani sanatı, sanatın dışından değerlendiren bir yargılamadan kaçınılmasına olanak tanınması bakımından önem arz etmektedir.

A. Sanatın Tanımı veya Tanımsızlığı

Sosyal bilimlerde çoğu kavramın birden çok tanımı söz konusudur. Bu husus, sanat gibi subjektif ve soyut bir alana akseden bir kavram için de geçerlidir. Bu nedenle, sanat kavramı, bu bölümde felsefe ve hukukun ışığında incelenmekte ve sanat kavramına ilişkin çeşitli tanımlar ortaya koyulmaktadır.

1. Felsefede Sanat Kavramı

Sanat anlayışları ve sanat kavramı sadece kişiden kişiye değişmemekte, aynı zamanda farklı dönemlerde de farklı anlamlar kazanmaktadır. Platon, sanatı, taklit eylemi (*mimesis*) ile tanımlamaktadır. Platon idealar kuramında, maddeyi ve ideyi birbirinden ayırmaktadır. Madde olarak gördüğümüz imgeler, aslında sadece idelerin gölgelerinden ibarettir (Platon'un meşhur mağara örneğinde olduğu gibi). Dolayısıyla gerçek bilgiye/epistemeye, idealar ile ulaşılmaktadır. İdeaların bir gölgesi olan maddeler ile ise yalnızca yanlış/yanılsamaya/doksaya ulaşılmaktadır. Platon'a göre sanatçı simule görüntü/simülakrlar yaratan kişidir; yani "doğanın duyumsanabilen görünümünü geri yansıtmaktan başka bir şey yapmayan bir aynadır." Platon, sanatçının aslında etrafımızda varolmayan bir şeyi taklit ederek sadece bir imge yarattığını ve bununla ancak doksaya ulaşılabileceğini ifade eder.¹

¹ France Farago, **Sanat**, 3.Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2017, s. 34-35; İsmail Tunalı, **Grek Estetik'i: Güzellik Felsefesi, Sanat Felsefesi**, 3.Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1983, s. 76-86;

Platon, genel olarak dönemindeki illüzyonizmi takip eden sanat anlayışını, aldatıcı niteliğinden dolayı sofistliğe yakın olarak görmekte ve eleştirmektedir ve bu yüzden Platon'un sanata olan yaklaşımında sanat kavramı sadece kötü bir anlam taşımamaktadır. Sanat, aslında 'doğru' erek ile yapıldığında epistemeyi ortaya çıkarabilmektedir. Platon, Yasalar adlı eserinde, tragedya şairlerine şöyle seslenir:

“Bizler, en iyi kabiliyetimizle, en erdemli ve en iyi tragedyaların yazarlarıyız; gerçek bir tragedya olarak baktığımız Cumhuriyetimiz de en erdemli ve en iyi yaşamın bir taklididir.”²

Bu bakımdan Platon, sanatın anlamı olan taklit eylemine karşı değildir. Onun karşı olduğu şey doksaya ulaştıran maddelerin taklididir.³

Platon gibi Aristoteles de, sanatı taklit etmek eylemiyle tanımlamaktadır. Taklit etmek insanın doğasında bulunmaktadır. İnsanın bir sanattan zevk almasının sebebi, ona baktığında temsil ettiği şeyi görmesi ve tanımasıdır. Bu bakımdan, Aristoteles'in sanatında, taklit edilen şey doğadır.⁴

Sanat kavramının, doğa ve taklit unsurlarından belirli ölçülerde sıyrılması ise Schelling ve Hegel'de görülmektedir. Schelling'e göre sanat, “duyumsanan izlenimle tinin yansıtma yetileri arasındaki ilişki üzerine kuruludur.” Sanat ruh ile doğa arasındaki etkin bir bağıdır ve dolayısıyla doğayı taklit etse de onu kopyalamaya çalışmaz.⁵ Hegel ise sanatı, tinin cismanileşmesi olarak görmektedir.

Mehmet Ali Ağaoğulları, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2013, s. 196-197.

² Plato, **Laws**, Vol. II, Trans. by R. G. Bury, London, William Heinemann, 1926, s. 99; Farago, **Sanat**, s. 36-37.

³ Farago, **Sanat**, s. 36-37.

⁴ Aristotle, **Poetics**, Trans. by Joe Sachs, Newburyport, Focus Publishing, 2006, s. 22-23; Farago, **Sanat**, s. 36-37; Tunalı, **Grek Estetik'i**, s. 109-113.

⁵ Farago, **Sanat**, s. 121.

“Sanatın tek misyonu, tinde varolduğu biçimiyle, bütünselliği içerisinde, nesnel ve duygusal olanla yarattığı uzlaşa içerisinde Doğruyu duygusal algıya sunmaktır.”⁶

Dolayısıyla sanat dünyayı taklit etmemekte, onu insana iyice açıklamaktadır.

Tolstoy’un da sanat kavramına ilişkin açıklamaları bulunmaktadır:

“Eğer izleyiciler ve dinleyiciler, yalnızca yazarın hissettiği duyguları tarafından etkilenirlerse, bu sanattır.

Sözler ile ifade edilen hareketler, çizgiler, renkler, sesler veya biçimler aracılığıyla, kişinin kendisinin tecrübe ettiği bir duyguyu çağrıştırma, böylece duyguyu aktarma ile diğerleri aynı duyguyu tecrübe edebilir. İşte bu sanatın eylemidir.

Sanat, kişinin, belirli dışsal işaretlerle, bilinçli olarak yaşadığı duygularını diğerlerine aktarmasından ve böylece diğer insanların bu duygular tarafından etkilenmesinde ve bunları tecrübe etmesinden oluşan insan eylemidir.”⁷

Kendisini agnostik sayan Tarkovsky ise öncelikle insan yaşamının anlamını sorgular. Ona göre ‘belki’ de insan, kendisini manevi olarak geliştirebilmek için dünyadadır. Bu anlamlandırma içerisinde sanat ise insanı manevi zenginliğe ulaştırabilecek araçtır.⁸

Felsefe alanında öne sürülen bu tanımlar, düşünürlerin kendi oluşturdukları teorilerden, düşüncelerden sanata olan bakışı ortaya koymaktadır. Bu tanımlar, filozofların kendi bulundukları konumdan ışık tuttıkları sanat kavramını ortaya koymaktadır. Bu veçhile, bu tanımlar dışsal bir bakış açısı sağlamaktadır. Bununla birlikte içsel bir bakış açısı sunan sanat felsefesinde öne sürülen tanımları da incelemek gereklidir.

⁶ Farago, **Sanat**, s. 128-130.

⁷ Leo Tolstoy, **What is Art?**, Trans. by Aylmer Maude, New York, Funk&Wagnalls Company, 1904, s. 50.

⁸ Andrey Tarkovsky’nin bu açıklamaları için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=7Me--xHG-mQ> (Çevrimiçi: 18.09.2017)

2. Sanat Felsefesinde Sanat Kavramı

Günümüzde sanatın tanımında halen bir uzlaşa bulunmamaktadır. Çeşitli tanımlar yapılmakta ve bu tanımlar; ifadeye, biçimciliğe, estetiğe, anti-özcülüğe, tarihsel yaklaşımlara, tarihsel fonksiyonculuğa dayanan tanımlar olarak sınıflandırılabilir.⁹

İfadeye dayanan tanımda, Collingwood, sanatı duyguyu ifade eden bir eylem olarak tanımlamaktadır. Ona göre, bu eylem olabildiğince tikel/özel bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu tanım, bir eserde ifade edilen bir duygunun her zaman sanatçının duygusu olması gerektiğini varsaymaktadır. Ancak sanatçının hissetmediği bir duygunun, neden eserde olmaması gerektiğini açıklamamaktadır. Collingwood'un duyguyu ifade etme ve öznellik kriterleri, sanat kavramını ciddi ölçüde kısıtlamaktadır. Bu kriterler gereğince, Shakespeare'in oyunları, bir sanat değil bir eğlence olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁰

Biçimciliğe dayanan tanımda, Bell'in tanımı ön plana çıkmaktadır. Bell, bütün sanat yapıtlarında ortak bir özelliğin bulunduğunu ve bunun biçim olduğunu ifade eder. Bu yüzden sanat, *önemli* biçimdir. Önemli biçim ise, sahip olduklarını ifade eden, onu algılayan kişilerin ürettikleri etkiden oluşan özel bir değerler biçimidir. Ancak Bell'in tanımı birkaç sebeple yerinde değildir. Öncelikle, önemli biçim, her zaman yüksek değere sahip olan bir şey olduğundan, kötü sanat olanağını dışlamaktadır. İkinci olarak, bu tanım, tek bir hususiyeti öne çıkarırken, diğerlerini görmezden gelmektedir ve sadece kötü değil birçok mükemmel eseri de dışlamaktadır.¹¹

Estetiğe dayanan tanımlarda, birçok tanım söz konusudur. Bredsdley, sanat eserini, estetik menfaate tatmin olanağı verme niyeti ile üretilen bir şey olarak

⁹ Robert Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art: An Introduction**, 2.Edition, Plymouth, Rowman&Littlefield Publishers, 2010, s. 99 vd.

¹⁰ R. G. Collingwood, **The Principle of Art**, London, Oxford University Press, 1938, s. 109-115; Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 99-100; Noël Carol, **Art in Three Dimensions**, New York, Oxford University Press, 2010, s. 43-45.

¹¹ Clive Bell, **Art**, New York, Frederick A. Stokes Company Publisher, 1913, s. 7 vd.; Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 101-103; Carol, **Art in Three Dimensions**, s. 45.

tanımlamaktadır.¹² Schlesinger, sanat eserini, temel koşulların estetik görü ile kavranışını sağlayan bir yapay olgu/insan yapımı olarak tanımlamaktadır.¹³ Lind ise, sanat eserini, esas amacı önemli bir estetik amacı iletmek olan bir veya birden fazla aracın herhangi bir yaratıcı düzenlemesi olarak tanımlamaktadır.¹⁴ Read de, basitçe ve genel olarak sanatı “hoşa giden formlar yaratma girişimi” olarak tanımlamaktadır.¹⁵ Ancak bu yaklaşım, estetik nitelik taşımayan sanatları dışlamaktadır. İcra sanatlarından bazı yaklaşımlar, siyasal düşüncenin estetik menfaat maskesi olmadan daha iyi iletebileceğine dayanmaktadır. Aynı şekilde dadaist eserler de bu bakımdan sanat kavramından dışlanmaktadır.¹⁶

Anti-özcülüğe dayanan tanım, aslında sanatın tanımlanmasına karşı çıkmaktadır. Yeterli ve gerekli koşullar, gerçek bir sanat tanımını ortaya koyamadığından yapılacak bütün tanımlama girişimleri, yanıltıcı olacaktır. Wittgenstein’in dil felsefesinden etkilenen Weitz ve Ziff, bu gerekli ve yeterli koşulları tanımlamak yerine ‘aile benzerliği’ kuramını ileri sürmektedir. Buna göre, eserler ancak diğer sanat eserlerine olan benzerlikleri ile sanat olarak adlandırılabilir.¹⁷ Ancak aile benzerliği görüşü dahi bir tanım içermektedir. Bu görüş aslında sanat kavramının benzerlikler ağı tarafından oluşturulduğunu öngörmektedir.¹⁸

Burada Arthur C. Danto’nun ve George Dickie’nin sanatla ilgili açıklamalarına da yer vermek gerekmektedir. Danto, sanat kavramı için üç nitelik belirler. Bunlardan birincisi, bir sanat eseri ile sanat eseri olmayan bir eser

¹² Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 104; Carol, **Art in Three Dimensions**, s. 45.

¹³ George Schlesinger, “Aesthetic Experience and the Definition of Art”, **British Journal of Aesthetic**, Vol. 19, No.2, 1979, pp. 167-176, s. 175.

¹⁴ Richard Lind, “The Aesthetic Essence of Art”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol. 50, No. 2, 1992, pp. 117-129, s. 124.

¹⁵ Herbert Read, **The Meaning of Art**, 3.Edition, New York, Praeger Publisher, 1972, s. 18

¹⁶ Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 104.

¹⁷ Morrist Weitz, “The Role of Theory in Aesthetics”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol.15, No.1, 1956, pp.27-35, s. 29-35; Paul Ziff, “The Task of Defining a Work of Art”, **The Philosophical Review**, Vol.62, No.1, 1953, pp.58-78, s. 67 vd..

¹⁸ Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 105-106.

kavrayışsal olarak birbirinden ayırt edilemez. İkinci olarak, bir sanat eseri, her zaman bir sanat tarihinin içeriğinde mevcuttur ve bu husus bir eserin sanat olması için en önemli koşuldur. Üçüncü olarak, bir eser, onu oluşturan bir yorum olmadan bir sanat eseri değildir. Burada yorum, eserin ne hakkında olduğunu, onu oluşturan kişiye nasıl gözüktüğünü ve sanatçının niyetini ifade etmektedir.¹⁹ Dickie'nin ise, sanat ile farklı tarihlerde oluşturduğu iki tanımı bulunmaktadır. Dickie ilk tanımında sanat eserini tanımlamaktadır. Buna göre, "bir sanat eseri, bir topluluk veya bir topluluğun alt-grubu üzerinde, takdire aday statüsü kazanan yapay bir eserdir [*artifact*]."²⁰ Dickie ikinci tanımında ise, bu tanımı yadsımaktadır. Bu ikinci tanım bir beşli tanım silsilesi oluşturmaktadır:

1. Bir sanatçı, bir sanat eserinin yapımına, bir kavrayış ile katılan kişidir.
2. Bir sanat eseri, kamusal sanat dünyasında sunulmak üzere yaratılan bir tür insan yapımıdır/yapay olgudur.
3. Kamu, kendilerine sunulan bir objeyi belirli derecelerde kavramaya hazır olan bir insan topluluğudur.
4. Sanat dünyası, bütün sanat dünyası sistemlerinin toplamıdır.
5. Bir sanat dünyası sistemi, bir sanat eserinin sanatçı tarafından, kamusal sanat dünyasına sunulması için bir sistemdir.²¹

Danto'nun tanımı ile Dickie'nin ikinci tanımı fazla kapsayıcı olmadığı için eleştirilmektedir. Dickie'nin birinci tanımı ise, sanatın sınırlarını fazla genişlettiği için eleştirilmektedir.²²

Tarihsel yaklaşımlara dayanan tanımlarda, Levinson'un tanımları ön plana çıkmaktadır. Levinson'a göre,

¹⁹ Arthur C. Danto, **The Transfiguration of Commonplace**, Cambridge, Harvard University Press, 1981, s. 135; Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 107.

²⁰ George Dickie, "Defining Art", **American Philosophical Quarterly**, Vol.6, No.3, 1969, pp.253-256, s. 254.

²¹ George Dickie, **The Art Circle**, New York, Haven Publications, 1984, s. 80-81; Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 109.

²² Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 108-110.

“bir sanat eseri, bir sanat eseri olarak takdir edilmesi için diğer bir deyişle mevcut sanat eserlerinin doğru şekilde takdir edildiği herhangi bir şekilde takdir edilmesi için ciddi ölçüde tasarlanan şeydir (öge, obje, varlık).”²³

Levinson, burada bir sanat eserinin diğer sanat eserleri gibi tasarlanması gereğini ortaya koyarak aslında bir ‘şeyin’ sanat eseri olabilmesi için diğer sanat eserleri ile tarihsel bir bağlantısı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan şu anda bir şeyin sanat eseri olarak kabul edilebilmesi, geçmişte sanat olan şeye bağlı olmaktadır.²⁴ Levinson’un tanımına yapılan eleştiriler, büyük ölçüde tasarlama/niyet (*intend*), unsuruna yönelmektedir. Buna göre, Rembrandt ve Duchamp gibi sanatçıların, bir sanat eseri oluşturmama niyeti olması, bu sanatçıların eserlerini, bu tanıma göre sanat eseri sınıfından çıkarmaktadır.²⁵

Tarihsel fonksiyonculuğa dayanan tanımlar, daha önceki sanat eserleri ile bağlantı kurmak yerine sanat formlarının ve fonksiyonlarının sadece verili bir zamanda olduğuna atıf yapmaktadır. Dolayısıyla sanatın formları ve fonksiyonları zaman ile sona ermektedir. Verili bir zamandaki sanatın fonksiyonu, bu zamandaki ana sanat formları anlayışı ile tanımlanmaktadır. Ancak tarihsel fonksiyonculuk, bu ana sanat formları dışındaki şeyleri, sanat eseri sınıfından dışlamaz. Yine de bu ana sanat formları dışında kalan insan yapımı şeyler, daha yüksek bir standarda sahip olmak zorundadır.²⁶ Ancak tarihsel fonksiyonculuğun bu yaklaşımı çeşitli sorunlar içermektedir. Öncelikle verili bir zamandaki ana sanat formlarını, hangi kriterlerin belirlediği başarılı bir şekilde ifade edilmemektedir.²⁷

Sanat felsefesinde ileri sürülen bu tanımlar, sanat kavramının anlaşılması için içsel bir bakış açısı sunmaktadır. Ancak bu husus yeterli değildir. Zira bir

²³ Jerrold Levison, “Refining Art Historically”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol.47, No.1, 1989, pp.21-33, s. 21.

²⁴ Jerrold Levinson, *Contemplating Art: Essays in Aethetics*, New York, Oxford University Press, 2006, s. 13-14; Levison, “Refining Art Historically”, s. 21-22; Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 112.

²⁵ Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 113.

²⁶ Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 114

²⁷ Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art**, s. 114-116

yargılamada ele alınacak olan tanımın, muhakameye elverişli bulunması veya en azından muhakameye elverişli bir subjektiflik içerisinde bulunması gerekmektedir.

3. Genel-Geçer Bir Tanım Çabası

Türkçe’de sanat kelimesi, etimolojik olarak iş ve yapma manasına gelen *sunu*’ kelimesinden türemiştir. *Sunu*’ kelimesi sözlükteki anlamının bir işi vücuda getirmek (*îcâdet-ül-fiil*) ve bir maddeye zihinde tasavvur edilen şekli vermek (*îcad-ül-suret*) olduğu ifade edilmektedir. *Sunu*’ kelimesinin aynı zamanda güzellik ve hayran olunacak bir kudret anlamına geldiğinden, bu kelime daha çok yaradılış ve tabiatın yaptığı şeylerde kullanılarak *sun-u-tabiat* denilmiş ve “tabiatta kendi kendine vücut bulmayıp insanın akıl ve zekâsını kullanarak eliyle yaptığı işlere *sanat* denilmiştir.”²⁸

‘*Art*’ kelimesinin etimolojik kökeni ise Eski Yunanca’da, birleştirmek, uydurmak suretiyle yapmak anlamına gelen *aro/areti* kelimesidir. Bu kelime Latince’ye yalın hal olarak *ars*, ek almış hali ile *artem* olarak geçmiştir. Latince’den de İtalyanca’ya *arte* ve Fransızcaya *art* olarak geçmiştir. Kelime 10. yüzyılda, Eski Fransızca’da “bir öğrenimin veya egzersizin bir neticesi olarak yetenek” anlamına gelirken, 13. yüzyılda Ortaçağ İngilizcesi’nde “bilim ve öğrenimde yetenek anlamına gelmektedir.”²⁹

Sözlükte sanat/*art* kavramı, şu şekilde tanımlanmaktadır:

“umumiyetle resim veya heykelcilik gibi görsel formda olan, esasen güzellikleri ve duygusal kuvvetleri dolayısıyla takdir edilmeleri için üretilen eserler olan insanın yaratıcı yeteneğinin ve tasavvurunun ifadesi veya uygulaması.”³⁰

²⁸ Celâl Esad Arseven, “**Sanat**”, Sanat Ansiklopedisi, Cilt IV, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1952, s. 1752-1753.

²⁹ Arseven, “**Sanat**”, s. 1753; Larry Shiner, **Sanatın İcadı: Bir Kültür Tarihi**, 4.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2017, s. 47; ayrıca bkz. <http://www.etymonline.com/index.php?term=art> (Çevrimiçi: 18.09.2017)

³⁰ *Oxford Dictionary*’nin bu tanımı için bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/art> (Çevrimiçi: 18.09.2017)

Sanat kavramının, burada detaylı bir şekilde anlatılmasının sebebi, bu kavramın sanatsal ifade özgürlüğündeki belirleyiciliğidir. Devletin yargısına sunulan bir eserin, sanat eseri olup olmadığı ve dolayısıyla sanatsal ifade özgürlüğünden yararlanıp yararlanamayacağı, sanat kavramının ortaya koyacağı sınırlar ile tayin edilmektedir. Bu bakımdan herkesin ortak olacağı bir tanım yapılamasa da belirli kriterlerin belirtilmesi gerekmektedir.

Her sanatçı, sadece sanat için sanat yapması dolayısıyla birçok suç tipini gerçekleştirebilmekte, birçok yaptırıma uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, bir yargılamada, sanat kavramını hakimın veya jürinin keyfi sayılabilecek takdirine bırakmak da sanat eserini meydana getirenleri yeterince korumasız bırakmaktadır.³¹ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Yargıcı, Potter Stewart pornografi-sanat ayrımını konu edinen yargılamadaki mutabık görüşünde, sanatı tanımlama girişiminde bulunmayacağını ve belki de entelektüel olarak bunu yapamayacağını ancak gördüğünde onun sanat olduğunu bildiğini ifade etmiştir.³²

Sanat gibi subjektif ve soyut bir konuda genel-geçer bir tanım pek mümkün değildir. Ancak bu tanımsızlık ve belirli kriterlerden yoksunluk, sanatsal ifade özgürlüğü içerisinde sanatçının aleyhine kullanılabilir. Bu bapta, kanaatimce sanat, insana dair olan bir gerçekliğin veya temel bir duygunun, insanın yaratıcılığı ile belirli bir biçim içerisinde vücut bulmasıdır.

Ne kadar subjektif olursa olsun her bir sanat eseri, sanat eserini meydana getiren kişinin içinden ve algısından izler taşısa da, aslında sanatçının yüksek kavrayışında insana ait bir gerçekliği ve temel duyguyu, gizli veya açık biçimde dile getirmektedir. Burada bahsedilen gerçeklik kavramı, bilimsel ve akademik olarak ortaya çıkan bir gerçeklik değildir. Bir sanat eserindeki gerçek, soyut ve imgesel bir düzeyde ortaya çıkar. Gemalmaz’a göre, sanat, artistik ve özgün bir dille, özgür bir

³¹ Uwe Scheffler, “Sanat ve Sanat Özgürlüğü: Cezalandırılabilirlik Hakkında Belirsiz İki Kavramın Hüküm Vermesi Gerekli İse”, Çev. Yener Ünver, **Sanat ve Ceza Hukuku**, Ed. by Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2018, s. 12.

³² **Jacobellis v. Ohio**, 378 U.S. 184 (1964).

şekilde kavranan gerçeği ifade etmektedir.³³ Bir ifade olarak sanat, düşünceyi, gerçeği ve bilgiyi iletmektedir. Savaşın korkunç olduğu gerçeği, Picasso'nun Guernica isimli tablosundan öğrenilebilir.³⁴ Nitekim Žižek de sanatın gerçeklikten bir pay taşıdığını ifade eder:

“Bilim, ... Gerçekliği saf bir uzantıya, soyut bir mekana dağılmış bir maddeye indirgeyerek, cinselleştirilmiş bedenın yaşanmış gerçekliğinden tamamen arındırır. Bu nedenle bilimin Gerçek ile olan tek teması matematize edilebilir soyutlamalardır: Bilimde, gerçeklik ile Gerçek, bedenlerin yaşanmış somut deneyimleri ve soyut ... nümerik formüller olarak birbirine karşıttır. Buna karşılık sanat, yaşanmış gerçekliğin içinde kalır: Ondan bir parça, bir nesne koparır ve onu “Şey düzeyine” yükseltir.”³⁵

Sanatçı insana dair olan gerçekliği ve temel duyguyu sıradan bir şekilde değil yaratıcılık ile veya soyut düşünce ile aktarmaktadır. Bu bakımdan sanat eseri için iki kriter ortaya çıkmaktadır:

1. Sanat eserinin insana dair olan bir gerçekliği veya temel bir duyguyu içermesi
2. Sanatçının bu gerçeklik ve temel duyguyu, yaratıcılıkla veya soyut düşünce ile ifade etmesi.

Bu kriterler sanat anlayışının zaman içerisindeki yaklaşımlarına da duyarlıdır. Farklı zamanlardaki farklı sanat ekollerinde bu kriterler de geçerli olabilmektedir. Ancak burada zamana göre ‘gerçeklik’, ‘temel duygu’, ‘yaratıcılık’ ve ‘soyut düşünce’ unsurları farklı yorumlara sahip olabilmektedir. Bu bakımdan bu tanım, çağdaş sanat anlayışının ana esaslarından olan hazır-yapıt (*ready-made*) sanatını da içermektedir. Sözelimi Duchamp'ın ‘Çeşme’ adlı eserinde, pisuar bir sanat eseri olarak

³³ Mehmet Semih Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.61, Sayı 7-9, 1987, pp. 521-533, s. 523.

³⁴ Edward J. Eberle, “**Art and Speech**”, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, Vol. 11, Issue 1, 2007, Article 2, s. 18. Gerçeklik tezinin, sanat ile tam anlamıyla uyuşmadığına yönelik olarak bkz. Jeffrie Murphy, “Freedom of Expression and the Arts”, **Arizona State Law Journal**, Vol. 29, pp. 549-568, s. 555.

³⁵ Slavoj Žižek, **Sanat: Konuşan Kafalar**, 2.Baskı, İstanbul, Encore, 2014, s. 11.

sergilenmiştir. Duchamp, burada sıradan bir nesneyi almış ve onu bir sanat eseri olarak sergilemiştir.

“Onun gerçek yaratıcılık faaliyeti, sanat eserinin mekanını ve bu mekanı belirleyen kuralları yeniden tanımlamasında gerçekleşmiştir.”³⁶

Böylece bu sıradan nesnenin gösterilmesi sanat eseri olarak değerlendirilmektedir. Pisuar bir sanat eseri olarak gösterilerek, kendi maddeselliğinin yerine geçmekte ve Şey’in görünüm biçimlerinden birisi olmaktadır.³⁷



Ortaya konan bu kriterler, soyut niteliklere sahiptir. Bu yüzden aslında halen bir belirsizlik söz konusudur. Ancak sanat kavramının soyut niteliği, bu kriterleri de soyutlaştırmaktadır. Kanımca, bir eserin sanat eseri olup olmadığının belirlenmesi de uzman bir görüşü gerektirmektedir. Bu yüzden, sanat özgürlüğü ile ilgili ceza veya hukuk davalarında, bir eserin sanat eseri olup olmadığına, bir bilirkişi

Resim - 1.1: *The Fountain*³⁸ heyetinin görüşü alındıktan sonra karar verilmelidir.

4. Hukukta Ortaya Çıkan Tanımlar

Sanat kavramına hukukun da ışığını tutmak gereklidir. Kurallar ve ilkeler bütünü olan hukukta, sanatsal bir unsurun nasıl değerlendirildiğini ortaya koymak gereklidir. Bunun için tezin konusuyla bağlantılı olarak AİHM’in kararlarının yanı sıra sanatsal ifade konusunda zengin ve/veya daha belirgin bir içerik sunan Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan tanım incelenecektir.

³⁶ Žižek, *Sanat*, s. 11-12.

³⁷ Žižek, *Sanat*, s. 11-12 ve 107-108’deki 2 no’lu dipnot.

³⁸ Marcel Duchamp tarafından oluşturulan, ‘Çeşme’ adlı eser, 1917 Bağımsız Sanatçılar Topluluğu sergisinden sonra New York’taki 291 isimli sanat galerisinde, Alfred Stieglitz tarafından fotoğraflanmıştır. Calvin Tomkins, *Duchamp: A Biography*, New York, Henry Holt and Company, 1996, s. 186.

a. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Tanımı

Sanatsal ifade özgürlüğü, hem ulusal mahkemelerin hem uluslararası mahkemelerin önüne gelebilmektedir. Söz konusu bu vakalarda mahkemeler, sanat kavramı ile ilgili bazı nitelemelerde bulunabilmekte veya en azından bir eserin sanat eseri olup olmadığı yönünde belirleyici olabilmektedir.

Bu tanımlardan en ünlüsü Alman Anayasa Mahkemesi'nin (AYM ya da Mahkeme) 1971 yılında verdiği, *Mephisto* kararında yaptığı tanımdır. Mahkeme, sanatsal çabanın özünü, sanatçının kendi hissettiğine, öğrendiğine veya deneyimlediğine, kendi seçtiği iletişimsel bir araçla algılanabilir bir biçim vermesi vasıtasıyla söz konusu olan özgür yaratıcı süreçte görmektedir. Sanatsal etkinlik, bilinç ve bilinç-dışını, birbirinden ayıramayacak bir şekilde içermektedir. Sezgi, hayal gücü ve bilginin hepsi sanatsal yaratımda bir rol oynamaktadır. Mahkeme sanatsal yaratımın, olağan ifade kadar iletişimsel de olmadığını zira sanatın daha çok sanatçının bireyselliğini ifade ettiğini belirtmiştir.³⁹ Bununla beraber bazı yazarlar, Alman AYM'sinin daha sonraki kararlarında sanatın tanımının yapılamayacağına karar verdiğini dile getirmiştir.⁴⁰ 1984 tarihinde karar verilen, Bertolt Brecht'in "Anakronik Tren veya Özgürlük ve Demokrasi" isimli şiirini konu alan vakada, Mahkeme, sanatsal etkinliğin bütün ifade biçimleri ve bütün sanat türleri için genel-geçer bir tanım yapılamayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, sanatı tanımlamanın imkansızlığı, Alman AYM'sini sanatsal ifade özgürlüğünü korumaktan geri tutmaz. Dolayısıyla, Mahkeme Alman Anayasası madde 5/III'ün (sanat özgürlüğünü içeren klotun) koşullarının uygulanıp uygulanmayacağına karar verir.⁴¹ Ancak Mahkeme, aynı kararda, *Mephisto* kararında ortaya koyduğu tanımı yinelemiş, bu tanımda ortaya çıkan 'yaratıcılık', 'deneyim' ve 'biçim' unsurlarını, Brecht'in şiirine

³⁹ BVerfGE 30, 173, Judgement of 24 February 1971.

⁴⁰ Korkut Kanadoğlu, "Sanat Özgürlüğü", **Hukuk ve Sanat**, Ed. by Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 185; Bilge Bingöl, "Sanat Özgürlüğü", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(2), 2011, pp.92-139, s. 114.

⁴¹ BVerfGE, 67, 213, Judgement of 17 July 1984, § 29-31.

uygulayarak, bu şiirin, madde 5/III bağlamında sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu ifade etmiştir.⁴²

1987 tarihinde kararı verilen, Bavyera Başbakanı Franz Josef Strauss’un cinsel olarak aktif bir domuz olarak resmedildiği karikatürleri konu alan vakada, Mahkeme, öncelikle sanat tanımının imkansızlığından bahsetmiştir. Bununla beraber sanat ile sanat olmayan arasındaki ayrımın yapılmasına izin verildiğini ve bunun gerekli olduğunu dile getirmiştir. Yine de “yüksek değerdeki”-“düşük değerdeki” ve “iyi”-“kötü” sanat ayrımının yani hangi eserin daha çok korunmaya değer olduğu değerlendirmesinin yapılamayacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, yine *Mephisto* kararında yaptığı tanıma atıf yapmış ve tanımın barındırdığı unsurları fazla tartışmadan söz konusu karikatürlere uygulamış ve karikatürlerin madde 5/III bakımından, sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde olduğunu ortaya koymuştur.⁴³

Nihayetinde 2007 tarihinde karar verilen, “Esra” isimli romanın yayınlanmasının ve dağıtılmasının yasaklanmasını konu alan vakada, Mahkeme, *Mephisto* kararındaki tanıma atıf yapmıştır. Alman AYM’si, Esra romanının, sanatçının hissettiklerini, öğrendiklerini veya deneyimlediklerini, roman formunda, özgür yaratıcı bir süreç ile oluşturduğunu belirterek, vakaya konu romanın bir sanat eseri olduğuna kanaat getirmiştir.⁴⁴ Bu bakımdan Alman Anayasa Mahkemesi’nin *Mephisto* kararında yaptığı sanat tanımını/sanata ilişkin kriterleri, diğer kararlarında da istikrarlı bir şekilde kullanması ve uygulaması söz konusudur.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Suskunluğu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM ya da Mahkeme) içtihatlarına bakıldığında, sanata ilişkin bir tanım veya kriterlendirme görülmemektedir. Şema – 1.1’de görüldüğü üzere AİHM’in ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun (AİHK veya Komisyon) sanatsal ifade özgürlüğünü konu alan kararları şu ana kadar yirmi altıdır. Mahkeme, yirmi altı karar arasında sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili temel

⁴² BVerfGE, 67, 213, Judgement of 17 July 1984, § 34-38.

⁴³ BVerfGE, 75, 359, Judgement of 3 June 1987, § 18-19.

⁴⁴ BVerfGE, 1783/05, Judgement of 13 June 2007, § 59.

değerlendirmelerini *Müller ve Diğerleri*, *Alinak ve Vereinigung Bildender Künstsler* vakaları ile sınırlı tutmuştur. Diğer kararlarda, genel olarak, yukarıdaki üçlü karara atıf vardır. AİHM sanatsal ifadeyi, madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirdiği *Müller ve Diğerleri* kararında, sanatsal ifadenin, kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikirlerin mübadelesine katkıda bulunduğunu ifade etmiştir. Nitekim sanatı yaratan, icra eden, dağıtan veya sergileyenlerin demokratik bir toplumda bir temel teşkil eden görüş ve fikirlerin mübadelesine katkıda bulunduğunu dile getirmiştir.⁴⁵ 16. yüzyılda yaşayan, Azize (Avila'lı) Teresa'nın, İsa'nın kendinden geçmiş, vecde gelmiş görüşlerini deneyimlemesini işleyen “*Vision of Ecstasy*” isimli 18 dakikalık filmin konu alındığı *Wingrove* kararında, Mahkeme sanatsal ifadeye ilişkin herhangi bir değerlendirme veya nitelemede dahi bulunmamıştır.⁴⁶ Sanatsal ifade bakımından Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu belirsizlik, *Otto-Preminger-Institut* vakasında da sürmüştür.⁴⁷

Sözleşme organları olan AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK veya Komisyon), sanata dair herhangi bir niteleme yapmadıkları gibi sanat ile sanat olmayanın ayırımında da nitelikli bir ölçüt kullanmamaktadır. Dolayısıyla bir eserin sanatsal olup olmadığı yönündeki bir tartışmada, *Müller* vakasında, AİHK'in yayınladığı raporda, Komisyon, ilgili resimlerin sanatsal niteliğini belirtirken yerel mahkemenin kararına atıf yapmış ve başka herhangi bir incelemeye girişmemiştir.⁴⁸ Aynı husus AİHK'in *Otto-Preminger-Institut* vakasında yayınladığı raporda da söz konusudur. Bu raporda da Komisyon, ilgili filmin bir sanat olduğunu belirlerken, Avusturya makamlarının söz konusu filmi sanat olarak belirlemesine atıf yapmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27, 33.

⁴⁶ Bkz. **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996.

⁴⁷ Bkz. **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994.

⁴⁸ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 66'dan aktaran Atagün Mert Kejanlıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü”, (Danışman: Demirhan Burak Çelik), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 18-19.

⁴⁹ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Commission Report of 14 January 1993, § 67.

Vaka	Sanat Türü	Karar Tarihi	Karar
1. X. Ltd. ve Y. v. Birleşik Krallık	Şiir	7 Mayıs 1982	Kabul Edilemezlik
2. N. v. İsviçre	Grafiti	13 Ekim 1983	Kabul Edilemezlik
3. Müller ve Diğerleri v. İsviçre	Resim	24 Mayıs 1988	İhlal Yok
4. S. ve G. v. Birleşik Krallık	Heykel	2 Eylül 1991	Kabul Edilemezlik
5. Otto-Preminger Institut v. Avusturya	Video/Sinema	20 Eylül 1994	İhlal Yok
6. Wingrove v. Birleşik Krallık	Video/Sinema	25 Kasım 1996	İhlal Yok
7. Karataş v. Türkiye	Şiir	8 Temmuz 1999	İhlal
8. Alınak v. Türkiye	Roman	29 Mart 2005	İhlal
9. İ.A. v. Türkiye	Roman	13 Eylül 2005	İhlal Yok
10. V.D. ve C.G. v. Fransa	Video/Sinema	22 Haziran 2006	Kabul Edilemezlik
11. Vereinigung Bildender Künstsler v. Avusturya	Resim	25 Ocak 2007	İhlal
12. Ulusoy ve Diğerleri v. Türkiye	Tiyatro	3 Mayıs 2007	İhlal
13. Kar ve Diğerleri v. Türkiye	Tiyatro	3 Mayıs 2007	İhlal
14. Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July v. Fransa	Roman	22 Ekim 2007	İhlal Yok
15. Leroy v. Fransa	Karikatür	2 Ekim 2008	İhlal Yok
16. Kuliś and Różycki v. Polonya	Karikatür	6 Ekim 2009	İhlal
17. Akdaş v. Türkiye	Roman	16 Şubat 2010	İhlal
18. Karttunen v. Finlandiya	Görsel Sanat/Sergi	10 Mayıs 2011	Kabul Edilemezlik
19. Ehrmann and SCI VHI v. Fransa	Görsel Sanat/Sergi	7 Haziran 2011	Kabul Edilemezlik
20. Jelševar ve Diğerleri v. Slovenya	Roman	11 March 2003	Kabul Edilemezlik
21. M'Bala M'Bala v. Fransa	Performans Sanatı	20 Ekim 2015	Kabul Edilemezlik
22. Tatár and Fáber v. Macaristan	Performans Sanatı	12 Haziran 2016	İhlal
23. Kaos GL v. Türkiye	Resim	22 Kasım 2016	İhlal
24. Sinkova v. Ukrayna	Performans Sanatı	27 Şubat 2018	İhlal Yok
25. Mariya Alekhina ve Diğerleri v. Rusya	Performans Sanatı/Müzik	17 Temmuz 2018	İhlal
26. Mătăsaru v. the Republic of Moldova	Performans Sanatı/Heykel	15 Ocak 2019	İhlal

Şema – 1.1: Sanatsal İfade Özgürlüğünü Konu Alan Kararlar

Bununla birlikte, özellikle 2000'den sonraki bazı kararlarında Mahkeme, belirli bazı hususları sanatsal ifade çerçevesinde değerlendirerek, sanatsal ifade bakımından yeni koruyucu unsurlar oluşturmuştur. Sözleşme organları herhangi bir tanımda bulunmasalar da sanat kavramına ilişkin önemli nitelemelerde

bulunmuşlardır. AİHK, *Müller* vakasındaki raporunda birkaç belirlemede bulunmuştur:⁵⁰

“Sanatçı, yaratıcı eseri ile yalnızca dünyaya ilişkin kişisel bir vizyonu değil, içinde yaşadığı topluma bakış açısını da ifade eder. Bu bakımdan sanat, yalnızca kamuoyunun şekillenmesine yardımcı olmakla kalmaz, aynı zamanda bunun bir ifadesi olmakta ve halkın, gündemin önemli sorunları/konuları ile yüzleşmesini sağlamaktadır.”

Kamusal figürlerin cinsel pozisyonlarda resmedilmesini konu edinen *Vereinigung Bildender Künstler* vakasında, Mahkeme, içinde gerçeğin çarpıtılmasını ve abartılmasını barındıran ve kışkırtmayı amaçlayan hicvin, sanatsal ifadenin bir formu olduğunu belirtmiştir.⁵¹ Ormaniçi köyünde geçen gerçek olaylara dayanan “Şiro’nun Ateşi” isimli romanı konu alan *Alınak* vakasında, Mahkeme, müdahalenin sanatsal ifade özgürlüğüne olduğunu tespit etmiştir. Kararda, ifade özgürlüğünün bilgi ve düşüncelerin sadece içeriklerini değil, ifade ediliş biçimlerini de koruduğu belirtilmiş ve söz konusu romanın bir kurgu olduğu ifade edilmiştir.⁵² Bu bağlamda hiciv ve kurgu nitelikleri, sanatsal ifadenin içerisine dahil edilmiştir.

Mahkeme, 2012 yılında verdiği *Tatár and Fáber* kararında, sanat ile sanat olmayanın ayrımında benimsediği tarafların ortak belirlemesini kabul eden tutumunu zımni bir şekilde olsa da bozmuştur. Karara konu olayda, başvuru Budapeşte’de bulunan Meclisin bahçelerinin demirlerine kirli çamaşırlar asarak, bu performansın, “ulusun kirli çamaşırlarının asılmasını” ifade ettiğini dile getirmişlerdir. Başvurucular, 13 dakika boyunca ekranda yer almışlar ve gazetecilerin sorularını yanıtlamışlardır. Hükümet burada başvuru yapanların kendilerini sanatsal bir ifade formu yaptıklarını dile getirmelerine karşın madde 10’da belirtilen ifade özgürlüğünün değil, madde 11’de belirtilen toplanma ve dernek kurma özgürlüğü bakımından bir

⁵⁰ *Müller Contre la Suisse*, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 70’dan aktaran Dominika Bychawska-Siniarska, **Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, 2017, s. 14.

⁵¹ *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 33.

⁵² *Alınak v. Turkey*, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 42-43.

değerlendirme yapılmasının gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, değerlendirmesini ifade özgürlüğü üzerinden yapmış ve söz konusu performansı, siyasal ve sanatsal ifade olarak nitelemiştir.⁵³ Bu bakımdan Mahkeme'nin tarafların ortak belirlemesini karışmayan konumunu da bu kararda zımni de olsa bıraktığı görülmüştür.

Sonuç olarak görülmektedir ki, Alman Anayasa Mahkemesi'nin aksine Sözleşme organlarının kararlarında sanat kavramı daha muğlak bir biçim almış ve tarafların ilgili eserin sanatsal bir niteliğe sahip olup olmadığı hususundaki uzlaşılmasına bağlı kalınmıştır.

B. Sanatın Bireysel Boyutu

Sanat, öncelikle bireysel bir yaratım, bir eylem, bir oluşturma. Sanat öncelikle bireysel boyutta sonuç doğurur. Birey/Sanatçı, bir sanat eseri oluşturarak kendini veyahut düşüncelerini ifade etmektedir.

Sanatsal ifade, insanın sahip olduğu temel içgüdülerden birisidir. İnsanoğlunun iptidai dönemlerden bu yana, gerek mağaraların duvarlarına, gerekse bir tuvale resim yapması, insana içkin olan sanatsal faaliyeti göstermektedir. Bu bakımdan sanatçılar, zamanın başından beri varolagelmıştır ve sanatçıların bir anda ortadan kaybolması da pek olası değildir.⁵⁴ Her ne kadar şiirden bahsetse de, Aristoteles de aslında sanat olarak tanımladığı taklit (*mimesis*) kavramını insanın doğasındaki bir güdü olarak tanımlamıştır.⁵⁵ Nitekim bu düşüncede Spinozacı anlamda bir zorunluluk da söz konusu olmaktadır. Spinoza, ifade özgürlüğünü, insanın doğasındaki olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşul olan konuşmanın mevcudiyetine dayandırmaktadır. Tabiatı gereği konuşmak zorunda olan insan ifade özgürlüğü hakkına da sahip olmalıdır.⁵⁶ Buna göre ifade özgürlüğü bulunmalıdır; çünkü insan doğası itibarıyla konuşmak zorundadır. Aynı husus sanatsal ifade

⁵³ **Tatár and Fáber v. Hungary**, Appl. No. 26005/08 and 26160/08, Judgement of 12 June 2016, § 23-28, 41.

⁵⁴ E. H. Gombrich, **The Story of Art**, New York, Phaidon Publishers, 1951, s. 5.

⁵⁵ Aristotle, **Poetics**, s. 23.

⁵⁶ Mehmet Ali Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı, Reyda Ergün, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2009, s. 40-42, 62-63 ve s. 63'teki 144 no'lu dipnot.

bakımından da söz konusudur. Sanatsal eylem/ifade gerçekten de insanoğlunun doğumundan beri gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan sanatsal ifade, insanın temel bir güdüsü olarak gerçekleşmek zorundadır.

Sanat aynı zamanda bilinmeyenin deneyimini sağlamaktadır. Sanat, kişinin özü ile evren arasında bağlantı kurarak bir deneyim yolu ortaya koymaktadır. Bu konuda Einstein şunu ifade etmektedir:

“Edinebileceğimiz en güzel tecrübe, bilinmeyendir. Bilinmeyen, gerçek sanatın ve gerçek bilimin beşiğinde duran temel duygudur.”⁵⁷

Bu bakımdan sanat da bireyin bu dünyayı deneyimleme yollarından birisidir. Sanat, bireyin yazılı veya yazısız olarak evren ve insanlar ile iletişim kurmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan, sanat, bireyin kendini ifade biçimlerinden biridir. Birey kendi özünü, sanat türlerinden, formlarından birisi aracılığıyla beyan edebilir. Nitekim Farago’ya göre, Platon’un mağara meselinde, mağaradaki kişi yüzünü aniden ışığa dönmemektedir. Yüzünü ışığa dönen kişinin mevcut ışıklardan daha gür bir ışığın bilincinde olması ve ışığa dönmeden önce başlangıçtaki bilgisizlik halinin farkına varması gerekir. Farago’ya göre, sanat, burada kişiyi ışığa yönlendiren aracı rolünü oynamaktadır.⁵⁸

Sanat sadece kişinin özünü beyan etmekle kalmamakta, onun spiritüel, manevi dünyasını da inşa etmektedir. Birey, sanat ile kendi özünü, evreni algılayış biçimini, kimliğini oluşturmaktadır. Birey, sanatsal ifade özgürlüğü ile kendi kendini gerçekleştirmektedir. Böylece birey, kendi özgürlük alanına sahip olmakta ve kendi kendisine yetme bakımından kendi özerkliğini oluşturmaktadır.

Sanatın genellikle dilbilgisel olmaması, kelimelerin aksine soyut olması, sanatı, insanın hayal gücünün dışavurumu için elverişli kılmaktadır. Sanat, mutlak bir şekilde olmasa bile güzel/estetik bir değer ortaya koymaktadır. Bu yüzden Kant, estetik değer ortaya koyan sanatın, mantıklı düşüncenin sunamadığı çağrışımları

⁵⁷ Albert Einstein, “The World As I See It”, **Living Philosophies**, New York, Simon and Schuster, 1931, s. 7.

⁵⁸ Farago, **Sanat**, s. 24.

yapabildiğini ifade etmektedir.⁵⁹ Schiller'e göre, sanatçı, doğaya ve topluma olan tepkilerini kendi öznelliği içerisinde dile getirerek kendisini geliştirmektedir. Böylece bir sanat eseri oluşturan kişi, kişiliğini daha kapsamlı ve zengin kılmaktadır.⁶⁰

Freud da, sanatın bireysel boyutuna değinmektedir:

“Din ve aile baskıları altında serbestçe beliremeyen duyarlık, bir yandan sanat yapıtını yaratırken, diğer yandan insanı çeşitli komplekslerden kurtarır, bilinçli bir yaşam sağlar.”⁶¹

Sanat ayrıca psikoterapilerde de kullanılmaktadır. Sanat terapisini ilk olarak Adrian Hill ileri sürmüştür. Ona göre sanat terapisi, zihni büyük ölçüde meşgul etmekte ve çoğunlukla utangaç olan hastaların yaratıcı enerjisini meydana getirmektedir.⁶² *The British Association of Art Therapists*, sanat terapisini şu şekilde tanımlamaktadır:

“Sanat terapisi, sanat aracını, dışavurumun ve iletişimin temel şekli olarak kullanan bir psikoterapi biçimidir. Bu bağlamda sanat, tanılayıcı bir araç olarak kullanılmamakta ancak çetrefil ve sıkıntılı olabilecek duygusal sorunlara işaret etmek için bir araç olarak kullanılmaktadır.”⁶³

Bu bakımdan sanat, bireylerin duygusal problemlerini açmada yardımcı olan psikoterapide de kullanılan bir araçtır.⁶⁴

⁵⁹ Immanuel Kant, **Critique of Judgment of**, 2.Edition, Trans. by James Creed Meredith, New York, Oxford University Press, 2007, s. 144.

⁶⁰ Ayla Ersoy, **Sanat Kavramlarına Giriş**, İstanbul, Hayalperest Yayınevleri, 2016, s. 17.

⁶¹ Ersoy, **Sanat Kavramlarına Giriş**, s. 44.

⁶² Adrian Hill, **Art Versus Illness**, London, Allen and Unwin, 1948, s. 101-102

⁶³ Bkz. <http://www.baat.org/About-Art-Therapy> (Çevrimiçi: 21.09.2017)

⁶⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. David Edwards, **Art Therapy**, London, SAGE Publications, 2004; Martina Schnetz, **The Healing Flow: Artistic Expression in Therapy: Creative Arts and the Process of Healing: An Image/Word Approach Inquiry**, London, Jessica Kingsley Publishers, 2005. Ayrıca bkz. <https://arttherapy.org/> (Çevrimiçi: 21.09.2017); <http://www.baat.org/> (Çevrimiçi: 21.09.2017).

C. Sanatın Toplumsal ve Kültürel Boyutu

Birey, bir toplumun içine doğmaktadır. Birey, diğer birey gruplarından, topluluklardan ayrı, özerk bir yaşama sahip değildir. Birey bu toplulukların içerisinde yaşar ve toplum içerisindeki kurallara uyar. Sanatçı olsun veya olmasın birey, herhangi bir yerde devletin verdiği veya onayladığı eğitimi almaktadır. Bu bakımdan birey, her ne kadar kendisini çeşitli baskı ve sınırlamalardan özerk kılacak liberal hak ve özgürlüklere sahip olsa da, topluluğun her zaman bir parçası olacak ve yapılmış ve yapılmakta olan *ulus-inşa*⁶⁵ sürecine katılacaktır. Birey bir sanatçı olsa bile diğer bir deyişle birey ne kadar toplumdan ayıksa olursa olsun, onun yaşadığı toplumla ortak bağları inşa edilmiştir. Bu bakımdan bireyin meydana getirdiği bir sanat eserinin mutlak bir şekilde toplumsal boyutu da mevcut bulunmaktadır. Sanatçının algısı, kaçınılmaz bir şekilde içinde bulunduğu toplumun yargılarından etkilenmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sanat, bireyin çevresiyle, diğer insanlarla iletişim kurma yollarından birisidir. Bu bakımdan, birey, bir sanat eseri oluşturarak, bireyselliklerinden kurtulmakta ve kendisini toplumsallaştırmaktadır.⁶⁶

Sanatın iptidai dönemlerdeki toplumsal boyutunun daha kapsamlı olduğu da aşikardır. Bu dönemde mağara duvarlarına çizilen resimler, danslar ve törenler aslında kabilelerin inanışlarına ve geleneklerine dayanmaktadır.⁶⁷ Bu bapta, sanat, din ve kültürel yapının ritüellerinden birisidir. Sanatın toplumsal niteliğini dinlerin de etkilediği bir gerçektir. Bir toplumun inandığı din, toplumun sanat anlayışını da etkilemektedir. Putları kırarak yükselen İslam dininin, resim ve heykele karşı olması

⁶⁵ Ulus-inşası, 1789'dan sonra, devletlerin heterojen yapıdaki insan unsrunu, türdeşleştirme ve ortak bir kültür yapısı altında toplama çabası olarak tanımlanabilir. Fransa'da dünyaya gelen bir bebek Fransız milliyetçisi veya vatandaşı olarak doğmamakta, birey, eğitim gibi devletin elindeki diğer ulus-inşa araçlarıyla vatandaşa/milliyetçiye dönüştürülmektedir. Ulus-inşa kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için bkz. Eugen Weber, **Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France 1870-1914**, Stanford, Stanford University Press, 1976; Stein Rokkan, Derek Urwin, **Economy, Territory, Identity: Politics of West European Peripheries**, London, SAGE Publications Ltd, 1983; Benedict Anderson, **Imagined Communities: Reflections on the Origin and the Spread of Nationalism**, 3. Edition, London Verso, 2006; Ozan Erözden, **Ulus-Devlet**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.

⁶⁶ Ersoy, **Sanat Kavramlarına Giriş**, s. 44.

⁶⁷ Gombrich, **The Story of Art**, s. 23-25.

söz konusudur. Bu husus, İslam dinini benimseyen toplulukların sanat anlayışlarını etkilemiş ve bu topluluklar, bahsedilen sanat dallarında kadük kalmıştır. Bunun yanı sıra, Hristiyanlığın Roma’da paganlık ile birlikte yorumlanması ile resim ve heykel Batının sanat dünyasında yer bulabilmiş, hatta bu sanatlar kiliselere işlenmiştir.

Toplumsal yapı değiştikçe sanat anlayışları da değişmektedir. Batı sanat tarihinde, sanat neredeyse her yüzyıl farklı bir anlam kazanmıştır. Farklı dönemlerde aynı topluluk içerisinde meydana getirilen sanat yaklaşımları farklılaşmaktadır. Her dönemin kendi gereksinimleri ve bakış açıları doğrultusunda sanat eserleri meydana gelmekte ve o dönemin ölçütlerine göre değerlendirilmektedir.⁶⁸



Resim - 1.2: Guernica⁶⁹

Sanat eserlerinin toplumsal konuları işlemesi de söz konusudur. Özellikle siyasal içerikli sanat eserlerinin toplumsal boyutu, daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tip esere verilebilecek en iyi ve klişe örnek ise Picasso’nun *Guernica* adlı eseridir. İspanyol İç Savaşı (1936-1939) sırasında General Franco’nun izniyle, Alman ve İtalyan savaş uçakları, Bask Ülkesi’ndeki *Guernica* şehrini bombalamıştır. Picasso, saldırıdan 15 gün sonra *Guernica* adlı eserini tamamlamıştır.

⁶⁸ Ersoy, **Sanat Kavramlarına Giriş**, s. 54. Ayrıca sanat tarihi için bkz. E. H. Gombrich, **The Story of Art**, New York, Phaidon Publishers, 1951.

⁶⁹ Picasso tarafından yaratılan bu tablo, şu anda İspanya’nın ulusal müzesi olan, Madrid’de bulunan Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía müzesinin 206 numaralı odasında bulunmaktadır. Bkz. <http://www.museoreinasofia.es/en/collection/artwork/guernica> (Çevrimiçi: 22.09.2017).

Savaş karşıtı bir tablo olan *Guernica*, bombardıman sonrasında yaşanan kayıpların acı verici etkilerini ortaya koymaktadır.⁷⁰ Toplumsal içeriği aşıkâr olan ve siyasal olmayan sanat eserleri de söz konusudur. Bunlara en iyi örnek olarak Rus yazarları gösterilebilir. Gogol, Dostoyevski ve Tolstoy'un eserlerinde, toplumsal gerçekçilik açık bir şekilde ortadadır.⁷¹

Sanat, bilinçsizce veya bilinçli olarak yukarıda bahsedilen ulus-inşasında da kullanılmıştır. Anderson, bir hayali cemaat olan ulusun meydana gelmesi için aynı devlet içerisindeki insanlar arasında eşzamanlılığın gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Eşzamanlılık, aynı ülke içerisinde bulunan birbiriyle ilişki içerisinde olmayan farklı yerlerdeki iki kişinin kendilerini aynı zaman diliminde ve aynı ortak paydada düşünebilmesidir. Bu ise kapitalist yayıncılık (*print capitalism*) ile gerçekleşmektedir. Kapitalist yayıncılık, Gutenberg'den sonra, eserlerin yerel dillerde kitlesel baskı çabasını ifade eder. Sözgelimi bütün ülkede yerel dilde basılan dört karakterli bir romanda, bu dört karakteri aynı yerde/ülkede buluşturan bir altyapı vardır. Romanların kapitalist yayıncılık ile halk dillerinde hızlı bir şekilde basılması ve tüketilmesi bu altyapıyı okuyucuların zihnine yerleştirmiştir. Böylece, aynı ülke içerisindeki insanlar birbirlerini görmeseler bile, birbirlerinin toplamaları sürekli akıllarında olmaktadır.⁷²

Sanatın toplumsal boyutuna verilebilecek bir diğer önemli örnek ise, modern Meksika resim sanatıdır. Modern Meksika resim sanatı büyük ölçüde, İspanyol işgali öncesinde yaygın olan duvar resmi geleneğine dayanmaktadır.⁷³ Halk Eğitimi Müsteşarı olan Jose Vasconcelos, 1921'de Meksika Duvar Resmi Programını başlatmıştır. Bu duvar resimleri, Orozco, Rivera, Siqueiros (*Los Tres Grandes*)

⁷⁰ <http://www.museoreinasofia.es/en/collection/artwork/guernica> (Çevrimiçi: 22.09.2017)

⁷¹ Sözgelimi Dostoyevski'nin Karamazov Kardeşleri romanı belki de bu ilişkiyi ortaya koyan en iyi eserlerden biridir. Özellikle romanın sanatsal ifadenin en üst seviyeye çıktığı 'Yüce Engizisyon Hakimi' bölümü kayda değerdir. Fyodor Dostoyevsky, **The Brothers Karamazov**, 3. Edition, New York, Bantam Dell, 2003, s. 328-353.

⁷² Benedict Anderson, **Imagined Communities: Reflections on the Origin and the Spread of Nationalism**, 3. Edition, London Verso, 2006, s. 6, 22-36

⁷³ John Eugene Kenny, "The Chicano Mural Movement of the Southwest: Populist Public Art and Chivano Political Activism", University of New Orleans Theses and Dissertations, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 24-25.

tarafından çizilmiştir. 1910 yılında devrimin gerçekleştiği Meksika’da, 1921’de kültürel devrim başlamış ve halkın bilgilendirilmesi, tek ve ortak bir kültür altında toplanılması sağlanmaya çalışılmıştır.⁷⁴ Resimlerde bulunan semboller ve temsiller, resimlerin siyasal düşünceye dayandığını göstermektedir. Resimlerin, şehrin duvarlarına çizilmesi, aslında sanatın salondan alınıp bütün kamuya mal edilmesidir. Sanatın, ulus-inşasını gerçekleştiren bir araç olarak kullanılması, aslında sanatın güçlü bir toplumsal boyutunun olduğunu göstermektedir.



Resim - 1.3: *Del porfismo a la Revolución*⁷⁵

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere sanat, ayrıca kültür ile de yakın bir ilişki halindedir. Kültür, genel olarak “belirli bir halkın veya topluluğun düşünceleri, gelenekleri ve sosyal davranışı” olarak tanımlanabilir.⁷⁶ Toplumsal boyuta sahip olan sanat, bir topluluğun düşüncelerine, geleneklerine ve sosyal davranışlarına işaret etmektedir. Sanatçılar, bir toplumun müzik, resim, tiyatro ve edebi zevklerini büyük ölçüde belirlemektedirler. Bu bakımdan, sanatçıyı kültürün yaratacısı olarak görmek

⁷⁴ Kenny, **a.g.e.**, s. 50-56; Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, s. 97; Ayrıca bkz. <http://www.mexconnect.com/articles/1064-mexican-muralists-the-big-three-ozco-rivera-siqueiros> (Çevrimiçi: 23.09.2017)

⁷⁵ *Del porfismo a la Revolución*/Porforizmden Devrime adlı resim David Alfaro Siqueiros tarafından meydana getirilmiştir. <http://www.gachupines.mx/del-porfirismo-a-la-revolucion-mural-de-david-alfaro-siqueiros/> (Çevrimiçi: 23.09.2017).

Resim isminden de anlaşıldığı üzere rejim değişikliğini ifade etmektedir. 1884-1911 yılları arasında Devlet Başkanlığı yapan General Porfirio Díaz, 1910 yılında çıkan isyan sonucunda 1911’de istifa etmek sonucunda kalmıştır. Díaz’ın istifasıyla birlikte bu döneme verilen ad olan porforizm sona ermiş ve devrim gerçekleşmiştir. Bkz. <https://www.britannica.com/biography/Porfirio-Diaz> (Çevrimiçi: 23.09.2017).

⁷⁶ Tanım için bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017); <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017).

mümkündür. Bununla beraber sanatçı veyahut bir sanat eseri ortaya koyan birey, bir toplumun içine doğmuştur ve toplumun gelenekleri, düşünceleri, normları ile şekillenmiştir. Bu itibarla sanatçı aynı zamanda kültürün bir ürünüdür. Nitekim sözlüklerde de kültürün diğer anlamı olarak sanat kavramına atıf yapılmıştır.⁷⁷

II. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Felsefi Dayanakları

Bu başlık altında, ifade özgürlüğünün gerekçeleri, ifade özgürlüğünün dayandığı tezler incelenecektir. Bu tezler ortaya konduktan sonra AİHM'in ortaya koyduğu ifade özgürlüğü rejiminde hangi gerekçelerin, tezlerin öne çıkarıldığı gösterilecektir. Akabinde ise, sanatsal ifade özgürlüğünün, bu gerekçeler ve dayanaklardan hangileri ile desteklenebileceği incelenecektir.

A. İfade Özgürlüğünün Dayandığı Tezler

1. Bireysel Özerkliğe ve Kendini Gerçekleştirmeye Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden, incelenecek olan ilk tez bireysel özerkliğe ve kendi kendini gerçekleştirmeye dayanan tezdır. İnsan hakları tezinin dayanağı olan insan onurunun gereği olarak insan, ahlaken eşit, özgür ve özerk olması gereken bir varlıktır. Bu bakımdan insanın özgürlüğü ve özerkliği bir kendinden iyi olarak değerlendirilmektedir.⁷⁸ Bireyin özerkliği kavramı, devlet karşısında, bireyin özerk ve dokunulmaz bir alanının bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan bu teori Kant'ın özgürlük anlayışını yansıtmaktadır. İfade özgürlüğü açısından ise “bireysel tercihin asli dokunulmazlığı üzerinden öncüllenen ifade özgürlüğü teorisinin” temellendirilmesini oluşturmaktadır.⁷⁹ Bu bağlamda,

⁷⁷ Tanım için bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017); <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017).

⁷⁸ Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 233; Wojciech Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 16.

⁷⁹ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 98-101; Thomas Scanlon, “A Theory of Freedom of Expression”, **Philosophy&Public Affairs**, Vol. I, No. 2, 1972, pp. 204-226, s. 215-217.

kendinden iyi olan bireysel özgürlük açısından ifade özgürlüğü de kendinden iyi olmaktadır.⁸⁰

İnsanın kendisini ifade etme yeteneği, insana özgü bir özellik olarak tanınmaktadır. Kavramsal, iletişimsel ve sosyal varlık olarak, ifade özgürlüğü hakkı insanlığımızı garanti altına alan temel bir gerek olarak ortaya çıkmaktadır.⁸¹

Emerson’a göre ifade özgürlüğü, başta bir bireyin birey olma sıfatı dolayısıyla sahip olduğu bir haktır. Bir hak olarak tanınması bağlamında, insanı diğer türlerden ayırmaktadır. Emerson ifade eylemini, fikirlerin gelişmesinin, zihinsel keşfin ve kendisini doğrulamanın ayrılmaz bir parçası olarak görmektedir. Bu bakımdan, ifadenin baskı altına alınması, insanın onuruna hakaret teşkil eder.⁸²

İnsanın iletişim eylemleri, kendisini ifade etmesi ve gayelerini, amaçlarını gerçekleştirmesi bakımından önemli bir husustur. İnsanın kendisini ifadesi, öncelikle birey ile toplum arasında bir bağ kurmaktadır. Birey bir yandan kendi özüne ait içerikleri diğer insanlara aktarırken, aynı zamanda diğer insanlar tarafından gerçekleştirilen ifadelerin de muhatabı olmaktadır. Böylece kişinin kendisini anlama, anlamlandırma süreçleri gerçekleştirilmektedir. Nitekim Sadurski’ye göre:

“[İletişim], kendi emellerimizi gerçekleştirmek açısından çok önemlidir, çünkü yeteneklerimizi kullanmamız, yalnızca kendimizi tanıyamamız sayesinde mümkün hale gelir ve gerçekte kim olduğumuzu bilmek ise, hemcinsimiz olan insanlarla açık haberleşme olmadan imkansızdır.”⁸³

Bireysel özerklik veya kendini gerçekleştirme tezi aynı zamanda bu tezin belirlediği ifade özgürlüğünün de sınırlarını oluşturmaktadır. Nitekim burada Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden bu yana söylenegelen “başkalarına zarar

⁸⁰ **Bose Corp. v. Consumers Union**, 466 US 485, 503 (1984). Karara ulaşmak için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/485/case.html> (Çevrimiçi: 04.10.2017)

⁸¹ Eric Barendt, **Freedom of Speech**, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 14; James Joseph Greaves Lowe, “Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, The University of Edinburgh, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 33.

⁸² Thomas I. Emerson, “Toward a General Theory of the First Amendment”, **Yale Law Journal**, Vol. 72, 1963, pp. 877-956, s. 889.

⁸³ Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 16-17.

vermemesi ilkesi” gündeme gelmektedir. Zira kullanılan bir özgürlüğün, başka birisinin özgürlüğüne veya özerkliğine zarar vermemesi gerekir. Bu bağlamda, hakaret ve aşağılama ifadeleri bu tezin oluşturduğu ifade özgürlüğü tarafından korunmayacaktır. Bu tez, ifade özgürlüğüne ciddi sınırlamalar getirdiği için eleştirilmektedir.⁸⁴

2. Gerçekliğe Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden ikincisi, gerçekliğe dayanmaktadır. Gerçekliğe dayanan tez, J. S. Mill tarafından geliştirilen, ifade özgürlüğünün gerekçelerinden biridir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Yüksek Mahkemesi’nin ortaya koyduğu ‘fikirlere pazaryeri’ argümanını oluşturması bakımından da önem arz eder.⁸⁵ Mill, *On Liberty* (Hürriyet Üstüne) adlı eserinde, düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün, bireyin mutluluğunun temeli olduğunu ifade etmektedir. Ona göre, düşünce ve ifade özgürlüğü, insanın maddi ve manevi olarak gelişmesinin de bir sebebidir.⁸⁶

Mill, dört kalemde, kendi düşünce ve ifade özgürlüğü tezine ilişkin argümanlarını ortaya koymaktadır. Buna göre, ilk olarak, ne kadar yanlış olursa veya yanlış olarak nitelenirse nitelensin, devletin herhangi bir düşüncüyü ortadan kaldırmaması gerekir. Çünkü doğru olarak bilinen şeyler, doğru olmayabilir, yanlış olarak addedilen görüşler doğru olabilir. Mill, muhakemesine en fazla güvenmeye hakkı olan insanların dahi bu konuda açık kapı bıraktığını belirterek ampirik örnekler vermektedir.⁸⁷

İkinci olarak yasaklanan düşünce yanlış da olsa, bu yanlış düşüncede bir takım hakikatler bulunabilir. Bu bakımdan hakikatin tamamlanabilmesi için bu doğru

⁸⁴ Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 18-19; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 235-236.

⁸⁵ Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 3; Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 21-22; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 238.

⁸⁶ John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, Çev. M. Osman Dostel, 2.Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2009, s. 121, 128-132.

⁸⁷ Mill, *Hürriyet Üstüne*, s. 68 vd., 121.

ve yanlış düşüncelerin çarpışmasına ve dolayısıyla yanlış düşünceye de ihtiyaç vardır.⁸⁸

Üçüncü olarak bir düşüncenin tamamiyle doğru olduğu ve bütün gerçekliği ifade ettiği varsayımında dahi bu düşünceye itiraz edilmelidir. Zira burada varsayımsal olarak doğru kabul edilen düşünceye itiraz edilmediği takdirde, bu düşüncenin doğruluğunun gerçek sebepleri az bir oranda anlaşılmakta ve peşin hüküm oluşturulmaktadır.⁸⁹

Son olarak, varsayımsal olarak kesin doğruluk arz eden bir düşünceye itiraz edilmemesi, o düşüncenin anlamını kaybetmesine, insan yaşamı üzerindeki nüfuzunu yitirmesine yol açabilmektedir. Böylece bu doğru düşünce, bir dogma halini alarak görünüşte bir kabul ortaya koyar.⁹⁰ Bu bakımdan düşüncelere ve düşüncelerin ifadelerine devlet müdahale etmemeli, fikirlerin pazaryerinde doğru ve yanlış fikirlerin çarpışmasıyla gerçekliğe ulaşılmalıdır.

Gerçekliğe dayanan tez de eleştirilmektedir. Bu tezin en büyük eleştirisi kapsayıcılığı noktasında gelmektedir. Bir düşüncenin gerçekliğini veya doğruluğunu ortaya koyabilmek için bu düşüncenin olgusal nitelikte olması gerekmektedir. Sadurski burada olgu ve görüş arasında bir ayrım ortaya koymaktadır. Buna göre, olgusal bir düşüncenin veya ifadenin doğruluğu ya da gerçekliği ortaya konabilirken, bir kanaat veya görüş, doğruluk veya gerçeklik sınamasına elverişli değildir. Bu bakımdan gerçekliğe dayanan tez, ifade kategorileri içerisinde çok sınırlı bir alanda geçerli olabilmektedir.⁹¹ Aynı şekilde amaç olarak gerçek ile araç olarak müzakere/tartışma arasındaki makul ilişki de eleştirilmiş, sosyal, ahlaki, estetik gibi alanlarda müdahaleye uğramayan bir ifadenin mutlak bir şekilde gerçeği ortaya çıkaracağı varsayımının yerinde olmadığına yönelik eleştiriler de mevcuttur.⁹²

⁸⁸ Mill, *Hürriyet Üstüne*, s. 121.

⁸⁹ Mill, *Hürriyet Üstüne*, s. 93-94, 121-122.

⁹⁰ Mill, *Hürriyet Üstüne*, s. 93-94, 122.

⁹¹ Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 5-10; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 266.

⁹² Barendt, *Freedom of Speech*, s. 9-11.

3. Demokrasiye Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden üçüncüsü, demokrasiye dayanan tezdır. Demokrasiye dayanan tez, demokratik sürecin işlemesi ile ilgili fonksiyonalist bir tezdır. Demokrasi, “ortaklaşa karar alma ve özellikle de oy verme süreçlerindeki tercihlerini etkileyebilecek olan bütün bilgiyi elde etmede, yurttaşların özgür olmalarını gerektirir.”⁹³ Bireylerin kendini ifade edebilmesi, öncelikle seçilenlerin kendilerini seçmenlerine ifade etmelerinin ve aralarındaki diyalogun oluşmasının sağlanmasıdır. Böylece sağlıklı bir demokrasi ortaya konulabilir.

Demokrasi, bireylerin ahlaki özerkliği, eşitliği ve kendi kaderini belirleme gibi ilkelere dayanmakta ve toplumsal yarar içerisinde en uygun karar alma mekanizması olarak ortaya çıkmaktadır. Demokrasi kuramı, ‘mutlak doğru’ kavramını kabul etmemekte ve dolayısıyla muhalif düşüncelere ve ifadelere daha hoşgörölü ve kucaklayıcı yaklaşmaktadır. Her bireyin ahlaki olarak eşit olması, her bireyin düşüncelerine ve ifadelerine eşit saygı gösterilmesini gerektirmektedir. Nitekim demokrasi, insan haklarını cari kılabilcek en iyi yönetim biçimidir.⁹⁴

İfade özgürlüğünün temel işlevlerinden birisi, karar alma sürecine toplumun bütün üyelerinin katılabilmesine olanak sağlamasıdır. Burada ifade özgürlüğü, sosyal bir iyi (*social good*) olarak ortaya çıkmaktadır. Demokrasinin en iyi şekilde işletilebilmesi için her olgu gündeme gelmeli, her görüş, değerlendirme için açık olmalıdır. Nitekim demokrasiye dayanan tez, aynı zamanda kültürel yaşama katılım hakkını da içermekte ve doğal olarak siyasal ifadelerin de ötesinde dini, sanatsal ve akademik ifade kategorilerini de kapsamaktadır.⁹⁵

Bununla beraber, demokrasiye dayanan tezin oluşturduğu ifade özgürlüğü sistemi, siyasal ifadeye daha büyük ehemmiyet vermektedir. “Hükümet süreçleri ile ilgili olan ifadeler, en yüksek düzeyde korumaya hak kazanmaktadır; kamusal meselelerle çok az ilgisi olan veya hiç ilgisi olmayan ifadeler ise daha az koruma

⁹³ Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 22.

⁹⁴ Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 271-272; Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 2.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 357 vd..

⁹⁵ Emerson, “Toward a General Theory of the First Amendment”, s. 882-884.

görebilmektedir”⁹⁶ Weinstein, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Birinci Değişiklik’in (*First Amendment*) aslında bütün ifade tiplerini içeriğine dahil etmediğini, ona göre kamusal ifadelerin, Birinci Değişiklik’in temelinde bulunduğunu ve daha yüksek düzeyde korunduğunu belirtmiştir.⁹⁷ Nitekim bu tezin en güçlü savunucusu olan Meiklejohn, Birinci Değişiklik’te⁹⁸ siyasal ifadenin mutlak bir şekilde korunduğunu ifade eder. Bu bakımdan siyasal süreçleri ilgilendiren ifadelerin mutlak bir şekilde korunması gerekmektedir.⁹⁹ Meiklejohn, bununla birlikte, Birinci Değişiklik’i sadece siyasal ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirse de, siyasal ifadenin içeriğini de genişletmiştir. Ona göre, seçmenlerin bilgi ve fikirlerini elde ettiği birden çok düşünce ve ifade formu bulunmaktadır. Bu bağlamda, Meiklejohn Birinci Değişiklik’in içeriğini şunlarla belirlemiştir:

1. Eğitim hakkı
2. Bilimsel ve akademik ifade
3. Sanatsal ifade
4. Kamusal meselelerin kamusal tartışması¹⁰⁰

⁹⁶ Cass R. Sunstein, “Pornography and the First Amendment”, **Duke Law Journal**, 1986, pp. 589-627, s. 603. Nitekim Sunstein, burada ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarına atıf yapmıştır: “Anayasal koruma [Birinci Değişiklik], halk tarafından arzu edilen sosyal ve siyasal değişiklikleri gerçekleştirilmesi dolayısıyla fikirlerin serbest teatisi için oluşturulmuştur.” (The constitutional safeguard, we have said, “was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people.”) **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964), karara ulaşmak için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html> (Çevirmici: 04.10.2017). Diğer bir karar için bkz. **Roth v. United States**, 354 U.S. 476 (1957), karara ulaşmak için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html> (Çevirmici: 04.10.2017).

⁹⁷ James Weinstein, “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, **Virginia Law Review**, Vol. 97, Issue 3, pp. 491-514, s. 491-494.

⁹⁸ **ABD Anayasası, Birinci Değişiklik**

“Kongre, bir dinin tesisi veya bir dinin serbest uygulamasını yasaklaması veya ifade veya basın özgürlüğünü veya halkın barışçıl olarak toplanıp, şikayetlerin tashihi için dilekçe verilmesini kayıtlanması ile ilgili yasa yapamaz.”

⁹⁹ Alexander Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, 3.Baskı, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2004, s. 17.

¹⁰⁰ Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, s. 256-257.

Demokrasiye dayanan teze yöneltilen en temel eleştiri, tezin kapsayıcılığı konusunda gündeme gelmektedir. Demokrasiye dayanan tez, büyük ölçüde siyasal ifadeye büyük önem vermesi ve diğer ifade kategorilerini oldukça sınırlı bir şekilde koruması bakımından eleştirilmektedir. Bu bakımdan diğer ifade kategorileri büyük ölçüde ihmal edilmektedir.¹⁰¹ Balkin de bu konuda önemli bir açıklamada bulunmaktadır:

“Eğer biz sanata anayasal olarak siyasetin hizmetçisi veya kurbanı olarak değer biçersek, sanat hakkındaki fikirlerimizin çarpıtılmasını riske ederiz. Bu durumda, sanat, sanat için sanat olmaz fakat siyasetin sanatı olur.”¹⁰²

Bunun yanı sıra Meiklejohn’un ortaya koyduğu tez, fazlasıyla araçsal bir yaklaşım olduğu ve bireyin hakkından ziyade temel amaç olan demokrasiye odaklandığı için de eleştirilmektedir.¹⁰³

4. Hoşgörü ve Çoğulculuğa Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden dördüncüsü, hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan tezdır. Hoşgörüye dayanan tez, temelini Locke’un görüşlerinde bulmaktadır. Locke, Hoşgörü Hakkında Bir Mektup (*A Letter Concerning Toleration*) adlı eserinde, kilise ile devlet işlerinin ayrı olması gerektiğini, Kilise’nin aforoz yetkisini yadsımamakla birlikte bu yetkinin kişilerin medeni haklarını kaybetmesine yol açmaması gerektiğini ifade etmektedir. Locke, din değiştirenlerin hain olarak değerlendirilemeyeceğini, herhangi bir hak kaybına maruz kalmamaları gerektiğini ifade ederek, din ve vicdan özgürlüğünü ortaya koymaktadır.¹⁰⁴

Toplum içerisindeki farklılıklara karşı hoşgörü gösterilmesi gerektiğini beyan eden bu tez, ifade özgürlüğü içerisinde “farklı inanç ve düşüncede olanların savunmuş oldukları görüş ve düşüncelere karşı hoşgörülü olmak gerekir” şeklinde

¹⁰¹ Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 23-24

¹⁰² J. M. Balkin, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *The Yale Law Journal*, Vol. 104, No. 7, 1995, pp. 1935-1990, s. 1962.

¹⁰³ Lowe, “Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, s. 52.

¹⁰⁴ John Locke, *A Letter Concerning Toleration and Other Writings*, Ed. by Mark Goldie, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, s. 7 vd.

ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Burada genel olarak söz konusu olan husus, toplum içindeki marjinal ve azınlık¹⁰⁶ kesimlerin ifadelerinin korunmasıdır.

Richards'a göre, devlet, özellikle inanç açıklamaları olmak üzere ifade kategorileri hakkında iyi veya kötü değerlendirmesi yapamaz, aksi takdirde düşünce, din ve vicdan özgürlüğü alanında bir iyi-kötü tanımlaması yapılmış olacaktır. Bu durumda ise düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün ihlali de gerçekleşecektir. Buna göre, hoşgörüye dayanan tez, devletin, ifadenin değeri hususunda herhangi bir muhakeme yapamayacağını beyan etmektedir.¹⁰⁷

Hoşgörüye dayanan tez, genel olarak odak noktasını konuşmacıdan dinleyiciye doğru kaydırmaktadır. Ancak Bollinger ile hoşgörüye dayanan tezin oluşturduğu ifade özgürlüğündeki odak nokta, tamamen dinleyicidedir.¹⁰⁸

“Hoşgörü prensibi, genel olarak yargı denetimi hakkındaki tartışmalarda başlangıç noktası olarak varsayıldığı üzere gerek hükümete karşı çoğunluk için gerekse de çoğunluk kontrolündeki haksız muamelelere karşı azınlıklar için bir koruma kalkanı sunmaz ve fakat toplumun geneli açısından kendi ıslahını gerçekleştirmesi için düşünülmüş ve tasarlanmıştır.”¹⁰⁹

Bu bağlamda, konuşmacıya karşı bir hoşgörü tavrının ortaya konması, dinleyicide “genel bir entelektüel nitelik” oluşturmaktadır. Bu yüzden ırkçı ifadeler, nefret söylemleri, ayrımcılığı körükleyen ifadeler, iftira ve müstehcenlik içeren ifadeler, hoş görüye dayanan tezin oluşturduğu ifade özgürlüğü tarafından korunmaktadır.¹¹⁰ Bu bakımdan bu tez ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmektedir.

¹⁰⁵ David A. J. Richards, **Free Speech and The Politics of Identity**, New York, Oxford University Press, 1999, s. 22; Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, s. 289.

¹⁰⁶ Azınlık kelimesinden bahsederken aslında toplum içerisinde baskın olmayan görüşler ifade edilmektedir. Bu bakımdan geniş bir azınlık kavramı söz konusudur.

¹⁰⁷ Richards, **Free Speech and The Politics of Identity**, s. 24-25.

¹⁰⁸ Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 39.

¹⁰⁹ Lee C. Bollinger, **The Tolerant Society**, 2.Baskı, New York, Oxford University Press, 1988, s. 134.

¹¹⁰ Bollinger, **The Tolerant Society**, s. 124-135, 181-186.

Hoşgörüye dayanan tez, genel olarak ahlaki bir paternalizm ortaya koyduğu için eleştirilmektedir. Özellikle Bollinger'in ortaya koyduğu şekliyle, kişilerin kendi gelişimleri için bu ifadelere hoşgörü göstermesi gerekliliği, ataerkil bir şekilde bireylere ahlaki erdemlerini öğretmektedir:

“Eğer kendi kendine eziyeti şeklindeki ahlaki zararın önlenmesi için yasal baskının tasarlanması, kişisel egemenliğin savunulamaz bir ihlali ise, o zaman bireyin ahlaki *iyiliğini* geliştirmek için yasal baskı *evleviyetle/çok daha büyük bir ihlaldir.*”¹¹¹

5. Yasaklamanın Ters Sonuç Doğuracağına İlişkin Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden beşincisi, sosyal psikoloji/yasaklamanın ters sonuç doğurması ile temellendirilen tezdır. Buna göre yasaklama fiili, “yasaklanan görüşün, yasaklandıktan sonra, önceki duruma göre daha az kabul göreceği öncülüne dayanmaktadır.” Bu bakımdan yasaklama doğru inançların geliştirilmesine ve yanlış inançların saf dışı edilmesine dayanmaktadır. Ancak, sosyal psikolojiye dayanan tez/yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin tez, bu öncülün tersine yasaklanan görüşün daha fazla kabul gördüğünü ifade etmektedir. Bu husus ise yanlış olan görüş veya inancın çok fazla ciddiye alınması ile gerçekleşmektedir.¹¹²

Bu tez, öncelikle davranışsal varsayımlara dayandığı için eleştirilmektedir. Bunun yanı sıra yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin tez, yasaklama amacını yalnızca halkın yanlış görüşe inanmaya başlamasının önlenmesi olarak belirleyerek, diğer yasaklama amaçlarını dışlamakta ve bu tezin uygulanmasını sınırlamaktadır.¹¹³ Sözelimi, ifadenin başkalarına zarar vermesi durumunda, ifade doğru veya yanlışlığa bakılmaksızın zarardan dolayı yasaklanmaktadır.

¹¹¹ Joel Feinberg, **Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law**, Vol. 4, 2.Baskı, New York, Oxford University Press, 1990, s. 299 (vurgu orijinaldedir); Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 40-41.

¹¹² Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 108-110; Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, s. 294-295.

¹¹³ Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 111.

6. İktidara Güvensizliğe Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü destekleyen tezlerden altıncısı, iktidara güvensizliğe dayanan tezdır. Burada genel olarak ifadenin denetlenmesinin, diğer davranış biçimlerinin denetlenmesinden hem daha az verimli olduğu hem de istenmeyen yan etkiler doğurmaya daha elverişli olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁴

Yasa koyucuların, yasayı uygulayanların ve denetleyenlerin, mevcut yönetim yapısının korunmasında kişisel çıkarlarının bulunması, jurinin müdahalesi olsa bile kişileri kendi davalarının yargıçları haline getirecektir. Hiç zararı yok gibi görünse de, insanların aynı fikirde olmadıkları bir ifadeyi yasaklama dürtülerinin bulunduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁵

Schauer'e göre herhangi bir davranış biçiminin denetlenmesi, çizgiler çekmeyi, ayrımlar yapmayı ve kusurlu olan insanlara bu ayrımları yapma ve çizgileri çekme yetkisini vermeyi gerektirmektedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir 'kaygan yamaç' söz konusu olacak ve 'çizginin neredene çekileceği' belirlenecektir. Kaygan yamaç argümanı, bir sınırlamanın gerçekleştiği durumda, bu gerçekleştirilen sınırlamanın kıyas ile başka bir duruma uygulanabilmesi tehlikesidir. Bu durumda hakkın sınırlandırılmasında ölçülülük aşılmış olacaktır.¹¹⁶

Bu kaygan yamaç teorisinin birinci kaynağı kavramsal belirsizlik ya da dilbilimsel aşırı kapsayıcılıktır. Denetlenebilen bir şeyi ifade eden terim ile denetlenmesi caiz olmayan şey de ifade ediliyorsa bu durumda dilbilimsel aşırı kapsayıcılıktan gelen kaygan yamaç etkileri ortaya çıkmaktadır. Kaygan yamaç teorisinin ikinci kaynağı ise sınırlı öğrenilebilirlik kavramı ile açıklanmaktadır. Kavramların karmaşıklığı üzerinde, uygulamaya dönük bir sınır mevcuttur. Bir kanunda kavramlar mükemmel bir şekilde ifade edilse bile uygulamada/yargılamada bu kavramları öğrenmek neredeyse imkansızdır.¹¹⁷

¹¹⁴ Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 116.

¹¹⁵ Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 117-118.

¹¹⁶ Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 120-121.

¹¹⁷ Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 121-122.

“Tanımlama, uygulanması için yöneticilerin yeteneklerinin ötesinde teorinin bir külliyyatının anlaşılmasını ve içselleştirilmesini gerektiriyorsa, bu durumda anlamının söz konusu olmadığı her bir durum, kaygan yamaç riskini artırır.”¹¹⁸

Bu tez, özellikle Schauer’in ifadelerin denetlenmesinde herhangi bir argüman ortaya koymaması bakımından eleştirilmektedir.

“[Tezin asıl sorunu], devletin yetkili ajanlarının sınırlandırılması söz konusu olan iletişimsel faaliyetin anlamı konusunda konuşmacının zihnindeki idelerle tam bir uyuşma içerisinde olduğunun, ajan ve konuşmacı arasında kararlaştırıldığı durumlarda, iletişimsel faaliyetin yol açtığı zararlarla ifadeyi korumak için ileri sürülen gerekçeler arasında bir tartmanın nasıl yapılacağına ilişkin Schauer’in tezinin hiçbir argüman ortaya koymamasından kaynaklanmaktadır.”¹¹⁹

İfade özgürlüğünün dayandığı tezleri kısaca ortaya koyduktan sonra, bu tezler bakımından sanatsal ifade özgürlüğünün yeri ortaya koyulabilir.

B. İfade Özgürlüğünü Destekleyen Tezler Bakımından Sanatsal İfade Özgürlüğünün Değerlendirilmesi

İlk olarak, sanatsal ifade özgürlüğünün, bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezi içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezi, genel olarak özgürlüğün ve bireysel özerklik alanının kendinden iyi olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu tezin sanat özgürlüğü açısından öne çıkan yanı, ifade özgürlüğünün, bireyi diğer insanlar ile iletişim haline geçirerek yetkinleştireceği ve bu şekilde kendi özünü bilen insanın kendini gerçekleştireceği savıdır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere sanat, öncelikle kişinin özünü ifade etmektedir. Bu bakımdan sanatsal ifade özgürlüğü, bireysel özerklik alanı içerisinde yer almalıdır. Bununla beraber, aynı zamanda sanat, kişinin manevi, spiritüel dünyasını da oluşturmaktadır. Sanatsal ifade özgürlüğü ile birey, kendi özünü, evren

¹¹⁸ Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 122.

¹¹⁹ Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 302-303

algısını oluşturmaktadır. Bu ise bireyin sanat gibi kendi anlayışının derinlerinde soyut bir şekilde yer eden özünü diğer insanlara aktarması ile gerçekleşmektedir. Böylece sanat ile birey kendini gerçekleştirmektedir. Ancak bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezinin, başkalarına zarar argümanı ile ciddi ölçüde ifade özgürlüğünü sınırlaması, sanatsal ifade özgürlüğüne ciddi sınırlar serdedecektir. Bu bağlamda, bir siyasetçiyi eleştiren bir tablo veya roman söz konusu olduğunda sanatsal ifadenin sınırlanması gerçekleştirilecektir.

Genel olarak sanat, izleyiciye veya dinleyiciye, insana ilişkin bir gerçekliği aktarmaktadır. Sanatçı, kendi öznel kimliğini, insanlığını ortaya koyarken aynı zamanda kendi anlayış içerisindeki kavrayışında algıladığı insana dair gerçekliği dışa vurmaktadır. Bu bakımdan gerçekliğe dayanan tezin, bilimsel/akademik ifadeleri desteklemesi gibi sanatı da desteklemesi gerekir. Zira, Žižek'e göre bilim ve sanat, gerçekliğin farklı yüzlerini ortaya koymaktadır.¹²⁰ Nitekim Farago'nun değerlendirmesinde, Platon'un mağara meselinde, filozofun gerçek ideayı gölgelerden ayırt etmesini sağlayan sanattır.¹²¹ Bu bakımdan gerçekliğe dayanan tezin, sanatsal ifade kategorisini koruma altına alması gerektiği ileri sürülebilir.

Ancak burada olgu ve görüş ayrımı yapıldığında sanatsal ifade bakımından durum biraz daha çetrefil bir hal almaktadır. Herhangi bir sanat eseri, onu meydana getirenin yüklediği anlam ile meydana gelir. Bu bapta, bir sanat eseri onu oluşturan kişinin subjektif yorumlarıyla meydana gelir. Dolayısıyla bir sanat eseri, olgudan ziyade bir görüş olarak gündeme gelmektedir. Bu yüzden bir sanat eseri, doğruluk veya yanlışlık ya da gerçeklik testine elverişli değildir. Ancak bu sanatın tikel boyutuyla ilgili bir durumdur. Genel/tümel olarak sanat, insanı kendi gerçekliğine yaklaştırmaktadır. Bu bakımdan sanatsal ifadelerin, gerçekliğe dayanan tez bağlamında desteklenmesi mümkündür. Nitekim sanatsal ifade özgürlüğü, gerçekliğe dayanan tezin oluşturduğu bir ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirildiğinde güçlü bir hak yapısı olarak gündeme gelecektir.

¹²⁰ Žižek, **Sanat**, s. 11.

¹²¹ Farago, **Sanat**, s. 24.

Demokrasiye dayanan tez genel olarak bütün ifade kategorilerini destekleyen bir tezdır. Demokrasinin, bireylerin özgürlüğünü ve eşitliğini ortaya koyması, onun herkesin ifadesini eşit şekilde koruma altına alması neticesini doğurmaktadır. Bununla beraber, siyasal ifadeye ayrı bir önem atfetmesi bakımından demokrasiye dayanan tez, siyasal ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin denetiminde standardı yükseltirken diğer ifade kategorilerindeki denetim standardını düşürmektedir. Kamusal karar alma süreçlerinde tartışma özgürlüğüne büyük bir önem verilmekte ve bu durumlarda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması zor şartlarda gerçekleşmektedir. İfade kategorilerinde de incelendiği üzere, AİHM, siyasal ifadeye daha büyük ehemmiyet vermekte iken ve siyasal ifadenin korunması için çeşitli yorum yollarına başvururken, sanatsal ifade için daha esnek bir denetim uygulamakta ve siyasal ifadede kullandığı yorum yöntemlerini kullanmamaktadır. Bu itibarla, demokrasiye dayanan tez tarafından oluşturulan ifade özgürlüğünün, sanatsal ifade özgürlüğüne olumsuz bir etkisi bulunmaktadır.¹²²

Bu acele sonuca varmadan önce, demokrasinin niteliğine değinmek gerekir. Demokrasinin, Antik Yunan'daki sınıfsal anlamından ayrılan 18.yüzyıl demokrasisi, bütün halkı niteler. Bunu yaparken de Rousseau'nun egemen olan soyut halk/genel irade-somut halk/tebaa ayrımını kullanarak, 1789 devrimi ile ulus egemenliğini ilan eder.¹²³ Ancak oluşan bu modern devlette ulus henüz egemen olamaz. Siyasal yaşama katılma hakkının ifadelerinden en önemlisi olan oy verme hakkı belirli kesimlere özgülenmiştir. Duverger'nin deyimiyle bu dönemde demokrasi, centilmenler arasından bir centilmenin seçilmesiyle gerçekleşmektedir.¹²⁴ Ancak gerek Birleşik Krallık'ta, 1832 ve 1867 reformuyla, Fransa'da ise rejim/cumhuriyet

¹²² **Incal v. Turkey**, 41/1997/825/1031, Judgment of 9 June 1998, § 54; **Wille v. Liechtenstein**, Appl. No. 28396/95, Judgment of 28 October 1999, § 6-22, 50; **Lombardo and Others v. Malta**, Appl. No. 7333/06, Judgment of 24 April 2007, § 5-32, 61. David Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 468.

¹²³ Mehmet Ali Ağaoğulları, “**Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 1-2, 1991, s. 22; Ağaoğulları, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s. 77-78.

¹²⁴ Maurice Duverger, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergün Özbudun, 4. basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993, s. 18-19

değişiklikleriyle belirli bir ilerleme kaydedilmiştir.¹²⁵ Oy verme hakkı devletlerin bütün vatandaşlarına şamil olmasa da sistemi belirli ölçüde değiştirmiş, seçmen kitlesinin genişlemesiyle, siyasal özgürlüklere getirilmiş birer seçeneklerden ibaret olan siyasi partilerin parti disiplini ile birlikte daha ön plana çıkması söz konusu olmuş ve böylece partili demokrasiye geçilmiştir. Partili demokrasi, sınıf demokrasisini terk ederek Rousseau'nun çoğunlukçu demokrasisini mümkün kılmaktadır. Ancak daha 20. yüzyılın başlarında çoğunlukçu demokrasi, tekil ahlaki kodları dayatan çoğunluğun despotizmini meydana getirmiştir. Bu despotizmin oluşturduğu İkinci Dünya Savaşı'nın ardından azınlıkların kaderinin çoğunluklara hatta çoğunluk bile olamayan topluluklara bırakılamayacağı anlaşılmıştır. Bu yüzden demokrasi bir dönüşüm daha geçirmiş ve çoğulcu demokrasi ortaya çıkmıştır. Çoğulcu demokraside, genel irade, kendisine oy vermeyen azınlıkları yok sayamaz. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan azınlıkların çeşitli anayasal mekanizmalar veya kurumlar ile çoğunluğun siyasasına müdahale edebilme ve sona erdirebilme tehdidi karşısında çoğunluk, siyasasını belirlerken belirli ölçüde azınlıklar ile uzlaşma yolunu seçmek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte yarı-doğrudan demokrasi araçlarının (sözelimi referandum) da anayasalara eklenmesi, bireylerin hak ve özgürlüklerinin genişlemesi ve bunların etkin bir şekilde korunması Burdeau'nün ifadesiyle 'yönetilen demokrasiyi', 'yöneten demokrasiye' çevirmiştir.¹²⁶

Çoğulcu demokrasinin, her türlü azınlığı da koruması öngörüldüğünden marjinal veya azınlıktaki her ifadeyi de koruması gerekmektedir. Sanat, avangart

¹²⁵ 1832 Reform Kanunu ile 14 milyon olan toplam nüfus içerisinde, seçmen sayısı 365.000 civarından 650.000 civarına yükselmiştir.

<http://www.bl.uk/learning/histcitizen/21cc/struggle/chartists1/historicalsources/source2/reformact.html> (Çevrimiçi: 09.11.2016)

1867 Reform Kanunu öncesinde, 7 milyon yetişkin erkekten yaklaşık olarak 1 milyonu oy kullanabilmekteydi. 1867 Reform Kanunu ile birlikte seçmen sayısı (oy verebilen yetişkin erkek) yaklaşık olarak 2 milyona ulaşmıştır. Bunun için bkz. <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/furtherreformacts/> (Çevrimiçi: 09.11.2016)

¹²⁶ Georges Burdeau, **Demokrasi: Sentetik Bir Deneme**, Çev. Bülent Nuri Esen, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Matbaası, 1964, s. 26-32, 87-95.

nitelikte olan bir yapıdır. Her dönemde sanat anlayışı, kendi döneminden ileride olarak geleceğe yöneliktir. Bu bakımdan yenilikçidir. Hukuk ise toplum tarafından oluşturulmaktadır, toplumsal niteliği gereği geçmişi dikkate almaktadır.¹²⁷ Bu bakımdan her bir sanat eseri, döneminde bir azınlığın ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim AİHM de demokrasinin çoğulcu niteliğine vurgu yapmaktadır:

“Denetim görevi, Mahkeme’yi, “demokratik bir toplumu” niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “bilgi” ve “fikirler” için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden bilgi ve fikirler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”¹²⁸

Bu bakımdan çoğulcu bir açıdan ele alınan demokrasinin sanatsal ifade özgürlüğünü koruması da şüphesiz kaçınılmaz olmalıdır. Nitekim çoğulcu bir demokrasi anlayışı ile oluşturulan ifade özgürlüğünde, sanatsal ifadeye de siyasal ifade ile aynı ölçütlerin uygulanması gerekir.

Bazı yazarlar, sanatın, vatandaşın siyasal sürece katılıma kabiliyetini geliştirdiğini ifade ederek, sanatsal ifadenin, demokrasi tezine dayanan ifade özgürlüğü rejiminde siyasal ifadenin koruması içinde yer alması gerektiğini ifade eder.¹²⁹ Meiklejohn, oy verenlerin kendi bilgilerini, zekalarını, hassasiyetlerini ve insani değerlerini elde edebileceği birçok düşünce ve ifade şeklinin bulunduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan sadece siyasal ifade için mutlak bir koruma sağladığını iddia ettiği Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nda mündemiç Birinci Değişiklik’in dört tip ifade kategorisini de kapsamaması gerektiğini ifade etmiştir.

¹²⁷ Paul Kearns, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 67-68.

¹²⁸ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 49.

¹²⁹ Jennifer A. Neilson, “Artistic Expression, Aesthetic Value and the Law”, (Danışman: Kathleen Higgins), Graduate School of University of Texas Austin, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 16.

Bunlardan birisi de, edebiyat ve sanattır. Zira sanat ve edebiyat, zengin bir genel refahın oluşturulmasına katkı sağlamakta ve hassas ve bilgili bir idrakın oluşmasına yol açmaktadır.¹³⁰ Bu bakımdan halkın romanlara, dramalara, resimlere ve şiirlere ihtiyacı vardır. Çünkü kendimizi yönetmemizdeki başarıyı engelleyen temel sosyal gerçek, oy veren halkın kendini yönetmek için eğitilmemesidir.¹³¹ John F. Kennedy, sanatçının kendi perspektifindeki gerçeğe hizmet ederek ulusuna en iyi şekilde katkı sağladığını belirtmektedir. Kennedy, sanat misyonunu hor gören bir ulusun geriye gururla ve geleceğe umutla bakacağı hiçbir şeyi olmadığını ifade etmektedir.¹³²

Hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan teze göre devletin veya kamu makamlarının toplum içerisindeki farklı görüşlere saygı göstermesi gerekir. Burada özellikle azınlıkların ifadeleri de gündeme geldiğinden belirli ölçüde bu tezin çoğulcu demokrasi ile uyduğu görülmektedir. Genel olarak sanatsal ifade, toplum içerisindeki bir azınlığı teşkil ettiğinden ve genel olarak toplumun kabul ettiği görüşlerin dışında olduğundan bu ifadeye de hoşgörü gösterilmesi gerekmektedir.

Yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin tez ise, genel olarak yasaklama fiiline yönelik bir tez olduğundan dolayı sanatsal ifade özgürlüğüne özgü bir koruma sunmamaktadır.

İktidara güvensizliğe dayanan tez bakımından bir inceleme yapıldığında, özellikle kaygan yamaç doktrininin sanatsal ifadeyi koruyabileceği gözlemlenmektedir. Kaygan yamaç doktrini genel olarak kavramsal belirsizlik veya dilbilimsel aşırı kapsayıcılık ve sınırlı öğrenilebilirlik kuramlarına dayanmaktadır. Bir sanat eserinin subjektif ve soyut niteliği ise, o sanat eserinin kamu makamları tarafından anlaşılabilirliğini zorlaştırmaktadır. Nitekim yargılamaya konu olan her bir sanat eseri çoğunlukla sanatsal bağlamı dikkate alınmadan sadece bireysel veya toplumsal etkileri ile dikkate alınmaktadır. Bu durumda sanat eserinin aslında ne

¹³⁰ Alexander Meiklejohn, “The First Amendment Is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, Vol. 1961, 1961, pp.245-266, s. 256-257.

¹³¹ Meiklejohn, “The First Amendment Is an Absolute”, s. 63.

¹³² John F. Kennedy, “**Poetry and Power**”, *The Atlantic*, February 1964. Bu yazıya ulaşmak için bkz. <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1964/02/poetry-and-power/306325/> (Çevrimiçi: 16.01.2018).

olduğunun, kamu ajanları tarafından kavranması neredeyse imkansız bir hale gelmektedir. Sözelimi bir sanatçı, sado-mazo ve homoseksüel ilişkileri eleştirmek için bu ilişki biçimlerini sergileyen bir resim oluşturabilir. Ancak kamu makamlarının gözünde böyle bir resim bu sanatsal bağlamından kopuk olarak müstehcen (*obscene*) olarak nitelenebilir.¹³³ Sonuç olarak iktidara güvensizliğe dayanan tezin, sanatsal ifade özgürlüğüne bir koruma sağladığı aşıkardır.

Genel bir değerlendirme yapıldığında sanatsal ifade özgürlüğünü, neredeyse bütün tezlerin desteklediği görülmektedir. Ancak sanatsal ifade özgürlüğüne gerçekten koruma sağlayabilecek tezler, gerçekliğe dayanan tez, (çoğulcu) demokrasiye dayanan tez ve iktidara güvensizliğe dayanan tezlerdir. Burada özellikle çoğulcu demokrasiye dayanan tez ile iktidara güvensizliğe dayanan tez bir arada siyasal ifade özgürlüğüne ciddi koruma sağlamaktadır. Bu iki tezin birlikte oluşturduğu ifade özgürlüğü, sanatsal ifade özgürlüğüne en büyük korumayı sağlayacaktır.

C. AİHM'in Sanatsal İfade Özgürlüğü Bakımından Ortaya Koyduğu Dayanak

1. İfade Özgürlüğünün Dayanakları

AİHM, ifade özgürlüğünün dayanaklarını, emsal karar olan *Handyside* kararında ortaya koymuştur. Mahkeme, bu kararında ifade özgürlüğünü, demokratik bir toplum ve bu toplumun gelişimi için temel unsurlarından birisi olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, kararında, kanımca yerinde olarak, demokrasiye dayanan tez ile hoşgörü ve çoğulculuğa dayanan tezi sentezleyerek bir sonuca ulaşmıştır. Buna göre:

“İfade özgürlüğü, madde 10'un sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘bilgi’ ve ‘fikirler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden (*shock or disturb*) bilgi ve fikirler için de

¹³³ Kearns, *Freedom of Artistic Expression*, s. 11-12.

uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”¹³⁴

Nitekim Mahkeme'nin bu görüşü, yukarıda ortaya koyulan demokrasinin 20. yüzyılın ilk yarısından sonra değişen, demokrasiye hoşgörü ve çoğulculuk gibi nitelikleri yükleyen anlamıyla koşuttur. Bu bakımdan AİHM, ifade özgürlüğünü çoğulcu demokrasiye dayanan teze dayandırmaktadır. Bunun ilk sonucu ise, madde 10'un ifade tipleri arasında farklı koruma derecesi belirlemiş olmasıdır. İfade özgürlüğünün, demokratik toplumun gerçekleştirilmesi için bir araç olarak ortaya konması, özellikle siyasal ifadeleri, madde 10'un daha yüksek korumasından faydalandırmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, siyasal ifadeler söz konusu olduğunda, sınırlandırmanın sınırı ölçütü olan demokratik toplumda gereklilik incelemesinde daha sıkı bir denetim yapmaktadır. Siyasal ifadeler veya kamusal ifadeler¹³⁵ söz konusu olduğunda Mahkeme, 'caydırıcı etki' ve 'en az zarar veren seçenek' gibi gereklilik unsurlarında kullanılan yorum araçlarını kullanırken, sanatsal ifade veya ticari ifade söz konusu olduğunda, bu yorum araçlarına başvurmamakta ve devletin bu konudaki takdir marjını geniş tutmaktadır.¹³⁶ Ancak Mahkeme'nin demokrasiye dayanan tezi seçerken, demokrasinin çoğulculuk niteliğini haiz olduğunu akıldan çıkarmamak gerekir. Sanatın avangart tutumu ve diğer ifadeler yanında bir azınlık ifade tipini oluşturması bakımından, sanatsal ifade bir devletin nüfusunun çoğunluğunu rahatsız etmesi, çoğunluğa çarpıcı bir etkide

¹³⁴ Bkz. **Handyside v. the United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgement of 07 December 1976, § 49.

¹³⁵ Harris v.d., siyasal ifade ile kamusal ifadeyi birbirinden ayırmaktadır. Onlara göre, kamusal ifadeler, kamusal menfaati ilgilendiren bir konuya katkı yapan ifadeler olarak değerlendirilmektedir. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 470. Bununla beraber siyasal ifadeler ile kamusal ifadeleri birbirinden ayırmanın yerinde olmadığı kanısındayım. Nitekim Harris, O'Boyle, Warbrick, kamusal ifadeyi tanımlarken *Steel and Morris* kararına atıf yapmışlardır. Ancak bu kararda, Mahkeme, kamusal menfaati ilgilendiren ifadeleri, siyasal ifade içerisinde değerlendirmiştir. **Steel and Morris v. the United Kingdom**, Appl. No. 68416/01, Judgement of 15 February 2005, § 88.

¹³⁶ İlgili vakalar için bkz. **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988; **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgment of 20 September 1994; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996; **Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany**, Appl. No. 10572/83, Judgement of 20 November 1989.

bulunması halinde dahi, bu ifadelerin korumasız bırakılmaması gereğini işaret etmektedir.

Bununla beraber Mahkeme, *Handyside* kararında sadece demokrasiye dayanan teze atıf yapmamıştır. Mahkeme, *Handyside* kararında, ifade özgürlüğünün aynı zamanda, her insanın kendi gelişimi için temel koşullardan birisini oluşturduğunu ifade etmiştir.¹³⁷ Bu bakımdan, Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünü bireysel özerkliğe ve kendini gerçekleştirilmeye dayanan teze de dayandırdığı görülmektedir. Nitekim 1945 sonrası oluşan ulusalüstü insan hakları hukukunun, Kantçı yaklaşımla insan onuruna dayandırılması bakımından, insan hakları belgelerindeki her hakkın, insan onuruyla bağı açısından, bireyin kendisini gerçekleştirmesini sağlaması gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kişinin kendisini gerçekleştirme tezi ile olan bağının dolaylı olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim AİHM'in *Handyside* kararında, ifade özgürlüğünü bu teze de dayandırması bu bağın sıklığına işaret etmektedir.

2. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Dayanakları

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), *Müller* vakasında yayınladığı raporda, sanatsal ifade özgürlüğünü, özellikle demokrasiye dayanan tezin kapsamı içerisinde görmüştür:

“Sanatsal ifade özgürlüğü hakkında Komisyon, bu özgürlüğün kullanımının demokratik bir toplumda asli bir öneme sahip olduğu görüşündedir. Bir yandan sanatsal yaratım özgürlüğünün, öte yandan sanat eserlerini yayma özgürlüğünün ciddi kısıtlamalara demokratik olmayan toplumlarda tabi olduğu da sabittir. Sanatçı, yaratma faaliyetiyle, sadece kişisel dünya görüşünü değil, içinde yaşadığı toplum hakkındaki fikirlerini de ifade eder. Sanatsal ifade kamuoyunun sadece oluşumuna değil, ifadesine de bu kapsamda katkıda bulunur. Ayrıca sanatsal ifade, halkı çağının önemli sorunlarıyla da yüzleştirebilir.”¹³⁸

¹³⁷ *Handyside v. the United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Judgement of 07 December 1976, § 49.

¹³⁸ *Müller Contre la Suisse*, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 70'den aktaran Kejanlıoğlu, a.g.t., s. 31.

Buradan da anlaşıldığı üzere Komisyon, sanatsal ifade ile demokrasiye dayanan tez arasında doğrudan bir bağlantı kurmuş ve madde 10'un sanatsal ifadeyi de kapsadığı belirtilmiştir. Komisyonun bu görüşü, özellikle sanatın toplumsal boyutunu iyi bir şekilde kavramakta ve demokrasi ile olan ilişkisini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Komisyonun bu raporundan sonra AİHM de, sanatsal ifade özgürlüğünü, madde 10 içerisinde değerlendirdiği aynı vaka olan *Müller ve Diğerleri* içtihadında, sanatsal ifade ile ilgili bazı nitelendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğünü, madde 10/I'nin ikinci cümlesi içerisinde yani bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir ve sanatsal ifadenin, her çeşit kültürel, siyasal ve sosyal bilginin ve fikirlerin mübadelesinde bir rol oynadığını belirtmiştir. Mahkeme, bu yorumunu, madde 10/I'nin üçüncü cümlesinde geçen ve etkinlikleri sanat alanını da kapsayan “yayın, televizyon veya sinema girişimleri” ifadeleriyle teyit etmiştir.¹³⁹ Bu bağlamda, AİHM, sanatsal ifadeyi, kültürel, siyasal ve sosyal bilginin ve fikirlerin mübadelesinde bir araç olarak görmektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, hem ifade özgürlüğünün hazırlık çalışmalarına hem de atıf yaptığı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS), madde 19'a koşuttur. Aşağıda hazırlık çalışmalarına değinildiğinde görüleceği üzere, Birleşik Krallık'ın önerdiği metni Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na sunmasından bu yana, madde 10'un taslak metinleri, Bakanlar Komitesi'nin önüne gelene kadar “sanat formu” ibaresini içermektedir. Birleşik Krallık'ın sunduğu metin şu şekildedir:

1. Her kişi, hükümetin müdahalesi olmaksızın, düşünce özgürlüğü hakkına ve ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu haklar, hükümetin müdahalesi olmaksızın, ulusal sınırları dikkate alınmaksızın, sözlü, yazılı veya basılı olarak, *sanat formunda* veya usulüne uygun olarak lisanslanan görsel veya

¹³⁹ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

işitsel cihazlarla görüş/kanaat sahibi olma, bilgi ve fikirlere ulaşma ve bunları yayma özgürlüğünü içerir.¹⁴⁰

Aynı şekilde Mahkeme'nin atfı yaptığı MSHS, madde 19/II'de benzer içeriktedir:

“Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, ulusal sınırları dikkate almaksızın, sözlü, yazılı veya basılı olarak, *sanat formunda* veya tercih ettiği herhangi bir diğer araç ile her çeşit bilgi ve fikirleri arama, bunlara ulaşma ve yayma özgürlüğünü içerir.” (Vurgu eklenmiştir)

Bu bağlamda, AİHM'in nazarında, sanatsal ifade özgürlüğü, bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğünde bir araç olmaktadır. Mahkeme'ye göre, “sanatı yaratan, icra eden, dağıtan veya sergileyen kişiler, demokratik bir toplum için esas olan fikirlerin ve görüşlerin mübadelesine katkıda bulunur.”¹⁴¹ Mahkeme'nin bu bakış açısı, sanatsal ifade özgürlüğünün, madde 10'da belirtilen ifade özgürlüğü hakkı bakımından ikincil bir özgürlük gibi değerlendirilmesine yol açmaktadır. Zira sanatsal ifade burada fikirlerin ve bilgilerin mübadelesinde sadece bir araç olarak değer kazanmaktadır. Bir sanat eseri, her zaman fikir ve görüşlerin mübadelesine elverişli olmayabilir. Sözelimi 19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan ve “biçimin kurban edilişi” olarak adlandırılan yeni soyut sanat anlayışı, ezoterik metodu tercih etmiş ve sanatsal niteliğini eserin içerisine gizlemiştir.¹⁴² Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Mephisto* kararında ortaya koyduğu üzere, sanatsal ifade, sanatçının bireyselliğine daha yakın bir ifade olduğundan dolayı, diğer ifade türlerine göre daha az iletişimseldir.¹⁴³ Bu bakımdan sanatsal ifadenin, yalnızca fikir ve düşüncelerin mübadelesine katkı sağlayan, demokratik bir toplumun oluşmasında ve gelişmesinde bir araç olarak ortaya konması, yukarıda sayılan gerekçelerden dolayı sanatsal ifadenin madde 10 bakımından korumasını

¹⁴⁰ **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 8 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) (Çevirmici:28.01.2018)). Vurgu eklenmiştir.

¹⁴¹ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 33.

¹⁴² Bu sanat anlayışına örnek olarak Wassily Kandinsky, Piet Mondrian ve Kazimir Malevitch gösterilmektedir. Bu sanat anlayışı için bkz. Farago, **Sanat**, s. 166-208.

¹⁴³ **BverfGe 30, 173**, Judgment of 24 February 1971.

zayıflatmaktadır. Bu bakımdan, AİHM'in sanatsal ifade açısından yeni dayanak noktalarını keşfetmesi gerekir. Sanatsal ifadenin korunmasında, totolojik bir şekilde sanatın niteliğine atıf yapılması, sanata özgü gerekçelerin ve argümanların ortaya konması gerekmektedir.

Gerçekten de gerçekçiliğe (ve ayrıca fikirlerin pazaryeri tezi), demokrasiye dayanan tezler, siyasal ifade için üretilen tezlerdir. Sanat, gerçeğe, demokrasiye, fikirlerin pazaryerine de katkıda bulunabilir. Bununla beraber bu tezlere dayandırılan bir sanat özgürlüğünün, tam anlamıyla sanatı koruyabilmesi de mümkün olmayacaktır. “Sanatın özü, insanın yaratıcılık sürecinin paylaşımı ve gösterimidir.”¹⁴⁴

Nitekim Murphy, sanatsal ifadelerin, bu tezlerle tam olarak uyuşmadığını belirtmektedir. Buna göre, demokrasiye ve gerçekçiliğe dayanan tezler, belirli açılardan sanatsal ifadeyi desteklese de, onu bütüncül bir şekilde temellendirmemektedir. Demokrasiye ve gerçekçiliğe dayanan tezler, Picasso'nun Guernica'sını veya Sovyet Realizmini destekleyebilirken, Soyut Ekspresyonizmi veya Bach füglerini desteklememektedir. Bu bakımdan, Murphy'ye göre, eğer güçlü bir sanatsal ifade teorisi isteniyorsa, fikirlerin pazaryeri veya siyasal ifade modellerine dayanılmamalıdır.¹⁴⁵

Soyut sanatların da gerçeği iletmediği ya da hedeflediği iddialarına karşı Murphy, bir bilimsel eser ile Bach füğünün aynı gerçeklik kavramı içerisinde değerlendirilmesini, bu kavramın anlamını fazlasıyla genişlettiğini ve açıklayıcı değerini yitirdiğini belirtmiştir. Demokrasiye dayanan tez bakımından ise sanatın, siyasal tartışmayı zenginleştirmesi amacı bağlamında, kör bir araç olduğunu ifade etmiştir. Siyasal ifadenin ancak bütün alanlara nüfuz etmiş olan totaliter sistemlerde sanatı tam anlamıyla kapsayabileceğini dile getirmiştir.¹⁴⁶

Murphy, sanatsal ifadeyi en çok destekleyebilecek olan tezin, bireysel özerkliğe dayanan ve kendini gerçekleştirmeye dayanan tez olduğunu ifade eder.

¹⁴⁴ Eberle, “**Art and Speech**”, s. 4.

¹⁴⁵ Murphy, “Freedom of Expression and the Arts”, s. 555.

¹⁴⁶ Murphy, “Freedom of Expression and the Arts”, s. 555-556.

Bununla birlikte Murphy'ye göre sanatsal ifade, bu ifadeyi gerçekleştiren bakımından, bireysel özerkliği ve kendini gerçekleştirmeyi ortaya koyabilirken diğerleri bakımından sanatsal olmayan eylemler bu hususu yerine getirebilmektedir. Bu bağlamda, Murphy, diğer özerk kendini ifade formlarına nazaran sanatsal ifadeye daha büyük hürmet gösterilebilecek bir özelliğin ve eşsizliğin sanatsal ifade formunda bulunmadığını dile getirmiştir.¹⁴⁷

Yapılan bu incelemeler neticesinde, ifade özgürlüğünün dayandığı tezler, sanatı bir bütün olarak desteklemede başarısız olmaktadır. Bu bakımdan, sanatsal ifadeyi desteklemek için ileri sürülen, gerçeklik (fikirlerin pazaryeri), demokrasi, özerklik-kendini gerçekleştirme tezleri, sanat konusunda indirgemeci forma sahip olmaktadır. Sanatın bu indirgemeci tezlerle değil, sanat olduğu için korunması gerekmektedir.¹⁴⁸ Murphy'nin görüşünün aksine sanatsal ifadeyi, diğer ifade formlarından ayıran hususlar belirtilmelidir.

Sanat, ilk olarak, içeriğine yaratıcılık sürecini dahil etmesi bakımından kendisini özel kılar. Yaratıcı süreç, sanat eserini meydana getiren kişilerin kendi iç dünyalarını tasvir etmeleri, roman, şiir, oyun gibi kendi fikri mallarını yaratmaları aracılığıyla oluşan bir mecradır. Nitekim yaratıcı sürecin, temel olarak insanı diğer türlerden ayıran bir husus olması, sanatı önemli hale getirmektedir. Sanatsal yaratıcılığın kullanılması ile sanat eserini meydana getirenler, bazı esas hakikati, görüyü, kendilerinin, kendi dünyalarının veya insanlık halinin yapısını iletmektedir. Sanatsal yaratım, özerk insanın meydana getirilmesini ifade etmektedir. Yaratıcı süreç, hem eseri meydana getirenlerin hem de onu görenlerin, dinleyenlerin tatmini ve doyumunu için muazzam bir kaynak teşkil etmektedir. Bu açıdan, yaratıcı sürecin ürünleri, bu eseri görenler ve dinleyenler için bir esin, tatmin, öfke veya iğrençlik oluşturabilir. Bu bakımdan sanat, insan ruhu için temel bir unsur olarak görülmektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Murphy, "Freedom of Expression and the Arts", s. 556-557.

¹⁴⁸ Murphy, "Freedom of Expression and the Arts", s. 559.

¹⁴⁹ Eberle, "Art and Speech", s. 6-8.

“Yaratma devinimi, ham durumdaki bir malzemeyi sanatçının estetik boyutta biçimlendirmesi olduğu içindir ki, kişisel bir etkinlik olarak “özgürlük” ve “özgünlük” öğelerini içerir. Hem sanatçı özgür olacaktır ve hem de gerçeklik özgür biçimde kavranıp artistik ve özgün bir dille açığa çıkarılacaktır.”¹⁵⁰

Sanat ayrıca genel olarak ulaşılması zor veya kavrayışın ötesinde bulunan insan varlığının tüm boyutlarının erişilmesine veya kavranmasına kapı araladığı için eşsiz bir değer olarak görülmektedir. İnsan, hem rasyonel hem irrasyonel bir yapıya sahiptir. İnsan varoluşunun irrasyonel yapısı, insanın duygularını, sezgilerini, hislerini ve görülerini kendi içeriğine dahil eder. Sanat, insanın irrasyonel olan yapısıyla iletişime geçmekte ve böylece diğer ifade biçimlerinin sunamadığı insanın duysal ve şiirsel dünyası ile doğrudan bağlantı sunmaktadır.¹⁵¹

Sanat, toplumun olağan kurallarının ötesinde bir özgürlük alanı oluşturması sebebiyle eşsizdir. Sanatsal ifade, insanın duysal, entelektüel, ruhsal ve sezgisel özgürlük alanını oluşturmaktadır. Sanat, sezginin ve hayalgücünün özgürce kullanılmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan, sanat, önüne konmuş olan herhangi bir kural tanıma zorunluluğu olmayan bir özgürlük alanı sağlamaktadır.¹⁵²

Sanatsal ifadenin bu eşsiz tutumu onu büyük ölçüde diğer ifade biçimlerinden ayırmaktadır. Nitekim sanatın bu niteliklerinin yargı makamları tarafından dikkate alınmaması sanatsal ifadenin korunmasında bazı boşluklar ve güvencesizlikler oluşturmaktadır. Bu bakımdan, AİHM’in sanatsal ifadeyi değerlendirirken, bu özgüsel hususları dikkate alarak, incelemesini, diğer ifadeler için yaptığı incelemeden farklılaştırması gerekmektedir. Aksi takdirde ifadenin sanatsal niteliği gözden kaçmakta veya tam olarak kavranamamaktadır.

Gerçekten de “sanat kendi ontolojisine sahiptir ve kültürel bağlamda, bireylerin yaratıcılığından meydana gelen ayırık bir değer bütünü olarak tanınmaktadır.”¹⁵³ Sanatın nevi şahsına münhasır yapısı, yasa koyucular tarafından

¹⁵⁰ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 523.

¹⁵¹ Eberle, “Art and Speech”, s. 9-14.

¹⁵² Eberle, “Art and Speech”, s. 14-16.

¹⁵³ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 162.

özel ve ayrı bir muameleye tabi tutulmasını gerektirmektedir ki, böylece toplumsal bağlamda kabul edilebilir ahlaki sınırların aşılması algısı, sanatın kendi iç düzeni içerisinde, sanatın kendi kanunlarında değerlendirilmelidir.¹⁵⁴

“Sanat, algısal olmasa bile kendisini takdim eder ve uygun aracı olan (estetik) tutumu davet eder. Böylece o, bonkördür, kısıtlayıcı değil ve ... iradenin gaspı değildir. Sanat, okuyucusu ve izleyicisi için bir hüküm değil, bir seçenektir.”¹⁵⁵

Sanat, pasif bir niteliğe sahiptir ve yalnızca onun okuyucusu, yorumlayıcısı tarafından etkinleştirilebilmektedir.¹⁵⁶ “Sanatın iddia edilen uyaran olduğu herhangi bir suç, okuyucu veya izleyicinin yanlış bir psişik yaklaşımının sonucudur.”¹⁵⁷ Bu bakımdan, sanat, sadece onu meydana getirenin kendini gerçekleştirmesini değil aynı zamanda onun okuyucusunun, izleyicisinin de kendisini gerçekleştirmesini sağlamaktadır.¹⁵⁸

Aynı şekilde sanat ile hukuk arasında devam edegelen çatışmanın da dikkate alınması gereklidir. Hukuk, toplumsal yapı içerisinde oluşan bir olgudur. Bu bakımdan, genel olarak toplumun değerlerini yansıtmaktadır. Bir sanatçı ise, sanat eserini oluştururken, kendi özgün yaratıcılığını kullanmakta ve kurallardan ari, özgür aklına başvurmaktadır. Dolayısıyla sanatçının, bir sanat eseri meydana getirirken, toplumun değerlerini dikkate alması söz konusu değildir. Bu kapsam içerisinde söylenebilecek bir diğer husus ise, hukukun, geçmişin bir ajanı olduğudur. Sanat gibi diğer sosyal bilimlere nazaran hukuk, daha yavaş bir evrim geçirmektedir.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 162.

¹⁵⁵ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 29.

¹⁵⁶ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 75.

¹⁵⁷ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 28-29.

¹⁵⁸ Lowe, “Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, s. 85.

¹⁵⁹ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 67-68.

“Sanatçı, yaşadığı çağa ve topluma, sanatsal eylemine temel oluşturan genel ve özel sanat geleneklerine ne denli bağlı olursa olsun, hep kendine özgü sanat anlayışının ödünsüz bir uygulayıcısı olacaktır.”¹⁶⁰

Bir toplum ne kadar aydınlanmış ve hayırsever olursa olsun, toplumun gerçekleri ile sanatının eylemleri arasında bir çatışma olacağı ifade edilmiştir.¹⁶¹ Douzinas’a göre, hukuk, yeni ortaya çıkan bir sanat formunun yalnızca bir gelenek, alışkanlık, adet olduktan sonra bu yeni sanatı takdir ile karşılamaktadır.¹⁶²

Sözleşme organları, büyük ölçüde demokrasiye dayanan tezi benimseyerek,¹⁶³ sanatsal ifadeye yalnızca dışarıdan bir bakış açısı sunmaktadır. Böylece sanatsal bir ifadenin içsel ve içeriksel görünümü ihmal edilmektedir. Bu yüzden, sanatsal ifadenin, sanatsal değerinden dolayı değil, demokrasi tezinin ortaya koyduğu ifade özgürlüğü rejimine sunduğu değer bakımından korunması söz konusu olmakta ve bu husus sanatsal ifadenin kapsadığı ifadelere gerekli korumanın sağlanmamasına yol açmaktadır. Sonuç olarak, AİHM, sanata özgü nitelikleri dikkate almalı ve onun eşsiz özelliklerine göre bir gerekçelendirmeyi takip etmelidir.

¹⁶⁰ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 525.

¹⁶¹ Costas Douzinas, “The Aesthetics of Law”, **The Trials of Art**, Ed. by Daniel McLean, London, Ridinghouse, 2007, s. 66.

¹⁶² E. L. Doctrow, “Address to the Students of the Tisch School for the Arts”, **Artistic Citizenship: A Public Voice for the Arts**, Ed. by Mary Schmidt, Randy Martin, New York, Routledge, 2006, s. 53, 56.

¹⁶³ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27; **Handyside v. the United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgement of 07 December 1976, § 49.

İKİNCİ BÖLÜM:

SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü Hakkının Hazırlık Çalışmaları

Sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi ve konusuna geçmeden önce, AİHS madde 10'un şekillenme sürecini izlemenin, AİHS madde 10 ile sanatsal ifade arasındaki bağlantıyı göstermek adına daha yararlı olacağı kanısındayım.

AİHS başlangıç taslağı, Pierre-Henri Teitgen, Maxwell Fyfe ve Fernand Dehousse'nin yer aldığı Avrupa Hareketi Uluslararası Hukuk Bölümü (*International Juridical Section of the European Movement*) tarafından hazırlanmıştır. İfade özgürlüğü burada şu şekilde kayda geçmiştir:

“Bu Sözleşme'ye taraf olan her Devlet, kendi toprakları içerisinde bütün kişiler için takip eden hakları garanti altına alacaktır: ... d) Konuşma ve genel olarak düşüncelerini ifade etme özgürlüğü.”¹

Hukuk ve İdari Konular Komisyonu'nun (*Committee on Legal and Administrative Questions*) 30 Ağustos 1949 tarihinde yaptığı toplantıda, Teitgen şunu teklif etmiştir: “Düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmeme hakkı ve düşüncelerini sözle veya basın yoluyla ifade özgürlüğü.” Ancak Komisyon, bu toplantıda Rolin tarafından ileri sürülen aşağıdaki metni kabul etmiştir: “Birleşmiş Milletler Bildirisi madde 19 uyarınca düşünce ve ifade özgürlüğü.”² Bu aşamada

¹ Convention for the Collective Protection of Individual Rights and Democratic Liberties by the States, Members of the Council of Europe, and for the establishment of a European Court of Human Rights to ensure observance of the Convention, Doc. INF/5/E/R, I TP 296–303, art. 3'ten aktaran William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, New York, Oxford University Press, 2015, s. 445.

² **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 2-3 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) (Çevirmici:28.01.2018)); Minutes of the Sitting [of the Committee on Legal and Administrative Questions, Consultative Assembly, 30 August 1949], Doc. A 167, I TP 174–80, at s. 174'ten aktaran Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 446.

henüz her madde için ayrı bir sınırlama klozu öngörülmemiş, genel bir sınırlama klozu öngörülmüştür:

“Bu hakların uygulanmasında ve Sözleşme tarafından güvence altına alınan özgürlüklerin kullanılmasında, yasa tarafından oluşturulan, tek amacı başkalarının haklarını ve özgürlüklerini tanımak ve bunlara saygı göstermeyi güvence altına alınması veya demokratik bir toplumda kamu ahlakının, düzeninin ve güvenliğinin gereğini tatmin etme amacı dışında hiçbir sınırlama koyulmaz.”³

Sözleşme taslağının Danışma Kurulu (*Consultative Assembly*) tarafından kabulünden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Uzmanlar Komisyonunu kurmaya karar vermiştir. Uzmanlar Komisyonu için yapılan hazırlıkta, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından Sözleşme taslağının tartışılması ve kıyaslanmasını ortaya koyan bir rapor hazırlamıştır.⁴ Fransa tarafından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’na hazırlanan metin şu şekildedir:

1. Konuşmak serbesttir. Her kişi, seçtiği herhangi bir yolla kendi düşüncelerini ifadede ve yayınlamada özgürdür.
2. Her kişi, olaylar, eleştirel yorum ve düşünceler de dahil olmak üzere her çeşit bilgiye, kitaplar, gazeteler, sözlü talimatlar yoluyla veya herhangi bir yolla ulaşmada ve bunları yaymada özgürdür.
3. Önceki paragraflarda ifade edilen özgürlük, yalnızca kamu düzenini, ulusal güvenliği, iyi ahlakı korumak, hukuka ve diğer kişilerin haklarına veya

³ **Preparatory Work on Article 18 of the European Convention on Human Rights**, CDH(75) 11, 10 March 1975, s. 3 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf) (Çevrimiçi: 28.01.2018)); Official Report of the Sitting [of the Consultative Assembly, 8 September 1949], II *TP* 14–274, s. 134–42’ten aktaran Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 446.

⁴ **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 2-3 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) (Çevrimiçi:28.01.2018)); Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 446-447.

itibarına saygı göstermek için yasa tarafından temin edilen sınırlandırmalara, cezalara veya yükümlülöklere tabi olabilir.⁵

Raporda ayrıca Birleşik Krallık'ın da yorumları bulunmaktadır. Bu raporda, Birleşik Krallık Hükümeti, hakka özgü sınırlamaların yer almasını tamamiyle desteklediğini dile getirir ve takip eden metni önerir:

1. Her kişi, hükümetin müdahalesi olmaksızın, düşünce özgürlüğü hakkına ve ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu haklar, hükümetin müdahalesi olmaksızın, ulusal sınırları dikkate almaksızın, sözlü, yazılı veya basılı olarak, sanat formunda veya usulüne uygun olarak lisanslanan görsel veya işitsel cihazlarla görüş/kanaat sahibi olma, bilgi ve fikirlere ulaşma ve bunları yayma özgürlüğünü içerir.
2. Bu özgürlüklerin uygulanması, görev ve sorumlulukları beraberinde getirir ve ulusal güvenliğin menfaatlerinde, düzensizliğin veya suçun önlenmesi için, kamu güvenliğini, sağlığını veya ahlakını korumak için, diğer kişilerin itibarlarını veya haklarını korumak için, gizli olarak elde edilen bilginin açıklanmasını önlemek için veya yargının otoritesini veya tarafsızlığını sürdürmek için gerekli olan yasa tarafından temin edilen belirli cezalara, yükümlölöklere tabi olabilir.⁶

Birleşik Krallık tarafından teklif edilen bu metnin önemi, günümüzde geçerli olan temel metnin, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi madde 19'dan⁷ sonraki kaynağı olarak ortaya çıkmasıdır. Bu bakımdan, metinde geçen “sanat formunda” ibaresi, sanatsal ifade özgürlüğünün, günümüz AİHS sisteminde normatif olmasa bile

⁵ **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 4 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf)) (Çevirmici:28.01.2018)).

⁶ **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 8 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf)) (Çevirmici:28.01.2018)); Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 447.

⁷ **Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, madde 19**

“Herkesin görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın bir görüşe sahip olma özgürlüğünü ve bilgi ve fikirleri ölk sınırları ile bağı olmaksızın ve herhangi bir iletişim/(medya) aracıyla arama, elde etme/(alma) ve yayma özgürlüğünü içerir.” Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, Cilt 2, İstanbul, Legal, 2010, s. 12-13.

içtihamı bir kaynağını teşkil etmesi gerektiğini ve ifade özgürlüğü hakkının korumasından yüksek derecede yararlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Nitekim bu metin, küçük bazı değişikliklerle ve “sanat biçimi içerisinde” ibaresini barındırarak Bakanlar Komitesi’nin önüne kadar gelmiştir. Ancak 7 Ağustos 1950’de Bakanlar Komitesi, İngilizce metnin birinci paragrafının sonunda yer alan “sözlü, yazılı veya basılı olarak, sanat biçimi içerisinde veya usulüne uygun olarak lisanslanan görsel veya işitsel cihazlarla” ibaresini çıkartmış ve yerine “Bu madde, Devletlerin, radyo, televizyon ve sinema işletmelerini, izin/lisans alma koşuluna bağlamasını engellemez.” ibaresini koymuştur.⁸

Bununla beraber benzer ibare MSHS’de yer almıştır. MSHS madde 19 şu şekilde formüle edilmiştir:

1. Herkes, müdahale olmaksızın düşünce/kanaat sahibi olma hakkına sahiptir.
2. Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, ulusal sınırları dikkate almaksızın, sözlü, yazılı veya basılı olarak, *sanat formunda* veya tercih ettiği herhangi bir diğer araç ile her çeşit bilgi ve fikirleri arama, bunlara ulaşma ve yayma özgürlüğünü içerir.
3. Bu maddenin 2. paragrafta belirtilen hakların uygulaması, beraberinde görev ve sorumlulukları getirir. Böylece bu hakların uygulaması, belirli sınırlamalara tabi olabilir; ancak bu sınırlamalar, kanunda yazılı olması ve:
 - (a) Başkalarının haklarına ve itibarlarına saygı göstermek için
 - (b) Ulusal güvenliğin veya kamu düzeninin veya kamu sağlığı veya ahlakının korunması için gerekli olması ile gerçekleşebilir.⁹

Nitekim AIHM, *Müller ve Diğerleri* kararında, sanatsal ifade özgürlüğünü, AIHS, madde 10’da yer alan ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirirken, MSHS, madde 19/II’ye atıf yapmıştır.¹⁰

⁸ **Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights**, DH(56) 15, 17 August 1956, s. 10-17 ([http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) (Çevirmiş:28.01.2018)); Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 450.

⁹ Vurgu eklenmiştir.

¹⁰ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

II. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Öznesi

AIHS, madde 10'da ifade özgürlüğünün öznesi olarak “herkes” ibaresi kullanılmıştır. AIHS sisteminde herkes ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabilir. Ancak “herkes” ifadesi sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi bakımından tek başına belirleyici değildir. Bununla birlikte “herkes” terimi, gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir.¹¹ Sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi bakımından üç kategori ortaya konabilir: i) sanatsal eserin sahibi veya sahipleri, ii) araçlar ve iii) muhataplar.

A. Sanat Eserinin Sahibi veya Sahipleri

Sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi konusunda, Alman Hukuku'nda uygulamada kabul edilen belirleme yerinde gözükmektedir. Buna göre, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, *Mephisto* Kararı'nda sanatsal ifade özgürlüğünün öznesini; bir yanda “eser alanı” (*Werkbereich*), diğer yanda “etki alanı” (*Wirkbereich*) olarak ikiye ayırarak belirlemiştir. Eser alanı bakımından, hakkın öznesi, kendi hissettiğini, öğrendiğini ve tecrübe ettiğini algılanabilir bir şekilde, herhangi bir aracı ile yansıtan yaratıcı bir süreçteki sanatsal çabayı gösteren kişi veya kişilerdir. Nitekim sanatsal eylem bilinçli veya bilinçsiz eylemleri de içerir. Eser alanı bakımından özne, sanat eserini meydana getiren kişidir.¹² Bu kişinin mutlak bir şekilde sanatçı olması veya sanatçı olarak anılması gerekmemektedir. Yaratıcılığını, kişiliğine nakşetmemiş olan, sanatçı olmayan kimseler de bir sanat eseri meydana getirebilir ve sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi olabilir.¹³

¹¹ **Autronic AG v. Switzerland**, Appl. No. 12726/87, Judgement of 22 May 1990, § 47.

¹² **BverfGE 30**, Order of First Division of 24 February 1971.

¹³ Bu yöndeki görüş için bkz. Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(2), 2011, pp.92-139, s. 112. Ersoy, çalışmasında sanatçı ibaresini kullansa da, sanatsal faaliyette bulunan herkesin sanatçı olarak değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Vesile Setenay Ersoy, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, (Danışman: Mehmet Semih Gemalmaz), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 36; Aslı Topukçu, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014/I, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan C.I, pp.561-590, s. 569-570. Kanımca bu kategoriyi sanatçı olarak belirlemek, karışıklıklara yol açabileceğinden yerinde değildir.

AİHM ise *Müller ve Diğerleri* kararında, sanat eserlerini yaratanları ve icra edenleri, açık bir şekilde sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi olarak dikkate almış ve bunların demokratik bir toplum için temel olan fikir ve düşüncelerin mübadelesine katkı yaptıklarını belirtmiştir.¹⁴

B. Aracılar

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sanatsal ifade özgürlüğünün, aynı zamanda eserin etki alanını koruduğunu ifade etmektedir. Buna göre bir sanat eserinin yaratılması kadar onun yayılması, gösterimi, yayınlanması ve kamuya arz edilmesi de önemlidir. Bu bakımdan etki alanıyla, sanatçı ile kamu arasında aracı olan kişiler de sanatsal ifade özgürlüğünün diğer bir öznesi olarak belirlenmektedir.¹⁵ Aracılar, edebi eserlerde yayıncılar, sinema eserlerinde yapımcılar, fonogram yapımcıları,¹⁶ müzik eserlerinde müzik yapımcıları, icracı sanatçılar olarak örneklendirilebilir.

Müller ve Diğerleri kararında, sanatsal ifade özgürlüğünün, özne bakımından araçları da kapsadığı görülmektedir. Daha önceden de bahsedildiği üzere, Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğünü, fikirlere ve bilgilere erişime ve bunların alışverişine dayanarak hakkın kapsamı içerisine dahil etmiştir.¹⁷ Bu durumda, eseri kamuyla buluşturan araçlar da sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi olarak değerlendirileceklerdir:

“Sanat eserlerini yaratan, icra eden, dağıtan veya sergileyen kişiler, demokratik bir toplumda asıl olan düşünce ve fikirlerin alış verişine katkıda

¹⁴ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 33.

¹⁵ **BverfGE 30**, Order of First Division of 24 February 1971; Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, s. 112-113; Ersoy, **a.g.t.**, s. 37-39.

¹⁶ **5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, madde 1/B/f**

Fonogram: Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin ve ya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı ... ifade eder.

¹⁷ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

bulunurlar. Bu nedenle Devletler, onların ifade özgürlüğüne gereksiz müdahale etmeme yükümü altındadırlar.”¹⁸

Nitekim Mahkeme, bu kararını, *Alınak* kararında¹⁹ yenileyerek, araçların da sanatsal ifade özgürlüğünden yararlanabileceğini pekiştirmiştir.

C. Muhataplar

Bunların yanı sıra sanatsal ifade özgürlüğünün diğer bir öznesi ise muhataplardır. Kamuya arz edilen bir sanat eserinden faydalanan diğer kesim, sanat eseriyle karşılaşan ve ondan manevi bir yarar elde eden muhataplardır.²⁰ Madde 10’da ifade özgürlüğü sadece bilginin açığa vurulmasını değil aynı zamanda kamunun bilgiye ulaşmasını korumaktadır.²¹ Nitekim AİHS madde 10/I’de şu ifade edilmektedir:

“[b]u hak, ülkelerin sınırlarına bağlı olmaksızın ve kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın fikir edinme ve bilgi ve düşüncelere ulaşma ve onları açığa vurma özgürlüğünü içerir.”

Burada kişinin fikir edinme ve bilgi ve düşüncelere ulaşma hakkı dolayısıyla, ona ifadelerin içeriğinden yararlanma imkanı sunulmaktadır. Bu bakımdan sanat eserinin muhatapları da sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi olarak ortaya çıkmaktadır. AİHK, muhatapların sanatsal ifade özgürlüğüne özne olabileceklerini kabul etmiştir. *Özkan* vakasında, TRT-1 tarafından umuma arz edilen ve Nazi saldırısı sırasında yetim kalan bir kızla fakir bir çiftçi çocuğun arkadaşlığını anlatan “Yasak Oyunlar” (*Les Jeux Interdits*) isimli film, gösterime devam ederken, Hristiyanlık propogandası yapıldığına yönelik tehditlerden dolayı son 18 dakikası gösterilmeden ve herhangi bir açıklama yapılmadan filmle ilgili yayın durdurulmuştur. Bir izleyici olan başvuru, filmin yayınına devam edilmediği için ifade özgürlüğüne herhangi bir geçerli sebep ileri sürmeden müdahale edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, bir filmi izleme veya

¹⁸ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 33.

¹⁹ **Alınak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgment of 29 March 2005, § 42.

²⁰ Bu yönde bkz. Ersoy, **a.g.t.**, s. 39.

²¹ **The Observer and Guardian v. the United Kingdom**, Appl. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991, § 59; **Guerra and Others v. Italy**, Appl. No. 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998, § 53. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 456.

gösterme biçimindeki sanatsal ifadenin, ifade özgürlüğüne ve özellikle de bilgi ve fikirlerin mübadelesi kavramına dahil olduğunu dile getirmiştir. Bununla beraber Komisyon, filmi izlemek için sinemalar, video kasetler ve özel televizyon kanalları gibi yeterli alternatif kaynak bulunduğundan dolayı başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabuledilemezlik kararı vermiştir.²² Bu bakımdan Strasbourg organlarının içtihatlarıyla da muhatapların sanatsal ifade özgürlüğünün öznelerinden birisi olduğu görülmektedir.

III. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Konusu

Mahkeme'nin, madde 10 bakımından değerlendirme yapabilmesi için devletin madde 10'a bir müdahalesinin bulunduğunu tespit etmesi gerekir. Bu bakımdan ifade özgürlüğünün konularında bir müdahale gerçekleştirilmişse, vaka madde 10 bakımından değerlendirilecektir. Mahkeme, birincisi madde 10'un maddi muhtevasına dayanarak (içeriden), ikincisi madde 10'un muhtevasına dayanmadan (dışarıdan) olmak üzere iki yaklaşım benimseyerek kabul edilemezlik kararı vermektedir. Birinci olarak, Mahkeme, madde 10'a atıf yaparak, dolayısıyla içsel bir yaklaşımla kabul edilemezlik kararı verebilir. İkinci olarak, Mahkeme, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılmasını ifade eden madde 17'ye atıfla, yani dışsal bir yaklaşımla kabul edilemezlik kararı verebilir.²³

Birinci yaklaşımda, Mahkeme, madde 10'un maddi muhtevasına yönelik bir inceleme yaparak bu maddenin önündeki vakaya uygulanıp uygulanamayacağını belirler. İkinci yaklaşımda ise, Mahkeme, kullanılan AİHS madde 17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılmasına kapsamı girip girmeyeceğini incelemektedir. Kullanılan ifadenin, hakkın kötüye kullanılması kapsamı içerisinde değerlendirilmesi durumunda, söz konusu ifade Sözleşme tarafından korunmadığından Mahkeme kabul edilemezlik kararı verecektir.

²² **Özkan v. Turkey**, Appl. No. 23886/94, Decision of 05 April 1995.

²³ James Joseph Greaves Lowe, "Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights", The University of Edinburgh, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 103.

A. İfade ve Sanat

Devletin bir müdahalesinde, sanatsal ifade özgürlüğünün gündeme gelebilmesi için bu müdahalenin sanatsal ifade özgürlüğünün kapsadığı alanlara yönelmesi gerekmektedir. Burada öncelikle ‘ifade’yi incelemek gerekir. İfade özgürlüğü, ifadeyi konu almaktadır. Ancak her tür ifadenin, ifade özgürlüğü hakkının kapsamına girip girmediği incelenmelidir. Bu bakımdan icrai söz edimleri ve ifade-eylem dualizminin ele alınması gereklidir.

Bazı tip ifadeler, söz edimleriyle gerçekleştirilmesi istenen sonuç arasında doğrudan ve açık bir bağlantı kurmaktadır.²⁴ İcrai söz edimleri, ifade edilmeleri ile birlikte dış dünyada bir sonuç doğuran söz edimleridir. Konuşmacı, ifadesini gerçekleştirdiği anda silsile halinde oluşan bir eylem meydana geldiğinde icrai söz edimlerinden bahsedilebilmektedir. Bu bağlamda ifadeler aslında bir eylemin icrasından ibaret olmaktadır. “*Altı peniye bahse girerim ki yarın yağmur yağacak*” veya “*bu geminin adını ‘Queen Elizabeth’ koyuyorum*” ya da “*sizi karı-koca ilan ediyorum*” cümleleri icrai bir söz edimidir. Bu cümleler, ifade edilmeleri ile birlikte dış dünyada bir sonuç doğuracaktır.²⁵ Bu bakımdan hukuk düzeninin korumadığı bir sonucu/eylemi meydana getiren icrai söz edimleri, ifade özgürlüğü hakkının kapsamından hariç tutulmaktadır. Bu durumda devletin müdahalesi doğrudan ifadeye değil onun direkt olarak meydana getirdiği eyleme yöneliktir.²⁶

Bunların yanı sıra ifade sadece konuşmayı veya yazılı ifadeleri değil, aynı zamanda belirli eylemleri de kapsamaktadır. Bu açıdan, gamalı haç takma, bayrak yakma gibi eylemler bir ifade oluşturabilir. AİHM, takılan veya gösterilen sembollerin madde 10’da belirtilen ifade özgürlüğü kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Mahkeme, önüne gelen olayda, uluslararası işçiler hareketini sembolize eden kırmızı yıldızın kamusal alanda takılmasını, siyasal görüş ifade etmenin bir yolu olarak kabul edilmesi gerektiğini ve kıyafetlere ilintili bu tür sembollerin

²⁴ Kemal Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 339.

²⁵ Gillian Brown, George Yule, *Discourse Analysis*, New York, Cambridge University Press, 1983, s. 231-232; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 339-340.

²⁶ Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 340-341.

Sözleşme madde 10'un kapsamına girdiğini kabul etmiştir.²⁷ Mahkeme benzer şekilde, bir siyasi hareket veya kuruluşla bağlantılı, bayrak gibi bir sembolün teşhir edilmesinin düşüncelerle özdeşleşmiş olduğuna veya düşünceleri temsil edebileceğine ve madde 10 tarafından güvence altına alınan ifadenin kapsamına girdiğine hükmetmiştir.²⁸ Mahkeme, tilki avını protesto etmek için av borusu çalınmasını, kanaat/görüş ifadesi olarak değerlendirerek ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde olduğunu dile getirmiştir.²⁹ Aynı şekilde Birleşik Krallık Hükümetinin Trident nükleer denizaltı politikasını eleştirmek için, kamuya açık bir yolu diğer protestocular ile birlikte kapatmasına karşılık başvurusunun gözaltına alınmasını, hem madde 11'in hem de madde 10'un kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğü bakımından değerlendirmesini yaparken, başvurusunun söz konusu eyleminin bir kanaat/görüş ifadesi olduğunu dile getirmiştir.³⁰ Mahkeme, Macaristan Parlamentosu'nun bahçesinin demirlerine, ulusun kirli çamaşırlarını temsil eden kirli çamaşırlar asılmasını, bir ifade formu olarak değerlendirerek, madde 10'un kapsamı içerisinde değerlendirmiştir.³¹ Mahkeme, görüşlerin bir sanat eseri vasıtasıyla ifade edilebilmesinden ayrı olarak davranışlarla da ifade edilebileceğini belirtmiştir.³²

Murat Vural vakasında, başvurusunun, Atatürk büstlerine boya dökmesini bir ifade formu olarak değerlendirmiştir. Buna göre Mahkeme, bir eylemin madde 10'un kapsamına girip girmediğine karar verirken, i) özellikle objektif bakış açısından görülen ifadesel niteliği olmak üzere eylemin niteliğini ve ii) eylemi icra eden kişinin amacı veya niyetini dikkate almaktadır. Mahkeme, söz konusu eylemin ifadesel bir eylem olduğunu ve başvurusunun bu eylemini, ülkeyi Kemalist ideolojiyle yönetenlere ve Kemalist ideolojiye karşı memnuniyetsizliğini ifade etmek amacıyla

²⁷ **Vajnai v. Hungary**, Appl. No. 33629/06, Judgement of 08 July 2008, § 6, 47.

²⁸ **Fáber v. Hungary**, Appl. No. 40721/08, Judgement of 24 October 2012, § 36

²⁹ **Hashman and Harrup v. the United Kingdom**, Appl. No. 25594/94, Judgement of 25 November 1999, § 28.

³⁰ **Lucas v. the United Kingdom**, Appl. No. 39013/02, Decision of 18 March 2003.

³¹ **Tatár and Fáber v. Hungary**, Appl. No. 26005/08 and 26160/08, Judgement of 12 June 2016, § 30, 36.

³² **Mătăşaru v. the Republic of Moldova**, Appl. No. 69714/16; 71685/16, Judgement of 15 January 2019, § 29.

gerçekleştirdiği belirtmiştir. Bu bakımdan söz konusu eylem madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamı içerisindedir.³³ Karardan da anlaşıldığı üzere Mahkeme, eylemin bir ifade teşkil edebilmesi için yukarıdaki ikili kriteri uygulamaktadır.

Sanatsal ifade özgürlüğünün diğer konusu sanat kısmına da eğilmek gerekir. Bu bapta incelenecek husus sanat eserleridir. Ancak sanatsal ifade özgürlüğünün konusunun, sanat eseri olarak belirlenmesi, bir açıklayıcılığa sahip değildir. Neyin sanat eseri olup neyin sanat eseri olmadığının genel-geçer belirsizliği, özgürlüğün konusunun içini de boşaltmaktadır.

Kanımca, sanatsal ifade özgürlüğünün konusu, potansiyel belirlemelerle ortaya konmalıdır. Diğer bir deyişle, herhangi bir şekilde basılan, yayılan, sergilenen eserlere yönelik olan devletin müdahalesi, olası bir şekilde sanatsal ifade özgürlüğünü gündeme getirmelidir. Bu bakımdan da her eser için yapılan yargılamalarda sanatsal ifade özgürlüğü söz konusu olabilir. Bu bakımdan eser, sanatsal ifade özgürlüğünün olası bir şekilde konusunu oluşturmaktadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararlarında sanatsal ifadenin bu şekilde geniş yorumlandığı görülmektedir. *Welsh ve Silva Canha* vakasında,³⁴ bölgesel hükümet başkan yardımcısı ile ilgili para skandalını ortaya çıkaran bir gazete makalesinin iki yazarı için mahkumiyet kararı verilip, para cezasına hükmedilmesini, Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğüne müdahale olarak nitelendirmiştir. Gazetecilerin hicvi yaklaşımı ile sanatsal ifade arasında bağlantı kuran Mahkeme, "bir sanatçının veya kendisini bu şekilde ifade eden bir kişinin hakkına ilişkin herhangi bir müdahalenin çok dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiğini" belirtmiştir.³⁵ AİHM, bu vakada sanatsal ifade özgürlüğünün konusunu, politik bir makaleyi içine alacak kadar genişletmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Mahkeme'nin müdahaleyi sanatsal ifade özgürlüğü bakımından

³³ **Murat Vural v. Turkey**, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21 October 2014, § 54.

³⁴ **Welsh and Silva Canha v. Portugal**, Appl. No. 16812/11, Judgment of 17 September 2013.

³⁵ **Welsh and Silva Canha v. Portugal**, Appl. No. 16812/11, Judgment of 17 September 2013, § 29. Eleni Polymenopoulou, "Does One Swallow Make a Spring?: Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, Vol. 16, 2016, pp.511-539, s. 536.

değerlendirirken hiciv ile bağlantı kurmasıdır. Böyle bir bağ olduğunda, devletin müdahalesinin sanatsal ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirileceği varsayılabilir.

Sanatsal ifade, sanatsal bir niteliğe sahip bir eserin ortaya koyduğu ifadeyi tanımlar. Bu bakımdan, sanatsal bir ifadenin mevcudiyetinin tespitinde öncelikle bir eserin varlığının tespiti gerekmektedir. Eser kavramının evrensel bir şekilde kabul gören bir tanımını oluşturmak çok mümkün gözükmemektedir. Bununla beraber eser kavramında bulunan bazı nitelikler dile getirilebilir. Eser kavramı, edebi ve sanatsal niteliğine bakılmaksızın, eser sahiplerinin bütün özgün eserlerini içinde barındırır. Eserde bulunan fikirlerin özgün olmasına gerek yoktur ancak bir eserden söz edebilmek için ifade formu, eser sahibinin özgün bir yaratımı olmak zorundadır.³⁶ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi³⁷ madde 2/I'de eser kavramına bir ölçüde ışık tutmaktadır:

““Edebiyat ve Sanat Eserleri” deyimi, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik-müzik eserleri; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonları, sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinematografik eserler; çizim, sulu ve yağlı boya resim, mimarlık, heykeltraşlık, oymacılık ve taş basma eserler, fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri; uygulamalı sanat eserleri; resimlendirmeler, haritalar, planlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler gibi bütün ürünleri içerecektir.”

Bu bakımdan “ifade formunun eser sahibinin özgün bir yaratımı” olma niteliği, sanatsal ifadenin mevcudiyetinin tespitinde bir başlangıç noktası olabilir.

Eserin bu olasılığını, kesin bir şekilde değiştirecek olan sanat kavramı ve onun ortaya koyduğu kriterlerdir. Bir eserin, sanat eseri olabilmesi için sanat kavramında ortaya konulan kriterleri barındırması gerekir. Şüphesiz ki bu kriterlerin bir eserde bulunduğunun tespitini sadece hukuk eğitimi almış olan bir hakimden

³⁶ World Intellectual Property Organization, **Understanding the Copyright and Related Rights**, Geneva, Wipo Publication, 2012, s. 6.

³⁷ Paris Belgesi 24 Temmuz 1971, 2 Ekim 1979 tarihlerinde tadil edilmiştir.

beklemek zordur. Bu yüzden böyle bir durumda ulusal mahkemeler bakımından, bilirkişi heyetleri ile veya dava açılması sırasında oluşturulan kurulun incelemesiyle, eserin, sanat eseri olup olmadığı ortaya konmalıdır. AİHM düzeyinde ise sanatsal ifade özgürlüğü teşkil edebilecek bir eserin yargılaması söz konusu olduğunda, hükümet-dışı örgütlerin davaya müdahil olması ve eser ile ilgili raporların sunulmasının, eserin sanatsallığının belirlenmesinde önem teşkil edeceği kanaatindeyim.

B. Tartışmalı İfadeler

Sanatsal ifade özgürlüğünün konusu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, ifade özgürlüğünün kapsamına girmeyen ifadelerdir. Herhangi bir ifade türünün, ifade özgürlüğünün kapsamının dışında bırakılması, o ifade türü için ifade özgürlüğünün korumasının söz konusu olmamasını doğurmaktadır. Bu bakımdan kapsam dışında kalan ifadelerin belirlenmesi önemlidir. Bu bağlamda, nefret söylemi (*hate speech*), hakaret, gerçeğe aykırı soykırım söylemleri (revizyonist söylem), şiddete tahrik eden söylemler ve müstehcenlik (*obscenity*) içeren ifadelerin, ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde bulunmadığı ifade edilmektedir.³⁸ Mahkeme sıklıkla nefret söylemini içeren ifadeler bakımından madde 17’de belirtilen hakkın kötüye kullanılması yasağını uygulayarak kabuledilemez bulmaktadır.³⁹ Bununla birlikte AİHM, ifade özgürlüğünün kapsamının tamamen

³⁸ AİHM’in madde 17 bağlamında değerlendirdiği ifadeler için bkz. **Pavel Ivanov v. Russia**, Appl. No. 35222/04, Judgement of 20 February 2007, § 1. David Harris, Michael O’Boyle, Colin Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 461-467; Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 139.

³⁹ Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 479. Kararlar için bkz. **J. Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands**, Appl. No. 8348/78; 8406/78, Decision of 11 October 1979; **Marais v. France**, Appl. No. 31159/96, Decision of 24 June 1996; **Lehideux and Isorni, v. France**, Appl. No. 55/1997/839/1045, Judgement of 23 September 1998, § 47.

dışında bırakılmayı gerektirecek kadar ağır bir niteliğe sahip olmayan vakalarda,⁴⁰ usul denetimini geçerek esastan incelemeyi yapmıştır.⁴¹

Revizyonist söylem bakımından sanatsal ifade özgürlüğünün doğrudan gündeme geldiği *M'Bala M'Bala* vakası söz konusudur. Bu başvuruda, sahne adı Dieudonné olan başvuru, bir komedyendir. Ayrıca kendisi siyasal etkinliklerde bulunmuş, Avrupa Parlamentosu seçimlerine 2004 ve 2009 tarihlerinde aday olmuştur. Başvuru sahne aldığı Paris'teki Zenith gösterisinin sonunda Robert Faurisson'ı davet etmiştir. Faurisson, revizyonist görüşlerinden ve özellikle Nazi toplama kamplarında gaz odalarının varlığını reddetmesinden dolayı Fransa'da birçok kez hüküm giymiştir. 2007'de bu reddinden dolayı insanlığa karşı suçtan hüküm giymiştir. Başvuru, Faurisson'a "rezillik ve yüzüzlük ödülü" vermesi için Davud yıldızı işlenmiş çizgili pijama giyen bir oyuncuyu çağırmıştır. Bu eylemler, Zenith'te yapılan propagandaların anti-semitist olduğu yönünde eleştiri yapılmasından dolayı başvurunun ortaya koyduğu ironik bir performanstır. Mahkeme bu vakada öncelikle, madde 10'un korumasının, bir sanatsal ifade özgürlüğü unsuru olan ve içinde gerçeğin abartılması ve çarpıtılmasını barındıran hicive uygulanacağını belirtmiştir. Bununla beraber Mahkeme, madde 17'deki hakkın kötüye kullanılması maddesine atıf yaparak, ifade özgürlüğünün, Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan ifadeler bakımından sınırlı olduğunu dile getirmiştir.⁴² Mahkeme, söz konusu rencide edici skecin bir miting halini aldığını ve eğlence formunu kaybettiğini dile getirmiştir. Bu bapta, koşullar bir bütün halinde dikkate alındığında, başvurunun, kendisini hiciv, mizah ve kışkırtma ile ifade etmeye yetkili bir sanatçı olduğunu iddia edemeyeceği ifade edilmiştir. Mahkeme, bu skecin nefret, anti-semitizm ve Soykırımı inkarı destekleme gösterisi olduğunu belirtmiş ve bunun sanatsal bir yapım kılıfına girdiğini dile getirmiştir. AİHM, başvuruya konu eylemlerin içeriği, genel tonu ve

⁴⁰ **Soulas and Others v. France**, Appl. No. 15948/03, Judgement of 10 July 2008, § 48; **Féret v. Belgium**, Appl. No. 15615/07, Judgement of 16 July 2009, § 52.

⁴¹ Atagün Mert Kejanlıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü", (Danışman: Demirhan Burak Çelik), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 72.

⁴² **M'Bala M'Bala v. France**, 25239/13, Decision of 20 October 2015, § 30-32.

nihayetinde amacı bakımından revizyonist ve anti-semitist bir karaktere sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, başvurucunun ifade özgürlüğünü, Sözleşme'nin metnine ve ruhuna aykırı olarak kullandığı ve Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin yok edilmesine katkıda bulunduğu nu dile getirilmiştir. Mahheme, madde 17'ye atıf yaparak başvuruyu konu bakımından kabuledilemez bulmuştur.⁴³

Özellikle müstehcen ifadenin, ifade özgürlüğünün korumasından dışlanması, sanatsal ifade özgürlüğünü ilgilendiren bir husustur. Zira sanat eserlerine yapılan herhangi bir müdahalede, çoğunlukla devlet tarafından, kamu ahlakı meşru amacına dayanılarak eserin müstehcen olduğu ileri sürülmektedir. Müstehcenliğin, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına koşut bir şekilde, AİHM tarafından da kapsam dışarısında tutulduğu ifade edilmektedir. Nitekim AİHM, *Rujak* kabul edilebilirlik kararında, müstehcen ifadenin, fikirlerin ifadesinde esas bir rolünün olmadığını, sadece hakaret amacını taşıyan saldırgan ifadelerin, ifade özgürlüğünün korumasının dışında olduğunu belirterek, konu bakımından yetkinin gerçekleşmediğinden bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁴⁴ Bununla beraber Janis v.d., müstehcenlik söz konusu olduğunda ilk bakışta/*prima facie* bir korumanın söz konusu olacağını ancak müstehcen olarak belirtilen ifadeye yapılan müdahalenin her zaman zorunlu sosyal ihtiyaç baskısıyla haklılaştırılabileceğini ifade etmiştir.⁴⁵ Davis ise, madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün, müstehcen ifadelere küçük bir koruma sağlayacağını ifade etmektedir.⁴⁶ Burada aslında müstehcen ifadelere, iki yaklaşım görülmektedir. Bir taraf, müstehcen ifadeyi doğrudan kapsamın dışına iterken, diğer taraf sadece bu ifadeye korumanın daraldığını ifade etmektedir.

⁴³ **M'Bala M'Bala v. France**, 25239/13, Decision of 20 October 2015, § 39-42.

⁴⁴ **Rujak v. Croatia**, Appl. No. 57942/10, Decision of 2 October 2012, § 29. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 456.

⁴⁵ Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, **European Human Rights Law: Text and Materials**, 3.Baskı, New York, Oxford University Press, 2008, s. 301.

⁴⁶ Howard Davis, **Human Rights Law**, 3.Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 370.

Değer yargılarının toplumdan topluma farklılaşması, müstehcenlik ile sanat arasındaki ayrımı zorlaştırmaktadır.⁴⁷ Hatta aynı toplum içerisinde farklı ahlaki kodların bulunması, değer yargılarını tekilleştirmekten uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla bu ayrımı ortaya koymak daha da zorlaşmaktadır. Bu ayrımın zorluğu yüzünden, bireyin hak kaybına uğramaması adına, müstehcen ifadelerin kapsamdan dışlanması yerine, bu konuda korumanın daraltılması bireyin korunması bakımından daha yararlı olacaktır.

Bu bağlamda, güncel meselelerden birisi, pornografinin sanat kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Pornografinin yasaklanması iki sebepten birisine dayanmaktadır. Öncelikle pornografi, kendinden kötü olarak düşünülebilir. Bu durumda, pornografinin kullanılması, utanç olarak nitelenmekte ve pornografinin oluşumuna katılanlar kötülenmektedir. İkinci olarak, pornografinin, araçsal olarak kötü olduğu düşünülebilir. Özellikle, kadının, erkeğin aşağısında tutulması ve kadına şiddetin teşvik edilmesi bakımından pornografi, kötü olarak değerlendirilmektedir. Bu tezler, özellikle muhafazakarlar ve feministler tarafından savunulmaktadır.⁴⁸ Bazı yazarlar ise pornografiyi, fiziksel deneyimin ötesine geçmeyen, haberleşme etkisi bulunmayan bir eylem olarak tanımlayarak

⁴⁷ Ulaş Karan, **Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, İstanbul, Siyah Bant, 2013, s. 7-8.

⁴⁸ Paul Kearns, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 9. Feminist hukuk kuramcılarından olan Catharine MacKinnon ve Andrea Dworkin'in pornografiye itirazlarının derlemesi için bkz. Catharine A. MacKinnon, **Toward a Feminist Theory of the State**, Cambridge, Harvard University Press, 1989, s. 195-214; Andrea Dworkin, **Pornography: Men Possessing Women**, Toronto, Perigee Trade, 1981; Catharine MacKinnon, "The Roar on the Other Side of Silence", **In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings**, Ed. by Catharine A. MacKinnon, Andrea Dworkin, Cambridge, Harvard University Press, 1997, s. 3-24; Andrea Dworkin, "Suffering and Speech", **In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings**, Ed. by Catharine A. MacKinnon, Andrea Dworkin, Cambridge, Harvard University Press, 1997, s. 25-36; Amy Adler, "What's Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression", **California Law Review**, Vol. 84, No. 6, December 1996, pp.1499-1572, s. 1508-1540, 1546-1547; Beth Gaze, "Theories of Free Speech, Pornography and Sexual Equality", **Freedom of Communication**, Ed. by Tom Campell, Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, 1994, s. 131-150; Cass R. Sunstein, "Pornography and the First Amendment", **Duke Law Journal**, 1986, pp. 589-627, s. 591-602.

pornografinin bir ifade olmadığını belirtir ve dolayısıyla pornografiyi ifade özgürlüğünün kapsamından dışlar.⁴⁹

Yapılan bazı deneyler, pornografinin erkekleri cinsel şiddete karşı duyarsızlaştırdığını göstermiştir. Pornografiyi kullanan bir erkeğin, pornografiyi kullanmayan bir erkeğe göre tecavüze ve diğer biçimlerdeki cinsel şiddete daha fazla meyilli olduğu gözlemlenmiştir.⁵⁰ Buna ek olarak Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Avustralya ve İskandinav ülkelerinde, pornografinin serbestleştirilmesi ile birlikte rapor edilen tecavüz olayları artarken, pornografinin serbestleştirilmediği ülkelerde rapor edilen tecavüz olaylarında daha az bir artma gözlemlenmiştir. Bir sınırlamanın öngörüldüğü ülkelerde ise rapor edilen tecavüz vakalarının azaldığı ortaya çıkmıştır.⁵¹ Bunların yanı sıra cinsel şiddet mağdurlarının beyanlarında fail ile pornografi arasındaki bağ ortaya çıkmıştır. Polis raporlarında ortaya çıkan bu bağ, cinsel şiddet ile pornografi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır.⁵² Bütün bu hususlar pornografinin meydana getirdiği zararı ifade etmekte ve ifade özgürlüğü rejiminin dışına çıkarılması için bir gerekçe olarak sunulmaktadır. Ancak pornografinin zararına işaret eden bu delillerin, tek başlarına zarar ile pornografiyi birbirine bağlayan mutlak bağı ortaya koyamadığı ifade edilmektedir. Sunstein'e göre, pornografi ile cinsel şiddet arasındaki bağ, sigara ile

⁴⁹ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 243-256.

⁵⁰ Attorney General's Commission on Pornography, **Final Report: July 1986**, U.S. Department of Justice, Washington, s. 979, 1005; Dolf Zillmann, Jennings Bryant, "Pornography, Sexual Callousness, and the Trivialization of Rape", **Journal of Communication**, Autumn, 1982, pp.10-21, s. 10, 16-17; Edward Donnerstein, "Pornography: Its Effect on Violence Against Women", **Pornography and Sexual Aggression**, Ed. by Neil M. Malamuth, Edward Donnerstein, Orlando, Academic Press, 1984, s. 78; Neil N. Malamuth, "Rape Fantasies as a Function of Exposure to Violent Sexual Simuli", **Archives of Sexual Behavior**, Vol. 10, No.1, 1981, pp.33-47, s. 34-44; Sunstein, "Pornography and the First Amendment", s. 598.

⁵¹ John H. Court, "Sex and Violence: A Ripple Effect", **Pornography and Sexual Aggression**, Ed. by Neil M. Malamuth, Edward Donnerstein, Orlando, Academic Press, 1984, s. 157-167; Sunstein, "Pornography and the First Amendment", s. 599.

⁵² Cheryl A. Chapion, "Clinical Perspective on the Relationship between the Pornography and Sexual Violence", **Pornography: Social Science, Legal, and Clinical Perspectives**, Ed. by Edward Donnerstein, Cheryl A. Champion, Cass R. Sunstein, Cathrine A. MacKinnon, Law&Inequality: A Journal of Theory and Practice, Vol. 4, Issue 1, s. 23-27; Sunstein, "Pornography and the First Amendment", s. 600.

kanser arasındaki bağa benzemektedir.⁵³ Bu bakımdan, pornografinin ifade özgürlüğünün kapsamından tamamen dışlanması yerine belirli düzenlemelerle sınırlandırılması gereği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla pornografinin sanatsal ifade özgürlüğünün konusundan tamamen dışlanması yerinde değildir.

Özellikle nefret söylemi ve pornografiye savaş açan sol görüşlere karşı, Adler, bizzat AIDS aktivistlerinin ve homoseksüel aktivistlerin bu söylemleri/ifadeleri ve pornografiyi kullandığını ifade eder. İkinci Dünya Savaşı sırasında, pembe üçgen sembolü, Naziler tarafından eşcinsel yönelimi nedeniyle toplama kamplarındaki erkeklere verilmiştir. Günümüzde ise ayrımcı bir tutum simgeleyen bu sembol, farkındalığı ve serbestliği ifade etmektedir. Nitekim “İbne”/ (“*queer*”) kelimesi, bir nefretin ifadesi iken günümüzde homoseksüeller tarafından sahiplenilen bir ifadedir. Nitekim bu ibare militan bir gay aktivist topluluk olan “İbne Ulusu”nun (*Queer Nation*) adında yer almaktadır. Aynı şekilde “zenci”/ (“*nigger*”)⁵⁴ ifadesi, bir nefret ifadesi iken, günümüzde siyahiler tarafından kullanılmaktadır.⁵⁵ Bu bağlamda, Robert Mapplethorpe’un fotoğrafları akla gelebilir. Mapplethorpe’un itaat pozisyonunda deri giysiler içinde bağlı olan bir erkeğin fotoğraflaması veya bir adamın diz çöken bir adamın ağzına işediğini fotoğraflaması halihazırda kendisi de homoseksüel olan Mapplethorpe’un homoseksüelleri aşağılaması olarak değil homoseksüellere yapılan baskıların ve zulümlerin ifadesi olarak yorumlanmaktadır.⁵⁶ Mapplethorpe’un çektiği çıplak siyahilerin

⁵³ Sunstein, “Pornography and the First Amendment”, s. 600-601.

⁵⁴ Burada “*nigger*” kelimesi, Türkçe’de en yakın olarak “zenci” kelimesi ile karşılaşırsa da bu kelimelerin birbirine denk düşmediğini not etmek gerekir. Kavruk anlamını taşıyan “*nigger*” kelimesi, geçmişte siyahileri hor gören ve aşağılayan bir kavramdır. Zenci kelimesi ise etimolojik olarak “kara derili, Afrikalı” anlamını taşımaktadır. Bu bakımdan zenci kelimesi, *nigger* kelimesinin gerek tarihsel gerekse de anlamasal bağlamından kopmaktadır. Ancak çalışmada “*nigger*” kelimesini ifade etmek için “zenci” kelimesi kullanılacaktır. Kelimelerin etimolojik anlamları için bkz.

<https://www.etymonline.com/word/nigger> (Çevrimiçi: 08.01.2018).

<http://www.nisanyansozluk.com/?k=zenci> (Çevrimiçi: 08.01.2018).

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/zenci> (Çevrimiçi: 08.01.2018).

⁵⁵ Adler, “What’s Left?”, s. 1520-1521.

⁵⁶ Adler, “What’s Left?”, s. 1537-1538.

fotoğraflarının derlendiği “*The Black Book*”⁵⁷ eserinin halen nasıl yorumlanacağı konusunda tartışma bulunmaktadır. Bazıları bu eseri ırkçı olarak nitelendirirken, bazıları ise bilakis ırkçı karşıtı bir eser olarak nitelendirmektedir.⁵⁸ Steiner’a göre, Mapplethorpe’un fotoğrafları, hem insanın kendi içindeki şeytanı çıkardığı, hem de aşırı baskılamış olduğu bilinç-dışında bulunan sadomazoşist eğilimini dikkate almasını sağladığı için aslında güzeldir.⁵⁹ Nitekim 1992’de AIDS’ten ölen ve bir AIDS aktivisti olan David Wojnarowicz’in grafiti olarak yazılan “AIDS’le Savaş, Bir İbne Öldür”/ (“*Fight AIDS Kill a Queer*”)⁶⁰ sloganının fotoğrafını çekmesi, aslında bu sloganın korkunçluğunu ortaya koyan bir eserdir.⁶¹



Resim - 2.1: İbne İfadesinin Kullanımı⁶²

Adler, çoğu zaman sanat eserini meydana getirenin niyetinden ayrı olarak bu zararın meydana geldiğini ifade etmektedir. Sanat eserini meydana getiren kişi, böyle

⁵⁷ Bkz. Robert Mapplethorpe, **The Black Book**, Munich, Schirmer/Mosel Verlag GmbH, 2010.

⁵⁸ Adler, “What’s Left?”, s. 1543-1544.

⁵⁹ Wendy Steiner, *The Scandal of Pleasure: Art in an Age of Fundemantalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, s. 52-59; Murphy, “Freedom of Expression and the Arts”, s. 551-552.

⁶⁰ Slogan aslında yanlış bir şekilde “*Queer*” ibaresini kullanmıştır. Dolayısıyla resim aynı zamanda sloganın yazarının cahilliğini de ortaya koymaktadır. Bkz. David Wojnarowicz, “Post Cards from America: X-Rays from Hell”, **Witnesses: Against Our Vanishing**, Organized by Nan Goldin, Artists Space, November 16, 1989-January 6, 1990, s. 31; Adler, “What’s Left?”, s. 1523.

⁶¹ Adler, “What’s Left?”, s. 1523.

⁶² Resimler yazar tarafından, 30.06.2013 tarihinde İstiklal Caddesi’nde yapılan ‘Pride Yürüyüşü’nde çekilmiştir.

bir zarar verme niyetinde değilken bir zararın oluşabileceğini ifade eder ve bunun için bu kişilere uygulanan sansürün savunusunu eleştirir. Diğer yandan dilin ve ifadelerin kararsızlık karakteri diğer bir deyişle muğlaklığının, bu muğlaklığı taşıyan sanat eserleri için mutlak sansürünü engellemesi gereğini ortaya koyar.⁶³ Bu bakımdan gerek *prima facie* nefret söylemi olarak nitelenen ifadelerin gerekse de pornografinin ifade özgürlüğünün kapsamından dışlanmaması gerekir.

Kearns'e göre, pornografi, sanat ilkesini ihlal etmekten ziyade, sanatın içeriğini zenginleştirmektedir. Pornografi, geleneksel sanatın, güçlendirilmesi veya kabul edilmiş değerinin sorgulanması ya da kendi mevcudiyetinin parametreleri içerisinde çok güvenli bir şekilde bulunmayarak sınırını aşma konusundaki teşviki şeklinde kullanılabilir. Sanat eserinin erotik boyutu, erotik hisler uyandıran hitabet gibi sanatın estetik etkisinin alanını genişletmektedir.⁶⁴ Pornografinin tahriğinin abartıldığını ifade eden Kearns, sanat mekanizmasının iç dünyasında, sanatın estetiğinin bir parçası olarak türlerin ve düzeylerin pornografi tarafından yıkılabileceğini de dile getirmektedir. Nitekim ona göre, ancak bu bağlamda pornografi, saldırı ile eşdeğer olabilir ancak burada pornografi, sanatsal anlam ve bağlam içerisinde bir suç teşkil etmektedir. Yani Kearns'a göre buradaki saldırı gerçek dünyaya sızmamaktadır. Sanat, gerçekliğin bir benzeri olarak insana gerçekliği hissettirdiğinden ve insanda gerçekliği uyandırmasından dolayı, sanata imtiyazlar tanınmaktadır. Bu husus pornografi için de geçerlidir. Pornografi de gerçekliğin bir benzerini yansıttığından dolayı ona imtiyazlar tanınmalıdır.⁶⁵

Uzun bir zaman boyunca sanat eseri ile pornografik eser birbirinden ayrılmış ve pornografik eserin bir sanat eseri olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, pornografik olan bir eser, sanat eseri olamamaktadır.⁶⁶ Bu konuda öncelikle ikili bir ayırım yapmak mecburidir. Sanat felsefecileri genel olarak pornografi ile erotizmi birbirinden ayırmaktadır. Levinson, 'erotik sanatın' sadece tartışmalı, 'pornografik sanatın' ise çelişen bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Ona göre, pornografinin

⁶³ Adler, "What's Left?", s. 1560-1566, 1571-1572.

⁶⁴ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 11.

⁶⁵ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 11.

⁶⁶ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 9.

en büyük amacı seyircinin veya okuyucunun cinsel tatmini iken, erotik sanatın ise belirli bir düzeyde cinsel tatmin amacı bulunsa bile diğer önemli amaçları da kendi içeriğine dahil etmektedir. Erotik temsiller, cinsel dürtüyü (*sexual stimulation*) amaçlarken, pornografik temsiller, cinsel uyarılımı (*sexual arousal*) amaçlamaktadır. Burada cinsel dürtünün, cinsel düşünceler, hisler, hayaller veya arzular olarak anlaşılması gerekirken, cinsel uyarılım, cinsel tepki/meydana geliş için (sözgelimi izleyici erkeğin ereksiyonunu oluşturması için) ön şart olan psikolojik bir ifadedir. Dolayısıyla erotik sanat takdir edilirken, pornografi tüketilmektedir/kullanılmaktadır.⁶⁷ Bunların yanı sıra, erotik temsiller “şiddet içermeyen, aşağılayıcı olmayan ve rızaya dayalı cinsel aktivitenin sözel ya da görsel temsili olarak” tanımlanmaktadır. Pornografide ise şiddet ve aşağılama söz konusu olmaktadır.⁶⁸

Erotizm-pornografi ayrımıyla amaçlanan husus, pornografik temsillerin sanatın kapsamı dışında bırakılması, erotik temsillerin sanat kapsamı içerisinde değerlendirilmesidir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, pornografinin tamamen sanat alanından ayrı tutulması söz konusu değildir. Bununla beraber pornografinin tamamının da sanat olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Bu bapta, erotik temsiller ile pornografik temsiller arasında bir ayrımda bulunulması gereklidir. Erotik bir temsil, herhangi bir ek incelemeye gerek kalmadan sanatın kapsamına girerken, pornografik temsil için ayrıca bir inceleme yapmak gereklidir. Burada kanımca, pornografiyi de ikiye ayırmak gereklidir: i) pornografik sanat, ii) ‘*hard-core*’, ekstrem pornografi veyahut müstehcenlik.

Bu ayrımда pornografik sanat, sanat alanına dahil olurken, *hard-core* pornografi bu alana dahil olamamaktadır. Bu bakımdan *hard-core* pornografi diğer

⁶⁷ Jerrold Levinson, “Erotic Art and Pornographic Pictures”, **Philosophy and Literature**, Vol. 29, No.1, 2005, pp. 228-240, s. 229; Hans Maes, “Who Says Pornography Can’t Be Art?”, **Art and Pornography: Philosophical Essays**, Ed. by Hans Maes, Jerrold Levinson, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 32; James C. N. Paul, Murray L. Schwartz, **Federal Censorship**, New York, Free Press of Glencoe, 1961, s. 142; E. Louis Lankford, “Artistic Freedom: An Art World Paradox”, **The Journal of Aesthetic Education**, Vol. 24, No. 3, Autumn, 1990, pp. 15-28, s. 20.

⁶⁸ Melih Yürüşen, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. by Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 215

bir anlamda müstehcenlik olarak adlandırılır. *Hard-Core* pornografinin, pornografik sanattan ayrılmasında Amerikan Yüksek Mahkemesi üç kriter belirlemiştir:

1. “Çağdaş toplum standartlarını uygulayan ortalama bir kişinin” bütünüyle ele aldığı eseri, şehvi çıkara yaklaşım olarak değerlendirmesi.
2. Eserin açıkça saldırgan bir şekilde cinsel tavırları tasvir veya tarif etmesi
3. Eser, bütünüyle ele alındığında ciddi anlamda edebi, sanatsal, siyasal veya bilimsel değerinden yoksun olması.⁶⁹

Bu kriterlerle pornografik sanat ile hard-core pornografi arasına bir sınır çizilebilir. Özellikle uç derecedeki seks eylemleri, mastürbasyon, sadomazoşizm, vahşilik, hayvanlarla cinsel ilişki, boşaltım fonksiyonu, genital organların gayri ahlaki gösterimi, açıkça saldırgan bir şekilde cinsel tavırların tasvir veya tarifi olarak nitelendirilmiştir.⁷⁰ Diğer kriterler de söz konusu olduğunda, bir eser müstehcen olarak değerlendirilebilir. Burada diğer kriterler bakımından yapılan değerlendirmelerin bütüncül ve sanatsal içerikte olması gerekir. Bu değerlendirmenin sonucunda diğer kriterler de olumlanırsa, eser müstehcen olarak nitelenebilir.

Sanat, hiçbir zaman müstehcen olamaz. Bir sanat eseri, kendi doğru estetik bağlamında değerlendirildiğinde asla müstehcen olarak değerlendirilemez.⁷¹

AİHM ise pornografi konusunda ketum tutumunu sürdürmektedir. *Perrin* vakasında, ücret karşılığı üye olunarak görüntülenebilen bir pornografik web siteye sahip olan başvurucunun, bundan dolayı 30 aylık hapis cezası mahkumiyetine hükmedilmesine karşılık Mahkeme, başvuru konusu ifadenin kamusal bir menfaati ilgilendiren bir kamusal tartışmaya katkı sağlamadığını ve sanatsal bir niteliğinin bulunmadığını belirtmiş ve bu ifadenin tamamıyla bir ticari ifade olduğunu dile getirmiştir.⁷² Bu bakımdan, AİHM’in pornografiyi sanatsal ifade özgürlüğünün

⁶⁹ **Roth v. United States**, 354 U.S. 476 (1957), karara ulaşmak için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html> (Çevirmici: 21.10.2017); **Miller v. California**, 413 U.S. 15 (1973) Mahkemenin daha sonraki verdiği bu karara ulaşmak için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html> (Çevirmici: 21.10.2017).

⁷⁰ H. Robert Showers, “Pornography Harms Society”, **Pornography: Opposing Viewpoints**, Ed. by Helen Cothran, San Diego, Greenhaven Press, 2002, s. 23-24

⁷¹ Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 11, dipnot 17.

⁷² **Perrin v. the United Kingdom**, Appl. No. 5446/03, Decision of 18 October 2005, D(2).

konusundan kategorik olarak dışladığı sonucuna varılabilir. Bununla beraber, V.D. ve C.G. kararından anlaşıldığı üzere, Mahkeme'nin pornografi bakımından henüz herhangi bir formül oluşturmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu vakada “*Baise-moi*”⁷³ adlı filmin senaristleri ve yönetmenleri olan başvuruçular, filmin sınıflandırılması ile ilgili olarak AİHM’e başvurmuşlardır. Mahkeme, esas olarak şiddet ve açık seks sahnelerinden oluşan söz konusu filmi sanatsal ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmiştir.⁷⁴ Bu kararında Mahkeme herhangi bir müstehcenlik ve pornografi tartışmasına girmeden zımni olarak pornografiyi sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde görmüştür. Bu iki zıt yöndeki kararlara bakıldığında Mahkeme'nin henüz pornografi bakımından bir kategorilendirmeye gitmediği görülmektedir.

C. Sanatsal İfade İçin Aranacak Kriter

Yukarıda da açıkça görüldüğü üzere AİHM'in söz konusu bir ifadenin sanatsal ifade olup olmadığını belirlerken ortaya koyduğu belirli ve açık bir kriter yoktur. Mahkeme'nin şu ana kadar olan kararlarında, grafitiyi,⁷⁵ resmi,⁷⁶ heykeli,⁷⁷ filmi/videoyu,⁷⁸ şiiri,⁷⁹ romanı,⁸⁰ tiyatroyu,⁸¹ karikatürü⁸² ve gösteriyi/performans sanatını⁸³ sanatsal ifade içerisinde değerlendirdiği görülmektedir.

⁷³ Argo bir kelime olan “*Baise-moi*”, en hafif tabirle “Becer Beni” olarak tercüme edilebilir.

⁷⁴ **V.D. and C.G. v. France**, Appl. No. 68238/01, Decision of 22 June 2006, B(1)(b).

⁷⁵ **N. v. Switzerland**, Appl. No. 9870/82, Decision of 13 October 1983.

⁷⁶ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988; **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007; **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016.

⁷⁷ **S. and G. v. the United Kingdom**, Appl. No. 17634/91, Decision of 02 September 1991.

⁷⁸ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgment of 20 September 1994; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996; **V.D. and C.G. v. France**, Appl. No. 68238/01, Decision of 22 June 2006.

⁷⁹ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999.

⁸⁰ **Ahnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005; **İ.A. v. Turkey**, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 September 2005; **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010; **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007.

⁸¹ **Kar and Others v. Turkey**, Appl. No. 58756/00, Judgement of 3 May 2007; **Ulusoy and Others v. Turkey**, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007.

AİHM'in içtihatlarına bakıldığında, sanatsal ifade olarak ileri sürülen ifadeler bakımından başvuru ile Taraf Devletler arasında ifadenin sanatsal niteliği açısından bir tartışmanın bulunmadığı görülmektedir. Bu bakımdan AİHM'in ifadenin sanatsal niteliği bakımından açık bir kriter belirlemesi söz konusu olmamıştır. Bununla beraber *Rujak* vakasında Mahkeme, cinsel hareketlerin ifadesinin ve müstehcen ifadenin, düşüncelerin ifadesinde temel bir rolünün bulunmadığını dile getirmiştir.⁸⁴ Bu bakımdan, Mahkeme nezdinde bir ifadenin müstehcen olması onu sanatsal ifadenin kapsamından çıkarmaktadır.

Bununla beraber müstehcenlik iddialarının ileri sürüldüğü *Müller ve Diğerleri*, *Kaos GL* ve *Akdaş* vakalarında Mahkeme, konu bakımından yetkisizlik kararı vermemiş, sanatsal ifadenin bulunduğu hükmetmiştir.⁸⁵ *Wingrove* kararında da konu bakımından yetkisizlik kararı vermese de Mahkeme, sanatsal ifade terimini kullanmaktan çekinmiştir.⁸⁶ Bu bakımdan, kanımca AİHM, bir ifadeyi müstehcen olarak kabul etse bile sanatsal ifadeden doğrudan dışlamamakta, müstehcen ifadeler arasında bir derecelendirme yapmaktadır. *Müller ve Diğerleri*, *Kaos GL* ve *Akdaş* vakalarında sanatsal ifade teriminden kaçınmazken, *Wingrove* kararında bu terimin izine rastlanmamaktadır.

Aslında AİHM'in sanatsal ifadenin mevcut olup olmadığına ilişkin belirlemiş olduğu tek kriterin *Müller ve Diğerleri* kararında belirtildiğini ifade etmek gerekir:

“Sanatsal ifade özgürlüğü hakkında Komisyon, bu özgürlüğün kullanımının demokratik bir toplumda asli bir öneme sahip olduğu görüşündedir. Bir yandan sanatsal yaratım özgürlüğünün, öte yandan sanat eserlerini yayma özgürlüğünün ciddi kısıtlamalara demokratik olmayan toplumlarda tabi

⁸² **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008; **Kuliš and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009.

⁸³ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018; **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018.

⁸⁴ **Rujak v. Croatia**, Appl. No. 57942/10, Decision of 2 October 2012, § 29.

⁸⁵ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988; **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016; **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010.

⁸⁶ **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996.

olduğu da sabittir. Sanatçı, yaratma faaliyetiyle, sadece kişisel dünya görüşünü değil, içinde yaşadığı toplum hakkındaki fikirlerini de ifade eder. Sanatsal ifade kamuoyunun sadece oluşumuna değil, ifadesine de bu kapsamda katkıda bulunur. Ayrıca sanatsal ifade, halkı çağının önemli sorunlarıyla da yüzleştirebilir.”⁸⁷

“Madde 10, sanatsal ifade özgürlüğünün kendi alanı içerisinde olduğunu açıkça belirtmez ve fakat diğer yandan çeşitli ifade formları arasında ayrım da yapmaz... Madde 10, bilhassa bilgi ve düşüncelere ulaşma ve onları açığa vurma özgürlüğü içerisinde, her çeşit kültürel, siyasal, ve sosyal düşünce ve bilginin kamusal mübadelesinde yer alma fırsatı tanıyan sanatsal ifade özgürlüğünü içerir.”⁸⁸

Sözleşme organlarının *Müller ve Diğerleri* vakasında ortaya koydukları içtihatları açık bir şekilde göstermektedir ki AİHS sistemi içerisinde sanatsal ifade temel olarak toplumsal boyutu ile dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan bir ifadenin sanatsal niteliği ancak onun, düşüncelerin ve bilgilerin kamusal mübadelesine olanak tanıdığı nisbette AİHM bakımından mevcut kabul edilecektir. Mahkeme *Müller ve Diğerleri* kararından sonraki sanatsal ifade özgürlüğünü konu alan kararlarında sürekli olarak yukarıdaki içtihadına atıf yapması ve fakat başka herhangi bir kriter belirlememesi, sanatsal ifade için aranan kriterin ‘*düşüncelerin ve bilgilerin kamusal mübadelesine elverişli olması*’ olduğunu ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Mahkeme, önüne gelen bir vakada sanatsal bir ifadenin bulunup bulunmadığı konusunda kendisini tarafların beyanları ile bağlı kılmış ve kendiliğinden belirlemelerde bulunmamıştır. Bu husus *Müller ve Diğerleri* vakasından incelenebilir. Başvurucunun el konulan resimler bakımından sanatsal ifade özgürlüğünü ileri sürmesi Mahkeme’nin verdiği kararda anlaşılmassa da, Komisyon’un yaptığı kabul edilebilirlik incelemesinde açıkça anlaşılmaktadır. Kabul edilebilirlik incelemesinde başvuru sanat özgürlüğü konusunda,

⁸⁷ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 70’dan aktaran Kejanlioğlu, **a.g.t.**, s. 31.

⁸⁸ Bkz. **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

müstehcenliğin tanımının olmadığını ileri sürmüştür.⁸⁹ Davalı Devlet ise resimlerin sanat eseri niteliğine yönelik herhangi bir itirazda bulunmamış⁹⁰ ve hatta sanatsal ifadenin bulunduğunu kabul etmiştir.⁹¹ Aynı şekilde *Otto-Preminger Institut* vakasında, başvuru filmin sanatsal niteliğine vurgu yapmıştır ve Hükümet buna itirazda bulunmamıştır.⁹² Nitekim daha sonradan Mahkeme sanatsal ifadeyi konu alan vakalarda *Wingrove* kararına atıf yapsa da bu kararda, yargılamaya konu filmin sanatsal bir ifade olduğunu belirtmemiştir. Bunun temel sebebi ise başvuru tarafından filmin sanatsal ifade teşkil ettiğinin herhangi bir aşamada ileri sürülmemesidir.⁹³

Vereinigung Bildender Künstler vakası bu bakımdan bir istisna teşkil edebilir. Bu vakada Hükümet, ifade özgürlüğünün yalnızca siyasal ve kültürel meselelerin kamusal müzakeresine eserleriyle katkıda bulunan sanatçıları koruduğunu ve yargılamaya konu resmin böyle bir katkı sunmasının zor olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru ise resmin, başvuru, katılımcılar ve kamu arasındaki meselenin müzakeresine katkı sunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu karşı argümanlar karşısında, ‘*düşüncelerin ve bilgilerin kamusal mübadelesine elverişli olması*’ kriterini ifade ederek incelemeyi sanatsal ifade üzerinden gerçekleştirmiştir.⁹⁴ *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* vakasında tarafların sanatsal ifadeye yönelik

⁸⁹ **Müller v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Decision of 06.12.1985.

⁹⁰ Bkz. **Müller v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Decision of 06.12.1985; **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988.

⁹¹ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 48.

⁹² Bkz. **P. Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Decision of 12 April 1991; **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgment of 20 September 1994.

⁹³ Bkz. **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Decision of 08 March 1994; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Commission Report of 10 January 1995; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996. *Wingrove* kararı ile aynı kaderi paylaşan diğer kararlar için bkz. **İ.A. v. Turkey**, Appl. No. 42571/98, Judgment of 13 September 2005; **Kuliś and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgment of 6 October 2009.

⁹⁴ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgment of 25 January 2007, § 22-27.

bir talebi olmasa da Mahkeme, bir romanın söz konusu olması dolayısıyla kendiliğinden ifadeleri sanatsal ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirmiştir.⁹⁵

Akdaş kararında yargılamaya konu ifadenin sanat eseri olup olmadığı hususunda taraflar arasında gizli bir uyuşmazlık vardır. Bu vakada Taraf Devlet, “On Bir Bin Kırbaç” isimli kitabın yayınevinin editörü olan başvurucuya mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 726. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu uygulamıştır. Nitekim bu maddede 30.07.2013 ile yapılan değişiklikle “bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır” hükmü eklenmiştir. Buna rağmen, başvurucu hakkındaki karar kesinleşmeden bu hüküm uygulanmamıştır. Dolayısıyla burada ulusal makamlar tarafından, söz konusu kitabın bir sanat eseri olarak değerlendirilmemesi söz konusudur. Bununla birlikte, AİHM yargılamaya konu eserin bir roman olmasını hem de bu romanı Avrupa edebi mirası içerisinde olmasını değerlendirerek sanatsal ifade özgürlüğü çerçevesinde başvuruyu incelemiştir.⁹⁶ Nitekim *Sinkova* vakasında taraflar sanata ilişkin herhangi bir argüman ileri sürmese de Mahkeme, başvurucunun sanatsal bir gruba dahil olmasından dolayı başvuruyu sanatsal ifade özgürlüğü üzerinden incelemiştir.⁹⁷

Netice olarak, Mahkeme, roman, şiir, resim, heykel gibi sanatın tartışmasız bir türü söz konusu olduğunda tarafların da taleplerinden bağımsız olarak sanatsal ifade özgürlüğünü uyuşmazlığa uygulamaktadır. Ancak böyle bir açıklık yoksa tarafların taleplerini ve *düşüncülerin ve bilgilerin kamusal mübadelesine elverişli olması* kriterini dikkate alarak sanatsal ifade özgürlüğünün uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir. Düşüncülerin ve bilgilerin kamusal mübadelesine elverişli olması kriterinin her ne kadar sürreal, kapalı, ezoterik bir sanatsal ifadeyi dışlayan bir kriter olduğu ileri sürülebilirse de, bu kriterin oldukça geniş bir kriter olduğunu ve AİHM bakımından da oldukça geniş bir şekilde yorumlandığını yadsımamak gerekir.

⁹⁵ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 47.

⁹⁶ **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010, § 22 vd.

⁹⁷ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 104 vd.

IV. Sanatsal İfadenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Yeri

Bu başlık altında öncelikle sanatsal ifadenin korunmasında hakların yarışması ve ifade tipleri ele alınacaktır. Akabinde sanatsal ifade özgürlüğü bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri üzerinde durulacaktır.

A. Sanatsal İfadeyi Koruyabilecek Haklar veya Sanatsal İfade Özgürlüğünde Hakların Yarışması

Sanatsal ifadenin diğer alanlardan ari bir şekilde karşımıza çıkması hayatın olağan akışı içerisinde mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan dini veya siyasi farklı unsurların karıştığı durumlarda, sanatsal ifade, Sözleşme'nin ve Protokollerin farklı maddelerinin korumasından yararlanabilmekte ve bu bakımdan madde 10 ile Madde 9, Madde 11 ve Protokol No. 1, madde 1 arasında hakların yarışı söz konusu olabilmektedir.

1. Madde 10 Koruması

AİHS sisteminde, sanatsal ifadeyi esas olarak koruyabilecek hak, AİHS, madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkıdır. Bir sanat eseri, her zaman onu meydana getiren kişinin dışavurumudur. Dış dünyaya bir şekilde yansması sanat eserinin mutlak bir özelliğidir. Nitekim ifade özgürlüğü hakkı da, sanatı, AİHS sisteminde en kapsamlı olarak koruyabilecek haktır. Zira gerek mülkiyet hakkı ve gerekse de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı, sanatsal ifade için belirli şartlar altında gündeme gelmektedir. Bunların yanı sıra bu haklar, sanatın bütün ürünlerini, oluşumlarını da kapsamamaktadır. Sözelimi 1960'larda ortaya çıkan performans sanatı, izleyenlerin önünde canlı olarak icra edilen sanat biçimidir. Performans sanatının tiyatrodan farkı, herhangi bir yazılı metne dayanmamasıdır.⁹⁸ Burada tamamen sanatçının gerçekleştireceği doğaçlamalar söz konusudur. Performans sanatı

⁹⁸ <https://www.kultursanatharitasi.com/performans-sanati/> (Çevrimiçi: 30.09.2017). Performans sanatı sanat kavramını en çok zarl原因 sanat anlayışlarından bir tanesidir. Özellikle performans sanatının içinde bulunan beden sanatı, sanatçının kendisine de zarar verebilen tehlikeli bir sanattır. Beden sanatına örnek gösterilen sanatçı ise Marina Abramović'tir. Marina Abramović'i daha iyi görebilmek için bkz. <https://www.britannica.com/biography/Marina-Abramovic> (Çevrimiçi: 30.09.2017). Ayrıca önemli eserleri için bkz. <http://bianet.org/biamag/sanat/143658-vucudunun-sinirlarini-zorlayan-sanatci> (Çevrimiçi: 30.09.2017).

ile oluşan sanatsal ifadeyi, ifade özgürlüğü hakkı koruyabilmektedir. Bu bakımdan ifade özgürlüğü hakkı, AİHS sisteminde sanatsal ifadeyi koruma altına alan esas hak olarak gündeme gelmektedir.

Mahkeme de sanatsal ifade özgürlüğünü, ifade özgürlüğü hakkının kapsamı içerisine dahil etmiştir. *Müller ve Diğerleri* vakasında, Mahkeme, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ndeki madde 19/II'ye atıf yaparak sanatsal ifade özgürlüğünün, ifade özgürlüğü hakkı içerisinde değerlendirmektedir.⁹⁹ Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, madde 19/II şunu ifade etmektedir:

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, sözlü, yazılı, basılı, *sanat formunda* veya kendi tercih ettiği başka bir aracı ile her türlü bilgi ve düşüncüyü arama ve açığa vurma özgürlüğünü, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın içerir.”¹⁰⁰

Mahkeme, bilhassa fikirlere ve bilgilere ulaşılması ve elde edilmesi özgürlüğü içerisinde sanatsal ifade özgürlüğünün, ifade özgürlüğü hakkı içerisinde değerlendirilmesini doğru bulmaktadır.¹⁰¹ Nitekim, *Karataş* kararında da bu hususu yenileyerek, sanatsal ifade özgürlüğünün, ifade özgürlüğü hakkı içerisinde değerlendirilmesi gereğini teyit etmiştir.¹⁰² Bu itibarla, AİHS sisteminde, sanatsal ifade, madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı ile korunmaktadır. İfade özgürlüğü, Sözleşmede şu şekilde düzenlenmiştir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, ülkelerin sınırlarına bağlı olmaksızın ve kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın fikir edinme ve bilgi ve düşüncelere ulaşma ve onları açığa vurma özgürlüğünü içerir. Bu madde, Devletlerin, radyo, televizyon ve sinema işletmelerini, izin/lisans alma koşuluna bağlamasını engellemez.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, görev ve sorumlulukları barındırdığından, ulusal güvenlik, toprak/ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği yararı için,

⁹⁹ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

¹⁰⁰ Vurgu eklenmiştir.

¹⁰¹ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27.

¹⁰² **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 49.

düzensizliğin veya suçun önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının haklarının veya itibarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargının yetkisinin ve tarafsızlığının muhafazası için yasalar tarafından öngörülen ve demokratik toplumda gerekli formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya cezalara, tabi tutulabilir.”

2. Madde 9 Koruması

AİHS sisteminde sanatsal ifadeyi koruyabilecek haklardan bir diğeri madde 9’da düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkıdır. Bir sanat eseri öncelikle düşüncede veya iç dünyada doğmaktadır. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı, öncelikle bireyin bu iç dünyasını koruyan bir haktır. AİHS, madde 9/I şunu ifade etmektedir:

“Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğünü ve tek başına veya diğerleriyle birlikte topluluk halinde ve kamusal veya özel/bireysel olarak kendi dinini veya inancını, ibadet ederek, öğreterek, uygulayarak ve ayin yaparak açıklama özgürlüğünü içerir.”

Madde 9/I’nin ilk kısmı, hem bireyin bir düşünceye ve inançlara sahip olma hakkını korumakta hem de sahip olunan bu düşünce ve inancı güvence altına almaktadır. Böylece kişinin bireysel/özel alanında, iç dünyasında (*the forum internum*) sahip olduğu düşünceler ve inançlar korunmaktadır.¹⁰³ Bu bakımdan özellikle sanatçıların sahip oldukları sanat düşüncesi, herhangi bir uygulama yani dışavurum olmasa dahi korunabilmektedir.

Madde 9/I’nin ikinci kısmı ise, din ve inancın açıklamasını düzenlemektedir. Bu ikinci kısım, bireyin iç dünyasıyla bağlantılı olan açıklamaları korumaktadır. Bu bapta, sanatsal dışavurumun da korunabileceği söylenebilir.¹⁰⁴ Ancak madde metninden de anlaşılabileceği üzere, madde 9/I’de daha çok kişinin dini ve inançlarıyla ilgili açıklamalarına ağırlık tanınmaktadır. Dolayısıyla yapılan

¹⁰³ Jim Murdoch, **Freedom of Thought, Conscience and Religion: A Guide to Implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe, 2007, s. 13. Metne ulaşmak için bkz. <https://rm.coe.int/168007ff4f> (Çevrimiçi: 28.09.2017). **Van den Dungen v. The Netherlands**, Appl. No. 22848/93, Decision of 22 February 1995.

¹⁰⁴ Murdoch, **Freedom of Thought, Conscience and Religion**, s. 15-16. Bkz. **C.J., J.J. and E.J. v. Poland**, Appl. No. 23380/94, Decision of 16 January 1996.

açıklamaların madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı içerisinde değil de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı içerisinde değerlendirilebilmesi için bu açıklamaların din ve inançlarla yakından bağlantılı olması gerekir. Bununla beraber din ve inançla bağlantılı olan açıklamalar sanatsal bir şekilde de dile getirilebilir. Buna belki de en iyi örnek olarak kiliselerde bulunan İsa figürü gösterilebilir. Bu tip bir açıklamanın bir video veya film ile gösterilmesi de, açıklamanın korumasının madde 9 içerisinde gerçekleştirilmesini ortaya koyabilir. Bununla birlikte böyle bir durumda hakların yarışması söz konusu olmaktadır. AİHM, Taraf Devletlerin müdahalesinin inanç açıklamasına yönelik olduğuna karar verdiği takdirde burada madde 9 söz konusu olurken, müdahale, ifade yöntemine gerçekleştirilmişse ifade özgürlüğü hakkının cari olacağını ifade etmiştir.¹⁰⁵ Mahkeme, dini içerikli bir reklamın bağımsız bir radyoda yayınlanmasına yetkili makamın müdahalesini madde 10 içerisinde değerlendirirken,¹⁰⁶ aynı zamanda Hristiyan dini içeriğine sahip programları barındıran bir radyo istasyonu için yayın lisansının yetkili bir makam tarafından verilmemesini de madde 10 içerisinde değerlendirmiştir.¹⁰⁷ Nihayet Mahkeme, bilgi yayma, yayınlama yoluyla kişinin kendi inançlarını ifade etmesine müdahale edilmesini konu alan şikayetlerde, madde 10'un özel norm/*lex specialis* olduğunu ve bu bağlamda madde 10'un uygulanacağını ifade etmiştir.¹⁰⁸ Bu bakımdan (i) bir inanç veya dine dayalı bir açıklamanın sanatsal bir şekilde ifade edilmesi ve (ii) Taraf Devletin müdahalesinin inanç açıklamasına yönelik olması veyahut bilgi yayma yoluyla kişinin kendi inançlarını ifade etmesine müdahale olmaması şartları sağlandığında düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı uygulanabilir olacaktır.

3. Madde 11 Koruması

Sanatsal ifadeyi koruyabilecek Sözleşme'de bulunan haklardan bir diğer ise, madde 11'de düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğü hakkıdır. Bu hak,

¹⁰⁵ **Murphy v. Ireland**, Appl. No. 44179/98, Judgment of 10 July 2003, § 61.

¹⁰⁶ **Murphy v. Ireland**, Appl. No. 44179/98, Judgment of 10 July 2003, § 61.

¹⁰⁷ **Glas Nadezhda Eood and Anatoly Elenkov v. Bulgaria**, Appl. No. 14134/02, Judgement of 11 October 2007, § 42.

¹⁰⁸ **Balsytė-Lideikienė v. Lithuania**, Appl. No. 72596/01, Decision of 24 November 2005, § 3.

herkese barışçıl bir şekilde toplanma ve gösteri yapma özgürlüğü tanımaktadır. Nitekim toplantı veya gösteride bir sanatın icrası gerçekleştirilebilir. Sözgelimi bir gösteri yürüyüşünde tiyatro oyununun sergilenmesine devletin müdahalesi durumunda, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında bir hak yarışması söz konusu olacaktır.¹⁰⁹ Aynı şekilde bir toplantı veya gösteride performans sanatlarından beden sanatının icrasında¹¹⁰ da hak yarışması gündeme gelecektir. Kamu makamalarının müdahalesinin sadece performans sanatını gerçekleştiren kişiye yönelmesi durumunda, bu müdahalenin ifade özgürlüğü bakımından değerlendirileceğinde kuşku yoktur. AİHM, madde 11’de güvence altına alınan toplantı ve dernek kurma hakkının, madde 10’un ışığında değerlendirilmesi gerektiğini, düşüncelerin korunmasının ve bunların ifadesinin, toplantı özgürlüğünün hedeflerinden birisi olduğunu ifade etmiştir.¹¹¹ Burada Mahkeme’nin, önüne gelen bir vakada madde 10’u mu yoksa madde 11’i mi uygulayacağını da belirlemesi lazımdır. Nitekim Mahkeme, madde 10 ile madde 11 arasında genel norm-özel norm ilişkisi kurmuş, madde 11 karşısında madde 10’u genel norm olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda toplantı özgürlüğüne yönelik şikayetlerde Mahkeme, özel norm olan madde 11’i uygulamaktadır.¹¹² Ancak sanatsal etkinliğin de gerçekleştirildiği toplantı ve gösteriye müdahale edilmesi ve dolayısıyla ilgili sanatı icra eden kişiye de müdahale edilmesi durumunda artık madde 11’de düzenlenen toplantı ve dernek

¹⁰⁹ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, Sayı 2, 2004, pp. 1-28, s. 16.

¹¹⁰ Bu örnek için bkz. <http://t24.com.tr/video/kadikoydeki-gulmen-ve-ozakca-eyleminde-polis-performans-sanatcisini-heykel-sandi.8030> (Çevrimiçi: 15.01.2018).

¹¹¹ **Ezelin v. France**, Appl. No. 11800/85, Judgement of 26 April 1991, § 37; **Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey**, Appl. No. 23885/94, § 37; **Fáber v. Hungary**, Appl. No. 40721/08, Judgement of 24 July 2012, § 41; **Eva Molnár v. Hungary**, Appl. No. 10346/05, Judgement of 07 October 2008, § 42; **Nemtsov v. Russia**, Appl. No. 1774/11, Judgement of 31 July 2014, § 62; **Kudrevičius and Others v. Lithuania**, Appl. No. 37553/05, Judgement of 15 October 2015, § 86.

¹¹² **Ezelin v. France**, Appl. No. 11800/85, Judgement of 26 April 1991, § 35; **Schwabe and M.G. v. Germany**, Appl. No. 8080/08; 8577/08, Judgement of 01 December 2011, § 101; **Galstyan v. Armenia**, Appl. No. 26986/03, Judgement of 15 November 2007, § 95; **Primov and Others v. Russia**, Appl. No. 17301/06, Judgement of 12 June 2014, § 91; **Kudrevičius and Others v. Lithuania**, Appl. No. 37553/05, Judgement of 15 October 2015, § 86.

kurma özgürlüğünün değerlendirileceğinin kabulü gerekmektedir.¹¹³ Zira burada kişi, ilgili toplantı veya protesto kapsamında sanatsal etkinliği gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte toplantı ve dernek kurma özgürlüğü bakımından yapılan değerlendirmede, kişinin protestosunu sanatsal bir şekilde dolayısıyla barışçıl bir şekilde gerçekleştirildiğinin de nazara alınması gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, *Tatár and Fáber* vakasında, başvuru, Budapeşte'deki Meclisin bahçesinin demirlerine kirli çamışırın asılmasını, “ulusun kirli çamışırının asılması” olarak ifade etmiş ve 13 dakika kameraların ekranlarında yer alarak gazetecilerin sorularını yanıtlamıştır. Hükümetin, bu olayı madde 11 çerçevesinde değerlendirilmesi iddiasına karşılık Mahkeme, söz konusu performansı sanatsal ve siyasal bir ifade olarak görerek incelemesini madde 10 üzerinden yapmıştır.¹¹⁴ Burada, devletin müdahalesinin sadece performans sanatını gerçekleştiren kişilere yöneldiğinin gözden kaçmaması gerekir. Bu performansın daha büyük bir protesto içerisinde yer aldığı varsayımında, incelemenin madde 11 bakımından yapılmasının daha olası olacağı kanısındayım.

4. Protokol No. 1 Madde 1 Koruması

Sözleşme sisteminde sanatsal ifadeyi koruyabilecek diğer bir hak AİHS Ek Protokol No.1¹¹⁵ madde 1’de düzenlenen mülkiyet hakkıdır. Birey, zihnindeki veya iç dünyasındaki sanatı eyleme dökerek bir eser oluşturmaktadır. Böylece, sanatçı veya sanat eserini oluşturan kişi, oluşturduğu sanat eserinde eser sahibinin haklarına

¹¹³ Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, s. 16.

¹¹⁴ *Tatár and Fáber v. Hungary*, Appl. No. 26005/08 and 26160/08, Judgement of 12 June 2016, § 23-28, 41.

¹¹⁵ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20.03.1952 tarihinde Paris’te kabul edilen ve imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1”in (No.009, “Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention”), 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol No. 1’i imzaya açıldığı tarih olan 20.03.1952’de imzalamıştır ve AİHS ile bu protokolü de, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır (RG, 19.03.1954, s.8662). Bu Protokolün onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve bu belge anılan tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

kavuşmakta ve telif hakkına sahip olmaktadır. Mülkiyet hakkı, sadece maddi nesneleri değil aynı zamanda gayri maddi nesneleri kapsayan bir haktır. Bu bakımdan, mülkiyet hakkı fikri mülkiyeti de kapsamaktadır.¹¹⁶ Yukarıda sanatsal ifadenin öznesi başlığı altında açıklandığı üzere, sanatsal ifadede özne, sadece sanatçı/sanat eserini oluşturan değildir. Bir romanın yayımcısı, tiyatro oyununu icra eden kişiler, müzik icracıları, müzik yapımcıları, film yapımcıları, film dağıtımçıları gibi bağlantılı hak sahipleri¹¹⁷ ve komşu hak sahipleri¹¹⁸ de sanatsal ifade özgürlüğünün süjesidirler.¹¹⁹ Eser ve diğer hak sahiplerinin mali ve manevi hakları, Protokol 1, madde 1 için aranan “ekonomik bir değer oluşturma” ve manevi bir değer oluşturma” kriterlerini karşılamaktadır.¹²⁰ Bağlantılı ve komşu haklar da aynı zamanda fikri mülkiyet içinde bulunmaktadır. Bu itibarla, mülkiyet hakkı, sanatsal ifadenin süjesi açısından herhangi bir sınırlama içermemektedir. Mülkiyet hakkı, Protokol 1, madde 1/I’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Her gerçek veya tüzel kişi, malvarlığından barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı ve hukuk ve uluslararası hukukun genel ilkeleri tarafından öngörülen şartlara tabi olarak malvarlığından yoksun bırakılması hali hariç olarak malvarlığından yoksun bırakılmayacaktır.”

AİHS Protokol No.1, madde 1’de düzenlenen mülkiyet hakkının sanatsal ifadeyi koruyabilmesi için yaratılan sanatsal esere, kamu makamları tarafından el konulması veya toplatılması ya da imha edilmesi gerekmektedir. İlk olarak *Handyside* kararında, Mahkeme, başvurucunun yayınladığı kitabın nüshalarına kamu

¹¹⁶ H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 286.

¹¹⁷ **5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, madde 1/B/j**

Bağlantılı haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları ... ifade eder.

¹¹⁸ **5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, madde 1/B/k**

Komşu haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları hakları ... ifade eder.

¹¹⁹ Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, s. 112-113.

¹²⁰ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 305.

makamları tarafından el konulmasını ve bu nüshaların imha edilmesini, ayrı ayrı olarak mülkiyet hakkının konusu içerisinde görmüştür.¹²¹ Dergilerinin satılması sonucu işten çıkarılan karikatüristlerin, başka bir dergide aynı karakterleri çizmeye başlamasının üzerine, dergiyi satın alan kişi yargıya başvurmuştur. Ulusal yargı makamları ise başvurucuların bu karakterleri, dergiyi satın alan kişinin rızası olmadan başka yerde yayımlayamayacağına karar vermiştir. Başvurucuların, Protokol 1, madde 1'e de dayandıkları başvuruda, AİHK, fikri mülkiyet haklarının, mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Nitekim aslında burada mülkiyet hakkına dahil edilen husus, başvurucuların manevi haklarıdır. Zira mali haklar derginin yeni sahibindedir.¹²² Bu bapta mülkiyet hakkı da sanatsal ifadeyi koruyan haklardan birisidir. Ancak sanatsal ifadede, mülkiyet hakkının gündeme gelebilmesi için devletin müdahalesinin olması şarttır. Nitekim bu müdahale eser sahiplerinin, bağlantılı ve komşu hak sahiplerinin mali ve manevi haklarına yönelmek zorundadır.

Fikri haklar bakımından ifade özgürlüğü hakkı ile mülkiyet hakkı arasında bir yarış olabilir. *Neij ve Sunde Kolmisoppi* vakasında internet sitesi bakımından bu yarış gündeme gelebilir. Bu vakada, başvurucular, 2005 ve 2006 yıllarında, İnternette, dünyanın en büyük dosya paylaşım sitesi olan “*The Pirate Bay*” sitesini kurmuşlardır. *The Pirate Bay* sitesi, *torrent* dosyalarıyla kullanıcıların etkileşime geçebildiği, site bilgisayarları dışından, dosya paylaşımıyla dijital medyaların mübadelesinde bulunabildikleri bir sitedir. Başvurucular sitenin yönetiminden sorumlu tutulmuşlar ve başvuruculara hem para hem de hapis cezası verilmiştir. Başvurucular, madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, bu vakada, devletin müdahalesinin, başvurucuların ifade özgürlüğüne yöneldiği yönünde değerlendirme yapmıştır. Buna göre, başvurucular, bir yere başkaları için bilgiye ulaşma ve bilgiyi dağıtma yolları koymuştur. Madde

¹²¹ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 61. Bununla beraber Mahkeme, devletin bu müdahalelerini genel yarar içerisinde görmüştür. Bkz. **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 62-63

¹²² Komisyon, fikri mülkiyeti, mülkiyet hakkının içine dahil etse de, burada uyumsuzluğun başvurucular ile üçüncü kişiler arasında gerçekleştiği, Devletin ise sadece yargı yoluyla bir müdahalesinden olduğu bahisle mülkiyet hakkı bakımından kabul edilemezlik verilmiştir. **Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey**, Appl. No.24563/94, Decision of 14 January 1998, § 4. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 306-308.

10'un sadece bilginin içeriğini değil, aynı zamanda iletme ve alma yollarını da koruma altına aldığını ifade eden Mahkeme, başvurularda yönelen müdahalenin madde 10'un kapsamında olduğunu değerlendirmiştir.¹²³ Mahkeme'nin burada özellikle sitede dijital medya dosyalarının paylaşımını dikkate aldığı gözden kaçmamalıdır. Sitenin dosya paylaşımı bakımından internet üzerinde en büyük site olması Mahkeme'nin burada ifade özgürlüğüne müdahale olduğu kararında etkilidir. Mahkeme sitenin bu niteliğinden dolayı, söz konusu müdahaleyi madde 10/I'in ikinci cümlesinde geçen "fikir edinme ve bilgi ve düşüncelere ulaşma ve onları açığa vurma özgürlüğü" kapsamında değerlendirmiştir.

Fikri mülkiyet konusunda madde 10 ile Protokol No. 1 madde 1 arasında temel bir ayrım yapılabilir. Evvela belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkının, Mahkeme'nin önündeki bir vakaya uygulanabilmesi için söz konusu fikri mülkiyetin genel olarak ekonomik bir değer oluşturması gerekmektedir:

"Kıymet/aktif oluşturan belirli bazı haklar ya da çıkarlar da 'mülkiyet haklarından' sayılabilir ve böylelikle hükmün amacı doğrultusunda 'mamelek' olarak mütalaa edilebilir. Her bir vakada incelenmesi gereken husus, davanın koşullarının bir bütün olarak başvurucuya Protokol No.1 Madde 1 tarafından korunan bir maddi çıkara hak bahşedip etmediğidir".¹²⁴

Gemalmaz'ın yaptığı incelemede, ekonomik değer oluşturma ölçütü, üç alt ölçütle tanımlanmıştır: i) mübadele, parayla ölçülebilme ve piyasa, ii) devir ve intikale elverişlilik, iii) değer az olmaması.¹²⁵ Bu bağlamda, fikri mülkiyet söz konusu olduğunda, Taraf Devletin müdahalesi fikri mülkiyete konu şeyin ekonomik değerine yönelik olması durumunda Protokol 1 madde 1'in uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bununla beraber, müdahalenin fikri mülkiyete konu olan şeyin içeriğine, yayılmasına yönelik olması durumunda madde 10'un uygulanacağını kabul etmek

¹²³ **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden**, Appl. No. 40397/12, Decision of 19 February 2013.

¹²⁴ **Anheuser-Busch INC v. Portugal**, Appl. No.73049/01, Judgment of 11 January 2007, § 63; **Beyeler v. Italy**, Appl. No. 33202/96, Judgment of 5 January 2000, §100; **Zwierzynski v. Poland**, Appl. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, §63; **Öneryıldız v. Turkey**, Appl. No. 48939/99, Judgment of 30 November 2004, §124. Metin çevirisi Gemalmaz'a aittir. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 179.

¹²⁵ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 179-194.

gerekir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere *Neij ve Sunde Kolmisoppi* vakasında Mahkeme, sitenin bilgi paylaşma, yayma niteliğini dikkate almıştır.

B. İfade Özgürlüğü Rejiminde İfade Tipleri

Bu çalışmada, sanat özgürlüğünün, Sözleşme sistemindeki korunan biçimi olan sanatsal ifade özgürlüğü incelenecektir. Bu bağlamda, sanatsal ifade özgürlüğünün, ifade özgürlüğü sistemi içerisinde incelenmesi gerekmektedir. AİHM'in içtihatları incelendiğinde, üç farklı tip ifadenin bulunduğu görülmektedir. Bunlar sırasıyla; siyasal ifade, sanatsal ifade ve ticari ifadedir.¹²⁶ Bu ifade tiplerinin önemi, Mahkeme'nin ifade tipine göre ifade özgürlüğünde uyguladığı denetimini sıkılaştırmasından veya esnekleştirmesinden kaynaklanmaktadır.

Geniş bir tanım içerisinde siyaset, diğerlerinden ayrılan bir bütün olan biz kavramının içinde kaynakların dağılımını ifade eder.¹²⁷ Genel bir şekilde tanımlamak gerekirse siyaset, "hükümet ile ilgili uygulamaları ve kurumları" ifade etmektedir.¹²⁸ Mahkeme, ifade tipleri arasında en büyük önemi siyasal ifadeye vermektedir. Zira Mahkeme'ye göre, serbest seçim hakkı ve ifade özgürlüğü ve özellikle siyasal tartışma özgürlüğü, demokrasinin ayırt edici ve temel özelliklerindendir. Mahkeme,

¹²⁶ Janis, Kay, Bradley, **European Human Rights Law**, s. 256 vd.; Lowe, "Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights", s. 118 vd.; Alastair Mowbray, **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights**, 3.Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 627; Kearns, **Freedom of Artistic Expression**, s. 166-167; Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 467-478; Robin C. A. White, Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 5.Edition, New York, Oxford University Press, 2010, s. 428; Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3.Edition, New York, Oxford University Press, 2011, § 6.464 vd.; Karan, **Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, s. 6-7. Harris, O'Boyle ve Warbrick aslında dört ifade tipi belirtmektedir. Bunlar; siyasal ifade, kamusal ifade, sanatsal ifade ve ticari ifadedir. Üçlü sınıflandırmadan farklı olarak, ayrıca 'kamusal ifade' kategorisini oluşturulmaktadır. Kamusal ifade ise kamu yararına dahil olduğu iddia edilen açıklamalar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 470. Ancak kamusal ifade kategorisi büyük ölçüde aşağıda geniş bir tanım içerisinde verilen siyaset kavramına girmektedir. Kanımca, üçlü ifade kategorisi daha yerindedir. Şahin ise bu ifade kategorilerini siyasal, müstehcen ve ticari olarak nitelendirmiştir. Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, s. 396.

¹²⁷ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s.16-27

¹²⁸ <https://www.britannica.com/topic/political-philosophy> (Çevrimiçi: 26.09.2017).

haklar ve özgürlüklerin, “etkili bir siyasal demokrasi” tarafından en iyi şekilde korunmakta olduğunu ifade etmektedir.¹²⁹

Taraf Devletin, siyasal ifadelere yapacağı müdahaleler, Mahkeme tarafından daha sıkı bir denetim altına alınmaktadır. AİHM, siyasal ifade özgürlüğünü korumak için özellikle “caydırıcı etki” doktrini ve “daha az sınırlayıcı seçenek” gibi yorum araçlarına başvurmuştur.¹³⁰ Caydırıcı etki, ifadeyi gerçekleştiren kişiye uygulanan yaptırımdan dolayı kişinin ve diğer kişilerin, benzer ifadeleri kullanmaktan vazgeçmesi yani oto-sansürdür. *Wille* vakasında, Lihtenştayn İdare Mahkemesi’nin başkanı olan başvuru, Meclis (Diet) ile Prens arasındaki uyuşmazlıklarda, Anayasa Mahkemesi’nin yetkili olduğunu beyan etmiştir. Bunun üzerine Prens, başvurucuya bir kez daha kamu görevine aday gösterilirse, anayasaya aykırı görüşlerinden dolayı kendisini atamayacağını belirten bir mektup yollamış ve Meclisin aday göstermesi üzerine ise atamayı gerçekleştirmemiştir. Mahkeme, Prens’in bu tutumunun caydırıcı etkiye sahip olduğunu ve kişiyi buna benzer ifadelerden vazgeçirme sonucunu doğurduğunu ifade etmiştir.¹³¹ Bu hususta Hem yedi kişilik yerel meclise üye olan hem de bir gazetenin yayıncısı olan üç üyeden oluşan başvuru, yerel meclisi, kamuoyunu dikkate almadığı için eleştiren bir makale kaleme almaları sonucunda, başvuru istinaf mahkemesinin de indirimiyle 1.440,00 Avro tutarında tazmin ile yükümlü tutulmuşlardır. Mahkeme bu başvuruda, kişinin itibarını sarsma ve hakaret sebeplerine dayanarak düşük bir tutar olsa dahi tazminata mahkum edilmesinin caydırıcı etkiyi doğuracağını ifade etmektedir.¹³² Mahkeme aynı zamanda siyasal ifadelerde en az zarar veren önlemin alınıp alınmadığını da incelemektedir. Sözgelimi dile getirilen ifadelerin cezai yaptırımlar yerine hukuki yaptırımlara tabi tutulup tutulamayacağı incelenmektedir:

¹²⁹ **Mathieu-Mohn and Clerfayt v. Belgium**, Appl. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, § 47; **Lingens v. Austria**, Appl. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986, § 42; **Bowman v. United Kingdom**, 141/1996/760/961, Judgment of 19 February 1998, § 42; .

¹³⁰ Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 468.

¹³¹ **Wille v. Liechtenstein**, Appl. No. 28396/95, Judgment of 28 October 1999, § 6-22, 50.

¹³² **Lombardo and Others v. Malta**, Appl. No. 7333/06, Judgment of 24 April 2007, § 5-32, 61.

“Hükümete karşı yapılması müsaade edilen eleştirinin boyutları bir vatandaş veya bir politikacıya yapılan eleştiriden daha fazladır. Demokratik bir sistemde Hükümetin fiil ve ihmalleri sadece düzen ve yargı otoritelerinin değil, kamuoyunun da incelemesine açık olmalıdır. Dahası, Hükümetin dominant pozisyonu, özellikle muhaliflerin eleştirilerine ve haksız saldırılarına cevap vermek için diğer yöntemlerin uygulanmasının mümkün olduğu durumlarda cezai işlemlere başvurmakta çekingen davranmasını gerekli kılmaktadır. Bununla beraber kamu düzeninin güvencesi olan Devlet otoritelerinin bu ihtarlarda aşırıya gitmeden uygun biçimde tepki vermek amacıyla alınan önlemleri Ceza Hukuku bile olsa, benimsemesi konusu açık bırakılmıştır.”¹³³

Avrupa Birliği Hukuku’nda ticari ifadeler, ‘ekonomik bir faaliyetin geliştirilmesi sırasında bilginin yayılması, fikirlerin ifadesi veya görüntülerin yayılması ve buna karşılık bu bilgileri alma hakkı’ olarak tanımlanmıştır.¹³⁴ Genel olarak ticari reklamlarda ticari ifadelere rastlanılmaktadır. Bu bakımdan ulusal hukuklarda ticari ifadeleri sınırlayacak en önemli husus haksız rekabet düzenlemeleridir.¹³⁵ Ticari ifadeler, AİHM’in ifade özgürlüğü rejimindeki denetim sisteminin en alt sırasında yer almaktadır. Mahkeme diğer ifadelerin aksine ticari ifadelere, Taraf Devletlerin eylemlerinin veya eylemsizliklerinin denetimini sıkılaştıracak herhangi bir yorum aracı geliştirmemiştir. Mahkeme, ticari meselelerin, karmaşık ve stabil olmayan, değişken bir alan olduğundan bahisle ticari ifadelere

¹³³ **Incal v. Turkey**, 41/1997/825/1031, Judgment of 9 June 1998, § 54; **Castells v. Spain**, Appl. No. 11798/85, Judgment of 23 April 1992, § 46; **Piermont v. France**, Appl. No. 15773/89; 15774/89, Judgment of 27 April 1985, § 73.

¹³⁴ Case C-71/02, **Herbert Kerner Indsutrie-Auktionen GmbH**, Opinion of Advocate General Albert, § 75.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CC0071&from=FR> (Çevrimiçi: 27.09.2017); Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 474.

¹³⁵ Bkz. **Markt Intern Verlag GmbH v. Germany**, Appl. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989; **Jacobowski v. Germany**, Appl. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994. Ayrıca bkz. Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 474-477.

kendisini sadece Taraf Devletin eyleminin veya eylemsizliğinin meşru ve orantılı olup olmadığını denetlemek ile sınırlamaktadır.¹³⁶

Sanatsal ifade ise kısaca sanatsal değere sahip olan ifadeler olarak tanımlanabilir. Sanatsal değer ne olduğunu belirleyecek olan sanat kavramıdır. Yukarıda “Genel-Geçer Bir Tanım Çabası” başlığı altında ifade edildiği üzere sanat, insana dair olan bir gerçekliğin veya temel bir duygunun, insanın yaratıcılığı veya tasavvuru ile belirli bir biçim içerisinde vücut bulmasıdır. AİHM, sanatsal ifade konusunda zaman zaman birbiriyle çelişen içtihatlar ortaya çıkarmaktadır. Komisyonun bulunduğu dönemde (1998 tarihli 11.No’lu Ek Protokol yürürlüğe girmeden önce), Komisyon’un içtihatlarında sanatsal ifadelere müdahalelerin denetimi siyasal ifadelerdeki denetime yaklaşmaktadır. Ancak Mahkeme, çoğunlukla Komisyon’un bu kararlarına ters yönde hareket ederek siyasal ifadelerde bulunan ‘caydırıcı etki’ ve ‘en az zarar veren seçenek’ yorum araçlarını kullanmamış ve devlete geniş bir takdir marjı bırakmıştır.¹³⁷

Bu ifade tiplerini, birbirlerinden tamamen ayırmak mümkün değildir. Sanatsal ifade, ticari saiklerle veya siyasi saiklerle ortaya konabilmektedir. Aynı şekilde ticari ifade de siyasal/kamusal saiklerle dile getirilebilmektedir. Ancak bu saikler ifadenin tipini değiştirmemektedir. Bununla beraber sanatsal ve ticari ifadelerin siyasi saiklerle ifade edilmesi, sanatsal ifadenin siyasal ifadeyi içerisinde barındırması durumunda AİHM, söz konusu ifadelerin denetim standardını yükseltmektedir. Bu bakımdan Taraf Devletlerin takdir marjı daralmaktadır.¹³⁸

¹³⁶ **Markt Intern Verlag GmbH v. Germany**, Appl. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989, § 33; **Jacobowski v. Germany**, Appl. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994, § 26; **Kearns, Freedom of Artistic Expression**, s. 166-167; Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 477.

¹³⁷ Bu tip karar örnekleri için bkz. **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988; **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgment of 20 September 1994; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996.

¹³⁸ Sanatsal ifade için bkz. **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999; **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 68354/01, 25 January 2007. Ticari ifade için bkz. **Barthold v. Germany**, Appl. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985; **Hertel v. Switzerland**, 59/1997/843/1049, Judgment of 25 August 1998.

V. Sanatsal İfade Özgürlüğünde Devletin Yükümlülükleri

Devletin negatif ve pozitif yükümlülüğü, negatif ve pozitif özgürlük anlayışlarından doğan yükümlülüklerdir. İnsan haklarının Jellinek tarafından yapılan tasnifinde, haklar negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak üçe ayrılmaktadır.¹³⁹ Aktif statü hakları, bireyin devletin yönetimine katılımını ifade eden siyasal haklardır.¹⁴⁰ Sözelimi, vatandaşlık, seçme ve seçilme hakları, aktif statü haklarındandır.

Negatif statü hakları, ilgili hak bakımından devlete negatif edim yani kaçınma yükümlülüğü yükleyen haklardır. Negatif statü hakları aynı zamanda birinci kuşak haklar veya liberal haklar olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre, devlet ya da kamu makamları, negatif hak olarak sıralanan hakların kullanılmasına yahut bu haktan yararlanılmasına herhangi bir şekilde müdahale edemez, böyle bir müdahaleden kaçınma yükümlülüğünü taşır. Negatif statü hakları, 17. ve 18. yüzyıldaki liberal öğretilerden doğan haklardır. İfade özgürlüğü, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı bu haklara örnek olarak gösterilebilir.¹⁴¹ Liberal özgürlük anlayışına göre devletin toplumsal ilişkileri ya da bireyler arasındaki ilişkileri düzenleme alanı ne kadar çok genişlerse bireyin özgürlüğü o kadar daralacaktır. Serbest piyasaya müdahale edilmediği müddetçe, görünmez bir el bu düzeni koruyacak ve bu düzenin

¹³⁹ Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, New York, Oxford University Press, 2010, s. 163; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017, s. 153; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s. 6; Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 10.Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 261-264; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s. 40; Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3.Bası, İstanbul, Legal, 2016, s. 662; Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 3.Baskı, Ankara, Orion Kitabevi, 2012, s. 178; Seyfullah Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 33.

¹⁴⁰ Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 172-173; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 6; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 154; Akad, Dinçkol, Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, s. 262; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, s. 40.

¹⁴¹ Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 166-169; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 6; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 153; Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş**, C.2, 8.Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 668; Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 661; Akad, Dinçkol, Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, s. 262; Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 494-495; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, s. 41; Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, s. 72-80.

bir harmoni içinde işlemlerini sağlayacaktır. Bu aslında negatif özgürlük anlayışının temelini oluşturmaktadır.

Pozitif statü hakları ise ilgili hak bakımından devlete pozitif edim yani yapma yükümlülüğü yükleyen haklardır. Pozitif statü hakları aynı zamanda ikinci kuşak haklar veya ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olarak adlandırılmaktadır. Özellikle 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında devletlerin anayasalarında karşılaşılan bu tip haklar, 19. yüzyılda liberal öğretiyeye karşı bir tepki oluşturan Marksist öğretiyeye ve komüniteryan ve nihayetinde sosyal demokrat öğretiyeye dayanmaktadır. Sağlık hakkı, çalışma hakkı ve sosyal güvenlik hakkı pozitif statü haklarına örnek olarak gösterilebilir.¹⁴² Burada zahiri olmayan, gerçek özgürlüğe ulaşılması için devletin pozitif edimleri gerçekleştirmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Ancak günümüzde pozitif-negatif özgürlük ayrımı belirli ölçülerde ortadan kalkmıştır. En azından pozitif-negatif özgürlük dualizmi ortadan kalkmıştır. Bu bapta, Gerald C. MacCallum üçüncü konseptini ileri sürmüştür. MacCallum özgürlüğün bir üçlü ilişkiden oluştuğunu belirtmektedir. Özgürlük, kişinin(x), bir şeyi, hareketi veya hareketsizliği(z), yapmak ya da yapmamak, gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemek konusunda bir şeylerden(y) ari, özgür olmasıyla sağlanır. Burada x, özgürlüğün/hakkın öznesine; y, engelleyici şartlara, sınırlamalara, kısıtlamalara, müdahalelere, engellere; z ise hareketin niteliği, hareketin gerçekleşme koşullarına tekabül eder. Burada, özgürlüğün bu üçlü ilişkinin de sağlandığı hiçbir bileşenin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁴³ MacCallum, pozitif ve negatif özgürlük anlayışının özgürlüğü tanımlamak için yetersiz olduğunu vurgulamaktadır. Negatif özgürlük taraftarları özgürlüğü özgürlüğün öznesi olan ajandan ari olarak tanımlamaktadırlar. Hâlbuki özgürlüğü, özgürlüğün sujesinden ayrı olarak düşünmek mümkün değildir. Diğer taraftan pozitif özgürlük taraftarları da özgürlüğü ya kişinin

¹⁴² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 169-172; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 6; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 153; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş*, C.2, s. 668; Akad, Dinçkol, Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, s. 263; Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, s. 661; Uygun, *Devlet Teorisi*, s. 495-497; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1*, s. 41; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 80-97.

¹⁴³ Gerald C. MacCallum, "Negative and Positive Freedom", *The Philosophical Review*, Vol. 76, No. 3, 1967, pp. 312-334 s. 314.

iradi, içsel bir problemi haline getirmişler veyahut karakter koşulları gibi bir takım koşulları, özgürlük ile olan ilgisine bakmaksızın özgürlüğün yapısal unsurları olarak görmüşlerdir.¹⁴⁴ Pozitif özgürlük anlayışına taraftar düşünürler içsel koşulları, karakter koşullarını özgürlüğün gerçekleşmesinde birer engel olarak görürken, negatif özgürlük anlayışına taraftar düşünürler ise bu karakter koşullarını özgürlüğün gerçekleşmesi için bir koşul saymamakta bununla beraber özgürlüğün gerçekleşmesi için kendi iç yapısındaki nesnel koşullarını kendi özgürlük anlayışından dışlamaktadır. MacCallum'un savunmuş olduğu özgürlük anlayışı Devletin pozitif edimini dışlamamakta ancak devletin edimleri arasında bir değerlendirme yaparak, sınırlı ölçüde izin verilen bir pozitif özgürlük anlayışı ortaya koymaktadır. MacCallum, bazı durumlarda Devletin müdahalesinin kısıtlayıcı değil özgürlüğü arttıran bir niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁵ Bu bağlamda, özgürlüğü sadece negatif veya pozitif özgürlük bakımından değerlendirmek, gerçek manada bir özgürlüğe ulaşılmasına engel olacaktır.

Nitekim günümüzde negatif statü haklarından sayılan hakların hepsi devlete pozitif edim yükümlülüğü yüklemektedir. İşkence yasağı, negatif statü hakları arasında bulunan bir haktır. Devletin, bu durumda pasif kalması ve hakka müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Ancak devletin gerçekten işkenceyi önleyebilmesinde, kolluk kuvvetlerinin eğitimi ve denetimi büyük bir önem arz etmektedir.¹⁴⁶ Devlet, bireyin negatif haklarını koruması için bazı pozitif önlemler almak zorundadır. Devlet, negatif hakları olarak sıralanan bireyin fizik hürriyetlerini¹⁴⁷ güvence altına alabilmesi, bireyin üçüncü kişilere karşı korunmasını da gerektirmektedir. Bu bağlamda, kişinin güvenliğini ihlal eden soygunlara, cinayetlere ve tecavüzlere karşı devletin kolluk kuvvetleriyle önlem alması yani

¹⁴⁴ MacCallum, "Negative and Positive Freedom", s. 314-315, 322-323; Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.110.

¹⁴⁵ MacCallum, " Negative and Positive Freedom", s. 324-327, 330-332; Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.110.

¹⁴⁶ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s. 43.

¹⁴⁷ "Fiziki hürriyetler (*lebertés physiques*)", konusu kişinin maddi varlığı, yani beden bütünlüğü ve bedensel hareketleri olan hürriyetlerdir." Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 154. Fiziki hürriyetlere örnek olarak, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, işkence yasağı, seyahat hürriyeti gösterilebilir.

pozitif bir edimde bulunması gerekmektedir.¹⁴⁸ Nitekim bireyin adil yargılanma hakkının korunması için devletin “mahkemeler kurması, yargıç ve savcılar görevlendirmesi, savunma hakkı için koşulları oluşturmaları, yargıya başvuru olanaklarını sağlaması” gibi birçok pozitif edimi yerine getirmesi gerekmektedir.¹⁴⁹ Aynı husus, pozitif haklar için de geçerlidir. Pozitif bir hak olarak nitelenen beslenme hakkı, devletin kısıtlanması veya müdahaleden kaçınmasıyla gerçekleştirilebilir. Shue, gıda maddelerinin, ihracat yoluyla para kazanmayı teşvik eden devletin gerçekleştirdiği ekonomik kalkınma programları yerine, devletin müdahalesi olmadan iç tüketimde kullanılması durumunda, beslenme hakkının daha iyi gerçekleştirileceğini ileri sürmektedir.¹⁵⁰ Bu bakımdan insan haklarında devletin ne sadece negatif ne de sadece pozitif edim yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet insan hakları bakımından hem pozitif hem negatif yükümlülüklerle yani korelatif yükümlülüklerle sahiptir.¹⁵¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, aslında liberal öğretiden beslenen negatif statü haklarının bir ifadesidir. Bu bakımdan Sözleşme’nin meydana gelmesinden bu yana Sözleşme’de mündemiç hakların devlete yüklediği negatif yükümlülükler hiçbir zaman tartışma konusu olmamıştır.¹⁵² AİHM, 1960’larda Belçika dil vakası¹⁵³ ile devletin pozitif edim yükümlülüğüne atıf yapmaya başlamıştır. Mahkeme devlete pozitif edim yükümlülüğünü yüklerken hem Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan ve

¹⁴⁸ Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, New Jersey, Princeton University Press, 1980, s. 37-39.

¹⁴⁹ Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 662; Alastair R. Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Portland, Hart Publishing, 2004, s. 3-4.

¹⁵⁰ Shue, **Basic Rights**, s. 41-45.

¹⁵¹ Shue, **Basic Rights**, s. 52-53.

¹⁵² Jean-François Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to Implementation of European Convention on Human Rights**, Belgium, Council of Europe, 2007, s. 5. Bu elkitabına şuradan ulaşabilirsiniz: <https://rm.coe.int/168007ff4d> (Çevrimiçi: 15.01.2018)

¹⁵³ “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968.

içinde pozitif ve negatif yükümlülüğü barındıran “güvence altına alır” (“*secure*”)¹⁵⁴ ifadesine atıf yaparken hem de ilgili maddenin kendisine atıf yapmaktadır.¹⁵⁵ Mahkeme, liberal-burjuva öğretisinin bir eseri olan Sözleşme’yi, bireyin haklarını etkili ve pratik güvenceler oluşturacak bir şekilde yorumladığını belirterek pozitif yükümlülükleri Sözleşme’ye dahil etmiştir.¹⁵⁶

Sözleşme, taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklese de hangi durumlarda devletin pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olacağı, Mahkeme’nin kararlarında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, söz konusu bir olayda devletin pozitif yükümlülüğünün olması için başlıca kriterler belirlemiştir. Buna göre Mahkeme, devlete pozitif bir yükümlülük yüklerken, devletin alacağı pozitif önlem bakımından birey ile toplum arasındaki yarışan menfaatler arasında bir dengeyi gözetmek zorunda olduğunu dile getirmiştir. Toplumun menfaati açısından, başvuru tarafından alınması istenilen önlemin bu dengeyi oluşturması gerekmektedir. Bu dengenin yanı sıra Mahkeme, ayrıca “Devletlerde varolan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki

¹⁵⁴ **European Convention on Human Rights, Article 1**

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

¹⁵⁵ Dinah Shelton, Ariel Gould, “Positive and Negative Obligations”, **Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Ed. by Dinah Shelton, New York, Oxford University Press, 2015, s. 570; Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 20; Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 8. “**Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium**” v. **Belgium**, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968, § B(3). “[I]t cannot be concluded from this that the State has no positive obligation to ensure respect for such a right as is protected by Article 2 of the Protocol (P1-2). As a “right” does exist, it is secured, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention, to everyone within the jurisdiction of a Contracting State.”

¹⁵⁶ Shelton, Gould, “Positive and Negative Obligations”, s. 570; Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s. 3; Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, New York, Cambridge University Press, 2006, s. 215. **Moreno Gómez v. Spain**, Appl. No. 4143, Judgement of 16 February 2005, § 55; **Öneryıldız v. Turkey**, Appl. No. 48939, Judgement of 30 November 2004, § 69. “[T]he Court reiterates, firstly, that its approach to the interpretation of Article 2 is guided by the idea that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires its provisions to be interpreted and applied in such a way as to make its safeguards practical and effective.”

seimlere bağlı olarak değişiklik” gstereciğini belirtir. Bu bakımdan, negatif ykmllkte olduğu gibi pozitif ykmllkte de devletin bir takdir marjı (*margin of appreciation*) bulunmaktadır. Devletin alması gereken pozitif önlemlerde takdir marjı bulunmaktadır. Nihayetinde Mahkeme, ayrıca alınacak önlemlerin sınırlama ltleri/meşru amaçlar bakımından da bir dengenin bulunabileceğini ifade etmiştir.¹⁵⁷ Bu bağlamda Mahkeme, devletin pozitif ykmllklere sahip olup olmadığı bakımından yapacağı değerlendirmede  kriteri uygulamaktadır:

1. Bireyin menfaati ile toplumun menfaati arasında bir dengenin olması
2. Söz konusu pozitif yükümlülük bakımından devletin takdir marjının söz konusu olmaması
3. Sınırlama ltleri/meşru amaçlar ile alınması istenen pozitif yükümlülük arasındaki adil denge.

Pozitif yükümlülüklerin de birçok ulusalüstü insan hakları organları tarafından kabul edilmesi ile¹⁵⁸ birçok yazar bir yükümlülük tipolojisi oluşturmuştur.¹⁵⁹ Doktrinde genel olarak kabul gören, Eide tarafından yapılan tipolojide devletin i) sayėı gösterme ykmllğu (*respect*), ii) koruma ykmllğu (*protect*) ve iii) uygulama ykmllğu (*fulfil*) bulunmaktadır.¹⁶⁰ Devletin, en başta hakların kapsamlarıyla oluşan bireylerin özgürlük alanına müdahale etmemesi,

¹⁵⁷ **zgr Gündem v. Turkey**, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000,  43; **Powell and Rayner v. the United Kingdom**, Appl. No. 9310/81, Judgement of 24 January 1990,  41; **Karhuvaara and Iltalehti v. Finland**, Appl. No. 53678/00, Judgment of 16 November 2004,  42; **Palomo Sánchez and Others v. Spain**, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, Judgement of 12 September 2011,  63.

¹⁵⁸ Bunun için bkz. Shelton, Gould, “Positive and Negative Obligations”, s. 566-578.

¹⁵⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş**, C.2, s. 669-675.

¹⁶⁰ Eide’nin yaptėı bu ayırım için bkz. Asbjrn Eide, **The Right to Adequate Food and Free from Hunger**, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1992/12, 28 June 1999, s. 15. Bununla birlikte Eide’nin yaptėı sınıflandırma şu şekildedir: i) sayėı ykmllğu, ii) koruma ykmllğu, iii) Olanak sağlama ve uygulama ykmllğu. Bu ayırımı yapan diğer yazarlar için bkz. Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 5; Laurens Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, **Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century**, Ed. by Yves Haeck, Eva Brems, New York, Springer, 2014, s. 72-73; Oliver Schutter, “The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Social Economic and Cultural Rights**, Ed. by P. Van der Auweraert, J. Sarkin, J. Vande Lanotte, T. De Pelsmaker, Portland, Marklu Publishers, 2002, s. 209; Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 19.

bireylerin bu özgürlük alanı içerisindeki tercihlerine saygı duyması gerekmektedir. Bununla birlikte bu husus devletin pasif kalmasını gerektirmez. Devlet, üçüncü kişilerin, bireyin özgürlük alanına ilişkin negatif etkilerine karşı aktif bir tutum alması gerekmektedir. İkinci olarak koruma yükümlülüğü çerçevesinde devletin bireyin ilgili hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahalelere karşı bireyi koruması ve müdahaleyi gerçekleştiren failleri de cezalandırması gerekmektedir. Üçüncü olarak uygulama yükümlülüğü çerçevesinde devlet, bireyin bir insan hakkından yararlanmasına olanak sağlama, hakkın gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması için gereken pozitif önlemleri alma yükümlülüğü içerisinde.¹⁶¹

Pozitif yükümlülüklerin kabul edilmesinden önce devlet insan hakları hukukunda sadece birey ile devlet arasındaki ilişkilerden sorumlu bulunmaktaydı. Nitekim buna devletin dikey sorumluluğu adı verilmektedir. Ancak pozitif yükümlülüklerin kabul edilmesiyle, devlet, bireylerin kendi ilişkilerinden doğan hak ihlalleri bakımından da sorumlu tutulabilmektedir. Devlet, birey-birey, birey-birey grubu ve birey-hükümet-dışı örgüt arasındaki ilişkilerden doğan ilişkilerden sorumlu tutulabilmektedir. Buna ise devletin “yatay sorumluluğu” adı verilmektedir.¹⁶²

Pozitif yükümlülükte olduğu gibi Devletin yatay sorumluluğunda da bir sınır vardır. Mahkeme *Osman* kararında, Devletin bildiği veya bilmesi gerektiği (*knew or ought to have known*), gerçek ve yakın bir tehlike (*real and immediate risk*) söz konusu olduğunda yatay sorumluluğun varlığını kabul edeceğini beyan etmiştir.¹⁶³ Bu kriter yatay sorumluluk için iki şartı öngörmektedir:

1. Gerçek ve yakın bir tehlikenin bireye yönelmesi
2. Bu tehlikenin, kamu makamları, kamu yetkilileri tarafından bilinmesi veya bilinmesi gerekmesi.

¹⁶¹ Eide, **The Right to Adequate Food and Free from Hunger**, s. 15-16; Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 5; Lavrysen, “Protection by the Law”, s. 72-73.

¹⁶² Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş**, C.2, s. 542-543; Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 21-22; Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 14-16.

¹⁶³ **Osman v. The United Kingdom**, Appl. 23452/94, Judgement of 28 October 1998, § 115-116.

Özgür Gündem vakasında, Mahkeme, ifade özgürlüğü bakımından da devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmiştir. Bu başvuru konusu olayda Özgür Gündem'in gazetecilerine, dağıtımçılarına ve diğer çalışanlarına devam eden saldırılar sonucunda, başvuru sahiplerinin tekrar eden birçok isteklerine rağmen kamu makamları, gazetenin ve onun çalışanlarının ve dağıtımçıların ifade özgürlüğünü koruyabilecek önlemleri almada başarısız olmuştur. Mahkeme, devletin ifade özgürlüğü bakımından sadece müdahale etmeme yükümlülüğünün bulunmadığını, bu özgürlüğün etkin bir şekilde korunabilmesi için devletin bireyler arasındaki ilişkilerde önlem alması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁴ Bu bakımdan, ifade özgürlüğünde ve dolayısıyla sanatsal ifade özgürlüğünde de devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülükleri söz konusu olacaktır. İfade özgürlüğü bakımından şunu da not etmek gerekir ki Mahkeme, bireyin "bilgi ve düşüncelere ulaşma" hakkı bakımından devletin pozitif bir yükümlülüğü olmadığını birden çok kararında teyit etmiştir.¹⁶⁵ Bununla beraber Mahkeme, bilgi ve düşüncelere ulaşma hakkını, Sözleşme'nin diğer hakları bakımından devletin pozitif usuli yükümlülükleri arasında değerlendirmiştir.¹⁶⁶

Bazı yazarlar sanatsal ifade özgürlüğünün veya sanat özgürlüğünün, pozitif statü haklarını ifade eden ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında olduğunu ifade etmektedir.¹⁶⁷ Sanatsal ifade özgürlüğü hakkı, esas olarak negatif yükümlülük içeren ve fakat pozitif yükümlülük bakımından da devlete azımsanmayacak bir yük yükleyen bir haktır. Sanatın toplumsal ve kültürel boyutu, sanatsal ifade özgürlüğü

¹⁶⁴ **Özgür Gündem v. Turkey**, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, § 43. "Genuine, effective exercise of this freedom does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals."

¹⁶⁵ Shelton, Gould, "Positive and Negative Obligations", s. 573; Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s. 192-193. Kararlar için bkz. **Leander v. Sweden**, Appl. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987; **Guerra and Others v. Italy**, Appl. No. 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998.

¹⁶⁶ Shelton, Gould, "Positive and Negative Obligations", s. 573. Kararlar için bkz. **Guerra and Others v. Italy**, Appl. No. 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998; **Öneryıldız v. Turkey**, Appl. No. 48939/99, Judgment of 30 November 2004.

¹⁶⁷ Bingöl, "Sanat Özgürlüğü", s. 104-105.

hakkının veya sanat özgürlüğünün esas olarak bireyi, devletin aktif müdahalesine karşı korunması gereğini değiştirmemektedir.

A. Sanatsal İfade Özgürlüğünde Devletin Negatif Yükümlülüğü

İfade özgürlüğünde devletin esas yükümlülüğü, bireyin hakkını ihlal etmekten kaçınmaktır. Sanatsal ifade özgürlüğünde de aynı husus geçerlidir. Devlet öncelikle sanatsal ifade özgürlüğünün kullanılmasına, ölçülülük ilkesine aykırı olarak müdahale etmekten kaçınmalı ve pasif kalmalıdır. Devletin sanatsal ifade özgürlüğü bakımından oluşan negatif yükümlülüğü çerçevesinde, devletin “gölge etmeme yükümlülüğü” ve bireyin “rahatsız edilmeme hakkı”nın ortaya çıktığı ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Devletin kaçınma yükümlülüğü, hem sanat eserinin oluşmasından önceki evre hem de sanat eserinin oluşmasından sonraki evre için geçerli olmalıdır.¹⁶⁹ Bu bağlamda, korumanın sanat eserinin oluşmasından önceki aşamaya kadar uzanması, sanatsal ifade özgürlüğünün öznesinin büyük bir çoğunluğunu oluşturan sanatçılar için önem arz etmektedir. Sanatçı, genel olarak sürekli bir şekilde sanat eserleri meydana getiren bir öznedir. Sanatçının sanatla olan sürekli meşguliyeti ve tanınırlığı, onun bir sanat eseri meydana getirirken basın, sosyal medya veya diğer yollarla bu meydana getirme halinin ihtiyari veya gayri ihtiyari olarak bilinmesine yol açmaktadır.

Siyasi bir protesto için kamuya açık bir alanda bu beden sanatının gerçekleştirilmesine rıza göstermeyen ve bu icrayı engelleyen kamu makamları, sanatın icrasından önce engelleyici önlemler alarak sanatsal ifade özgürlüğünü ihlal edebilir.¹⁷⁰ Sanatın oluşturulmasından önceki evreye yönelik müdahalelerden birisinin de caydırıcı etki (*chilling effect*) oluşturan müdahaleler olduğu söylenebilir. Caydırıcı etki, bir ifadeye yapılan bir müdahale sonucunda, insanların benzer ifadeleri kullanmaktan kaçınmaları ve kendilerine oto-sansür uygulamaları olarak

¹⁶⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.61, Sayı 7-9, 1987, pp. 521-533, s. 528, 530.

¹⁶⁹ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 528; Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, s. 9-10.

¹⁷⁰ Bu varsayımsal örneği akla getiren olay için bkz. <http://t24.com.tr/video/kadikoydeki-gulmen-ve-ozakca-eyleminde-polis-performans-sanatcisini-heykel-sandi.8030> (Çevrimiçi: 15.01.2018).

ifade edilebilir. Burada, rahatsız edilmeme hakkı, bireyi oto-sansürlere karşı koruyan bir hak olarak gündeme gelmektedir.¹⁷¹ AİHM, özellikle siyasal ifade kategorisinde, devletin müdahalesinin caydırıcı etki oluşturacak şekilde yapılıp yapılmadığının değerlendirmesini yapmaktadır.¹⁷² Özellikle 2000 sonrası kararlarında, sanatsal ifadenin zaman zaman siyasal ifade gibi korunması söz konusu olduğunda, Mahkeme'nin bu değerlendirme ilkesinin sanatsal ifadeler bakımından da geçerli olduğunu savunmak gerekir. Nitekim *Perrin* kabul edilemezlik kararında, Mahkeme, siyasal ifade olan kamusal bir tartışmaya katkı sağlayan kamusal bir ifade ile sanatsal ifadeyi aynı koruma kapsamında değerlendirmiş ve caydırıcı etkinin söz konusu olabilmesi için bu iki ifade kategorisinden birisini şart kılmıştır.¹⁷³

Sanat eserinin oluşmasından sonra ise sanatsal ifade özgürlüğüne müdahale genel olarak eserin yayınlanması aşamasında gündeme gelmektedir. Sinema eserlerinde, özellikle filmlerin gösterime girmeden önce eser işletme belgesi için kamu makamları tarafından sınıflandırılmasının yapılması, eserlere ciddi müdahale oluşturacak mahiyettedir. Sözgelimi bir filmin 13 yaş ve üzerindeki yerine 18 yaş ve üzerinelere gösterimine tabi tutulması esere ve eserin yapımcısına ve dolayısıyla sinema sektörüne ciddi ölçüde zarar verebilmektedir. Bu bağlamda, sinema eserlerinin sınıflandırılmasının bir bağımsız idari otoriteler/regülasyon kurumları tarafından yapılması ve bu kurum üyelerinin de sinema alanında uzmanlaşan belirli kişiler arasından seçilmesinin daha yerinde olacağı kanısındayım. Bunun yanı sıra söz konusu müdahaleler, belirli siyasal hicivler içeren veya cinsel içeriğe sahip eserler bakımından söz konusu olabilmektedir.

B. Sanatsal İfade Özgürlüğünde Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Sanatsal ifade özgürlüğünde pozitif yükümlülüklerin ne şekilde ortaya çıkabileceğini incelemekten önce genel olarak pozitif yükümlülük bakımından

¹⁷¹ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 528.

¹⁷² Harris, O’Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 468.

¹⁷³ *Perrin v. the United Kingdom*, Appl. No. 5446/03, Decision of 18 October 2005, D(2). “[T]he purpose of the present expression was purely commercial and there is no suggestion that it *contributed to any public debate on a matter of public interest or that it was of any artistic merit*: the applicant’s conviction cannot therefore be said to engender any obviously detrimental chilling effect.” (Vurgu eklenmiştir).

devlete nasıl bir yükümlülük yükleneceğinin de gösterilmesi gerekir. Sözleşme esas olarak negatif yükümlülük öngören liberal hak ve özgürlüklerin toplandığı bir metine sahiptir. Bununla beraber Mahkeme, yaşayan bir belge olan Sözleşme'yi¹⁷⁴ dinamik bir şekilde yorumlayarak, pozitif yükümlülükleri Sözleşme'de mündemiç hak ve özgürlüklerin içeriğine dahil etmiştir.

1. AİHS Madde 8-11 Bağlamında Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

AİHS madde 8 ile 11 arasında belirtilen hakların, hem formüle edilme biçimleri hem de sınırlandırma biçimlerinde benzerlikler bulunmaktadır. Bu maddelerde ilk fıkra hakları tanımlarken, ikinci fıkra hakların sınırlandırmasını düzenlemektedir. Her dört maddenin ikinci fıkrasında devletin kanuna dayanması gerektiği, sınırlandırma ölçütleri/meşru amaçlar ve sınırın sınırı ölçütü olan demokratik toplumda gereklilik ölçütü düzenlenmektedir. Bu bakımdan madde 8 ile 11 arasında belirtilen haklar çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri de aynı kategorilendirmeye tabi olacaktır.¹⁷⁵

Mahkeme kararlarında, pozitif yükümlülüklerle ilgili genel bir kategorilendirme yapmamıştır. Bununla beraber doktrinde bazı sınıflandırmalar yapılmıştır. Harris, O'Boyle, Warbrick pozitif yükümlülükler bakımından devletin üç yükümlülüğün meydana geleceğini belirtmiştir:¹⁷⁶

- i) Kamu makamlarının haklardan yararlanılmasının etkili biçimde sağlanmasını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü¹⁷⁷

¹⁷⁴ Özellikle zamanın değişen koşullarına karşı Sözleşme'nin etkin bir cevap verebilmesi için Mahkeme yaşayan belge argümanını üretmiştir. Bkz. **Tyrer v. the United Kingdom**, Appl. No. 5856/72, Judgement of 25 April 1978, § 30; **Zarb Adami v. Malta**, Appl. No. 17209/02, Judgement of 20 June 2006, § 74; **Ünal Tekeli v. Turkey**, Appl. No. 29865/96, Judgement of 16 November 2004, § 54; **Christine Goodwin v. the United Kingdom**, Appl. No. 28957/95, Judgement of 11 July 2002, § 74; **Stafford v. the United Kingdom**, Appl. No. 46295/99, Judgement of 28 May 2002, § 68.

¹⁷⁵ Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 345 vd..

¹⁷⁶ Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 346.

¹⁷⁷ **Golder v. the United Kingdom**, Appl. No. 445/70, Judgement of 21 February 1975, § 26-36; **Airey v. Ireland**, Appl. No. 6289/73, Judgement of 9 October 1979, § 24.

- ii) Kamu makamlarının haklardan yararlanılmasının özel hukuk kişilerince müdahale edilmeksizin sağlanmasını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü¹⁷⁸
- iii) Kamu makamlarının özel hukuk kişilerinin diğer kişilerin haklardan yararlanmasını etkili biçimde sağlamalarını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü.

Bununla beraber, kanımca daha yerinde olan Öncü'nün görüşüne göre pozitif yükümlülükler ikiye ayrılmaktadır: i) önlem alma yükümlülüğü, ii) sonuç yükümlülüğü.¹⁷⁹

Önlem alma yükümlülüklerinden ilki usuli yükümlülüktür. Bu yükümlülük kanun yapma veya hakkı kurumsallaştırma yükümlülüğü olarak da ifade edilmektedir.¹⁸⁰ Yukarda da bahsedildiği gibi birinci kuşak hakların kurumsallaşabilmesi ve bunun sonucu olarak hak sahiplerinin bu hakkı kullanabilmesi veya bu haktan faydalanabilmesi için devletin pozitif bir edimi gereklidir. Adil yargılanma hakkı için devletin önceden mahkeme kurması, bu mahkemeye bağımsız ve tarafsız hâkim ve savcıların atanması, savunma hakkının teşkili için gerekli koşulların oluşturulması gibi yükümlülükleri vardır.¹⁸¹ Devletin bireyin birey ile ve bireyin toplum ile olan ilişkisini düzenleyen ve belirli bir toplumsal düzen ortaya koyan ceza kanunları ve özel hukuk kanunları oluşturarak Sözleşme'nin ihlalini önlemesi gerekmektedir. *M.C. vakasında* Mahkeme, değerlendirmesinde rıza verilmeden yapılan cinsel ilişkinin yani cinsel saldırının etkili bir şekilde cezalandırılması için tecavüze ilişkin kanun hükmünün yapılması ve bunun etkili bir şekilde soruşturulması gerektiğinden bahsetmiştir. Olayda,

¹⁷⁸ **X and Y v. Netherlands**, Appl. No. 8978/80, Judgement of 26 Mart 1985, § 23.

¹⁷⁹ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 48.

¹⁸⁰ Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s. 5; Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 16-17; Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 49.

¹⁸¹ Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 662; Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s. 3-4.

Bulgaristan Ceza Kanununda tecavüzün fiziksel zorlamayla gerçekleşebileceği yaklaşımı, işlenen bu suçu cezasız bırakma sıkıntısını doğurmaktadır. Bu yüzden Mahkeme bunun katı bir yaklaşım olduğunu belirterek, Ceza Kanununun çağdaş anlayışa uygun olarak rızasız gerçekleşen bir cinsel fiilin etkili bir şekilde cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁸² Böylece Mahkeme, devletin, tecavüzün rızasız gerçekleşen bir cinsel fiil olarak tanınmasını yani devletin kanun yapmasını, yasa çıkarmasını pozitif yükümlülüğün içinde değerlendirmektedir.

Önlem alma yükümlülüklerinden ikincisi denetim ve kontrol yükümlülüğüdür.¹⁸³ Günümüzde kamu hizmetini gören özel hukuk kişilerinin artması sonucu devletin denetim ve kontrol yükümlülüğü önem kazanmıştır. Özellikle özel hukuk kişilerinin, yüksek maddi kaynak gerektiren ve belirli bir teknoloji seviyesi isteyen konularda devletten daha yetkin hale gelmesi, bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilebileceği sonucunu doğurmuştur. Ancak kamu hizmeti özel hukuk kişisi tarafından görülse bile devletin yükümlülüğü sona ermemekte, ilgili kamu hizmetinde denetim ve kontrol yükümlülüğü bulunmaktadır.

Storck vakasında Mahkeme, Devletin, vatandaşının fiziksel bütünlüğünün madde 8 altında güvence altına alma yükümlülüğü olduğunu ve özel hukuk kişisini(özel hastane) görevlendirerek sorumluluğunun tamamıyla ortadan kalkmasının söz konusu olmadığını belirtir. Bu yüzden de Mahkeme, Devlete, özel psikiyatri kurumları üzerinde denetim ve kontrol yükümlülüğünün bulunduğunu hatırlatır.¹⁸⁴

Önlem alma yükümlülüklerinden üçüncüsü özen prensibidir. Özen prensibi (*due diligence*), Devletin, kamu makamları veya özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilebilecek hak ihlallerini engelleme, eğer ihlal gerçekleşiyse bu fiilin soruşturulmasında ve cezalandırılmasında özenli bir şekilde hareket etme

¹⁸² **M.C. v. Bulgaria**, Appl. No. 39272/98, Judgement of 04 March 2004, § 153, 166

¹⁸³ Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 50.

¹⁸⁴ **Storck v. Germany**, Appl. No. 61603/00, Judgement of 16 September 2005, § 103

yükümlülüğünü ifade eder. Bu yüzden de gerçekleştirilmeyen bu özen yükümünde Devletin sorumluluğuna gidilebilecektir.¹⁸⁵

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nda özen prensibinin oluşturulduğu, başlıca vakalardan olarak *Valesquez Rodriguez vakası* gösterilmektedir. Bu vakada Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, Devlete direkt olarak isnat edilebilir olmayan, insan haklarını ihlal eden yasadışı bir hareketin, Devletin bizzat hareketinden değil ve fakat özen yükümlülüğündeki eksiklikten (*lack of due diligence*) dolayı gerçekleşen fiili, Sözleşme'nin (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi) gerektirdiği şekilde önleyemediği veya cezasını veremediği ihlalden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁸⁶ Strasbourg organlarının da özen prensibi ile ilgili kararları mevcuttur. Aslında özen prensibinin diğer pozitif yükümlülüklerin de içinde eriyen bir ilke olduğu göze çarpmalıdır.

Önlem alma yükümlülüklerinden dördüncüsü etkili soruşturma yapma yükümlülüğüdür.¹⁸⁷ Cezai olay gerçekleşmeden önce veya gerçekleşikten sonra olarak ortaya çıkabilen bir diğer olumlu edim yükümü de etkili soruşturma (*effective investigation*) yükümlülüğüdür. Mahkeme, *Özgür Gündem* vakasında, başvuruçuların koruma talepleri karşısında devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir.¹⁸⁸ *Beganovic* vakasında Mahkeme etkili soruşturmanın asgari olarak taşıması gereken standartları saymıştır. Buna göre:

1. Soruşturmanın bağımsız olması (*independent*)
2. Soruşturmanın tarafsız olması (*impartial*)
3. Soruşturmada kamunun denetiminin etkin olması (*public scrutiny*)
4. Yetkili kamu otoritesinin/makamının özenli ve süratle davranması(*diligance and promptness*)

¹⁸⁵ Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 50.

¹⁸⁶ *Valesquez Rodriguez v. Honduras*, Judgement of the Inter-American Court of Human Rights of 29 July 1988 §172.

¹⁸⁷ Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, s. 5; Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 51.

¹⁸⁸ *Özgür Gündem v. Turkey*, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, § 45.

5. Kamu makamının olayla ilgili delilleri güvence altına almak için atabileceği tüm makul adımları atması gerekmektedir.¹⁸⁹

Önlem alma yükümlülüklerinden beşincisi yargılama ve cezalandırma yükümlülüğüdür.¹⁹⁰ Sözleşme organları, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi bazı haklar özelinde sadece etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü yeterli kabul etmemekte ve fakat yargılamanın/kovuşturmanın gerçekleştirilmesini ve fiilin cezalandırılmasını beklemektedir. Yukarıda da görüldüğü üzere *M.C. kararında*, Mahkeme'nin beklentisi bu yöndeydi. Aynı şekilde *Ali ve Ayşe Duran* kararında da Mahkeme, Devletin madde 2 ve madde 3 bakımından etkili bir soruşturmanın ötesine geçip, duruşma aşaması da dâhil olmak üzere kovuşturmayı, yargılama fonksiyonlarını harekete geçirmesini pozitif yükümlülük olarak tanımlamıştır.¹⁹¹

Devletin pozitif yükümlülüklerinden sonuç yükümlülüğü ise cezai olayın gerçekleşmesi ile bozulan toplumsal düzeni, eski hale getirme usulü devletin takdirinde olmak üzere, eski haline getirme; Sözleşme'ye aykırılık teşkil eden hususu, usulü devletin takdir marjında olmak üzere, ortadan kaldırma yükümlülüğüne denmektedir.¹⁹²

Sonuç yükümlülüğü bakımından incelenmesi gereken ilk kararların başında *X ve Y kararı* gelir. Zihinsel engelli olan Y, zihinsel engellilerin kaldığı bir evde, evi işleten kişinin kayınbiraderi B tarafından tecavüze uğramıştır. Y'nin babası ve ilk başvuru olan X, kamu makamlarına başvurmuştur. Bunun sonucunda savcı B hakkında koşullu salıverme hükümlerini uygulamıştır. Üst mahkemeye giderek kanun yoluna başvuran X, üst mahkemeden, ilgili maddenin ancak mağdurun şikâyetiyle ya da başvurusuyla uygulanabileceği cevabını almıştır. Zihinsel engelli Y için kanuni temsilcisi tarafında ceza yasalarını uygulamak için bir başvuru olanağına sahip olmayan X AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme, bu vakada Medeni Hukuk

¹⁸⁹ **Beganovic v. Croatia**, Appl. 46423/06, Judgement of 25 September 2009, § 75.

¹⁹⁰ Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, s. 5; Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 51-52.

¹⁹¹ **Ali and Ayşe Duran v. Turkey**, Appl. 42942/02, Judgement of 08 July 2008, § 61

¹⁹² Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 52

tarafından sağlanan korumanın yetersiz olduğunu, tecavüz fiiline karşı mağdurun asıl Ceza Hukuku tarafından korunması gerektiğini, etkili caydırıcılığın ceza kanunlarıyla gerçekleşebileceğini, aykırılığın kaldırılması için ceza kanunlarını değiştirmesi gereğinden bahsetmiştir. Burada Mahkeme, devletin sadece sonuç yükümlülüğünü belirtmekle kalmamış aynı zamanda bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağını devletin takdir marjı içinde görmeyerek, devletin ne yapması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹³

Mahkeme'nin transseksüeller ile ilgili yerleşmiş içtihadını bozan *Goodwin* kararına da değinmek gerekir. Vakada cinsiyetini değiştiren Christine Goodwin, bu değişimin ülke kurumlarınca dikkate alınmadığını belirtmiştir. Başvurucu önceki cinsiyetinden dolayı emekli olamamakta ve ulaşım araçlarından ücretsiz yararlanamamakta, yani kadınlar için temin edilen ayrıcalıklardan yararlanamamaktadır. Başvurucunun doğum sertifikasının değiştirilmemesi ve ibraz edilmek zorunda kalınan kurumlarda geçmişlerinin böylece ortaya çıkması söz konusudur. Kararda Mahkeme, madde 8 özelinde kişisel otonomi nosyonunun önemli bir ilke olduğunu ve bireyin kendi kimliğini oluşturma hakkını da içeren kişisel alanın korunmasının sağlanacağını belirtir. 21. yüzyılda transseksüellerin kişisel gelişim ve fiziksel ve ahlaki korunma hakkının, zamanın geçmesi, meselelerin aydınlanmasıyla netleşerek artık bu tatmin edilemeyen durumun sürdürülebilir olmadığından bahisle uyuşmazlığın söz konusu olmadığını belirtmiştir. Seksüel kimliklerinin büyük bir kişisel bedel karşılığında kendileri tarafından seçilen ve bu kimliklerine göre onur içinde yaşamaları olanağına toplum tarafından beklenmesi gereken toleransın gösterilmesini ifade etmiştir. Mahkeme, artık bunun takdir marjına dahil olan bir husus olmadığını, cinsiyet değişimi tam anlamıyla hukuken tanınmasının karşısında ölçülecek kayda değer bir kamu yararının bulunmadığını belirterek madde 8 ihlali bulunduğu karar vermiştir.¹⁹⁴

¹⁹³ **X and Y v. Netherlands**, Appl. No. 8978/80, Judgement of 26 Mart 1985.

¹⁹⁴ **Christine Goodwin v. the United Kingdom**, Appl. 28957/95, Judgement of 11 July 2002; karar ile ilgili daha geniş açıklama için bkz. Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 218.

2. Pozitif Yükümlülüklerin Sanatsal İfade Özgürlüğündeki Tezahürleri

Modern ve hatta post-modern toplumlarda devletin iktidarının dışında ekonomik, sosyal vb. başka iktidar alanları da oluşmuştur. İnsan haklarının sadece devletin eylemlerine karşı bireyleri koruması ve diğer iktidar alanlarında bireyleri korumasız bırakması, bireyi oldukça korumasız bir pozisyona itecektir. Bu bağlamda, devlet üçüncü kişilerin eylemlerine karşı sanatsal ifade özgürlüğünden yararlananları korumalı ve onlara belirli usuli ve sosyal güvenceler tanımalıdır. Sanatçı aynı zamanda devlet tarafından korunmalı ve desteklenmelidir.¹⁹⁵ Burada devlet, sanatçılar bakımından herhangi bir ayırım gözetmeksizin, onları sosyal ve ekonomik güvencelerle donatmalıdır. Devletin, sanatçılara bu güvenceleri tanıırken bir ayırım yapması, kendisine imtiyaz bahşedilen ayrı bir sanatçılar zümresini oluşturacaktır.¹⁹⁶ Bu güvencelerde ayırma gidilmesi, aslında devletin sanatçılar üzerindeki kontrolünü artırmakta ve oto-sansür riskini artırmaktadır. Sosyal devlete dayanan devletin yetkilerinin kapsayıcılığı ile devlet kendi istediği, talep ettiği görüşleri, sanatçılara benimsetmeye çalışabilmektedir. Bu bakımdan devletin burada aynı zamanda bir denge oluşturarak bu tehlikelerden kaçınması gereklidir.¹⁹⁷ Bu bağlamda, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin içiçe geçtiği söylenebilir.

Sanatsal ifade özgürlüğünde de pozitif yükümlülüklerin uygulanması söz konusu olabilir. *Melnychuk* kabuledilemezlik kararı dışında, sanatsal ifade bakımından Mahkeme'nin pozitif yükümlülükle ilgili verdiği bir kararı henüz bulunmamaktadır. Ancak devletin pozitif yükümlülüğünde değerlendirilebilecek bazı hususlara değinmek gerekir. Bu bağlamda öncelikle, önlem alma yükümlülüklerinin içerisinde sayılan usuli yükümlülükler (kanun yapma/kurumsallaştırma yükümlülüğü) incelenmelidir. Sanatsal ifadenin ortaya çıkabilmesi ve ortaya çıkmaya devam edebilmesi için devletin fikri mülkiyeti koruması, eser sahiplerine telif hakkını tesis etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda devlet, fikri mülkiyeti değerli ve korunabilir kılan, eser sahiplerinin haklarını koruyan bir kanun yapma

¹⁹⁵ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 530-531.

¹⁹⁶ Turgut Turhanlı, “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü”, **Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, İstanbul, Siyah Bant, 2013, s. viii-ix.

¹⁹⁷ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, s. 530-531.

mecburiyetindedir. Nitekim aynı kapsam içerisinde Avrupa konsensüsünde ve özellikle Avrupa Birliği çerçevesinde devletlerin kanunla eser sahiplerine sağladığı koruma mekanizmalarının gerçekleştirilmesinin pozitif yükümlülük olarak tanınması gerekir. Aynı şekilde sanatsal ifade özgürlüğü bağlamında, eser sahiplerinin telif haklarını korumak için gerekli mekanizmaların kanun tarafından oluşturulması gerekir. Ancak, Mahkeme, telif haklarının korunması için devletin müdahale etme yükümlülüğünü, Protokol 1 madde 1’de ifade edilen mülkiyet hakkı içerisinde görmüştür.¹⁹⁸ Ancak hakların yarışması bahsinde de ifade edildiği üzere, Mahkeme, *Neij ve Sunde Kolmisoppi* kararında, Mahkeme’nin sitenin dünyanın İnternet üzerindeki en büyük dosya paylaşımı sitesi olduğunu dikkate alarak, devletin müdahalesinin “fikir edinme ve bilgi ve düşüncelere ulaşma ve onları açığa vurma özgürlüğünü” de içeren madde 10’da düzenlenen ifade özgürlüğüne yöneldiğini tespit etmiştir.¹⁹⁹

Usuli yükümlülükler bakımından, devletin sanatsal ve kültürel aktiviteleri fonlaması, devletin pozitif yükümlülükleri arasında sıralanabilir. Sözgelimi sanatçının meydana getirdiği resmin sergilenmesi için sermaye gereklidir. Bu bağlamda, sanatçının, eserinin sanatsal niteliğinden ödün vermeden resmini sergilemesine imkan tanımak gerekmektedir. Aynı şekilde sergilenen sanat eserlerinin, herkes tarafından görülebilmesi için devletin belirli bazı mekanizmaları hayata geçirmesi gerekmektedir. Böylece, sanatın, sermayeden ari bir şekilde meydana gelmesi sağlanmalıdır. Bununla birlikte bu pozitif yükümlülüklerin, AİHM önünde madde 10’un kapsamı içerisinde görülme ihtimali yüksektir. Yine de kanımca devlete böyle bir yükü yüklemesi, bireyin menfaati ile toplumun menfaati arasındaki dengeye uygun olacaktır. Zira sanat kavramının kültürel ve toplumsal boyutu dolayısıyla sanatsal ifadeye getirilecek birçok koruma, aslında toplumun menfaatini gözetecektir. Fakat özellikle sanatsal ifade özgürlüğünde, Mahkeme’nin devlete bıraktığı takdir marjı çok geniştir. Bu bakımdan böyle bir olası başvurunun Mahkeme tarafından ihlale yol açmadığı şeklinde yorumlanma ihtimali yüksektir. Nitekim sanatsal ifadeyi kullanan kişilere karşı açılan davaların adil şekilde

¹⁹⁸ *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, Appl. No. 73049/01, Judgement of 11 January 2007, § 72.

¹⁹⁹ *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, Appl. No. 40397/12, Decision of 19 February 2013.

görülmesi ve bu kişilerin usuli garantilerden yararlanması gerektiği, sanatsal ifadenin tespit edildiği *Sinkova* kararında belirtilmiştir.²⁰⁰

Yine usuli yükümlülükler bakımından, düzeltme ve cevap hakkının tesis edilmesi, devletin pozitif yükümlülüklerindendir.²⁰¹ Düzeltme ve cevap hakkı, yayıncı, kamu ve düzeltme ve cevap hakkının kullanıcısı bakımından üç yönlü bir ilişkiye sahiptir.²⁰² Düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasıyla birlikte ilk olarak yayıncının ifade özgürlüğü sınırlanmaktadır. İkinci olarak bu hakkın kullanılması ile kamunun haber alma, bilgiye erişme hakkının gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır. Üçüncü olarak kişilik hakları basınla saldırıya uğrayan kişi düzeltme ve cevap hakkını kullanarak bir çeşit meşru müdafaa hakkını kullanmaktadır. Bu hakkın tesisi ile bu hakkın öznesinin ifade özgürlüğü korunmaktadır.²⁰³ *Melnychuk* vakasında, başvurucunun bir kitabı hakkında 1996 yılında yerel bir gazetede, Bay P, bir eleştiri yazısı yayınlamıştır. 26 Haziran 2001’de aynı gazetede, Bay P tarafından başvurucunun yeni şiir kitabı hakkında yazılan bir makale yayınlanmıştır. Her iki eleştiri yazısı da başvurucunun temel edebiyat bilgilerinden yoksun olduğunu belirtecek derecede aşırı olumsuz değerlendirmelere sahiptir. Başvurucu bunun üzerine Bay P’ye hakaret ve edepsiz ifadeler içeren cevap yazısı göndermiş ancak gazete bu yazıyı yayınlamayı reddetmiştir. Başvurucu Mayıs 2002’de maddi ve manevi tazminat davası açmış ve yerel mahkemeden cevap yazısının yayınlanmasını talep etmiştir. Yerel mahkeme, başvurucunun cevap yazısının, başvurucunun eseri hakkındaki eleştirilere bir cevap olmasından ziyade eleştirmenin kişiliğine hakaret ve edepsiz ifadelerin içerdiğini belirterek davayı reddetmiştir. 16 Mayıs 2002’de bu karar onanmış, başvurucunun bireysel başvurusu ise Anayasa Mahkemesi tarafından 30 Ekim 2003’te reddedilmiştir. Mahkeme bu olayda, cevap hakkının (*right to reply*), ifade özgürlüğünün kapsamına giren önemli bir unsur olduğunu belirtir. Edebi ve siyasi tartışmalar gibi özellikle genelin menfaatini ilgilendiren konularda sadece

²⁰⁰ *Sinkova v. Ukraine*, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 106.

²⁰¹ Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 195-213.

²⁰² Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 195.

²⁰³ Sulhi Dönmezer, *Basın Hukuku*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977, s. 271; Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1968, s. 417; Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, s. 196.

gerçek olmayan bilgiyi test edebilmek için değil aynı zamanda düşünsel çoğulculuğu temin etmek için bu hakkın tesisi gereklidir. Mahkeme özel medya kurumlarının bireyler tarafından gönderilen makalelerin, yorumların ve mektupların yayınlanması konusunda editöryel takdir hakkının bulunduğunu belirtir. Bununla beraber gazatenin yayınlaması gereken, hakaret davalarında verilen bir karar veya bir özür yazı gibi istisnai durumların bulunabileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan devlet, medyaya erişimin reddinin keyfi ve orantısız olmadığını güvence altına almak zorundadır. Başvuru konusu olayda ise Mahkeme, başvurunun cevap hakkının kullanılmasında ve ayrıca kullanımın reddi durumunda buna itiraz etmesinde makul bir imkanının bulunduğunu ancak başvurunun eleştiriye cevap vermenin ötesine geçtiği ve eleştirmen hakkında hakaret ve edepsiz ifadeler kullandığını belirterek devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan Mahkeme başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabuledilemezlik kararı vermiştir.²⁰⁴ Mahkeme, cevap hakkını, pozitif bir yükümlülük olarak açık bir şekilde ifade özgürlüğünün kapsamına dahil etmiştir. Nitekim kararda, edebi tartışmaların kamu menfaatini ilgilendirdiği belirtilmiştir. Bu bakımdan sanatsal ifade bakımından bu korumanın sağlanması zorunluluğu söz konusudur.

Sanatsal ifade özgürlüğü bakımından önlem alma yükümlülüklerinden olan denetim ve kontrol yükümlülüğü söz konusu olabilir. Devletin sadece telif hakları sistemini meydana getirmesi, sanatsal ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanımını gerçekleştirmemektedir. Devlet aynı zamanda eser sahiplerinin telif haklarını korumak ve gerekli denetimlerini yapmak zorundadır. Bu bakımından öne çıkan en önemli husus, eser sahiplerinin korsana ve intihallere karşı korunması için devletin sürekli denetim yapmasıdır. Özellikle sanatsal ifade özgürlüğü bağlamında, eser sahiplerinin, telif haklarının etkili bir şekilde korunması da gündeme gelebilir.

Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü de sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamına dahil edilebilir. Nitekim *Özgür Gündem* vakasında başvuru sahiplerinin taleplerine rağmen devletin etkili bir soruşturma yapması devletin yükümlülüğü

²⁰⁴ **Melnychuk v. Ukraine**, Appl. No. 28743/03, Decision of 05 July 2005.

içerisinde görülmüş ve bu bakımdan ihlal kararı verilmiştir.²⁰⁵ Özellikle çarpıcı sanatların sergilenmesine, zaman zaman halkın bir kesimi tarafından tepki gösterilebilir ve hatta sanat eserini meydana getirenlere veya araçlara yönelik tehditler gerçekleştirilebilir. Tehditlerin alenen yapılması durumunda kendiliğinden, alenen yapılmaması durumunda bireylerin talepleri ile devletin böyle bir yükümlülüğünün de ortaya çıkacağına kabulü gerekir.

Sanatsal ifade özgürlüğünde, devletin yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü de gündeme gelebilir. Sanat eserini meydana getirenlere veya araçlara meydana getirdikleri veya umuma arz ettikleri sanat eseri dolayısıyla saldırılar hakkında etkili bir soruşturmanın yanı sıra saldırıların yargılanması ve cezalandırılması da gereklidir. Aksi takdirde bu saldırıların engellenmesi değil teşviki söz konusu olacaktır.

Nihayetinde sanatsal ifade özgürlüğü bakımından devletin sonuç yükümlülüğü de gündeme gelebilir. Sanat eserini meydana getirenlere veya araçlara yapılan saldırıların akabinde devletin, bozulan toplumsal düzeni yeniden tesis etmesi ve Sözleşme'ye aykırı olan durumları ortadan kaldırılması gereklidir. Devlet, bu sonuç yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde sanatsal ifade özgürlüğünün öznelerine gerçek bir koruma sağlamamış olacak ve sanatın toplum içerisinde yeşerme olanaklarının yok olmasına yol açılabilecektir.

²⁰⁵ **Özgür Gündem v. Turkey**, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, § 43-46.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

SANATSAL İFADENİN SINIRLANDIRILMASI

Bu bölümde, hakların sınırlandırılması incelenecek ve burada öncelikle ifade özgürlüğünde hakların sınırlandırılma tipleri üzerinde durulacaktır. Akabinde sınırlandırmanın hukukiliği açıklanacak ve meşru amaçlar değerlendirilerek sanatsal ifade özgürlüğü bakımından en çok karşılaşılan meşru amaçlar ortaya konacaktır. Nihayetinde AİHS 8-11. maddelerinde ortaya çıkan sınırlandırmanın sınırı ölçütü olan demokratik toplumda gereklilik ölçütü değerlendirilecektir. Haklar, bir tasnife göre sınırlandırılabilen ve sınırlandırılmayan (mutlak) haklar olarak ikiye ayrılır. İfade özgürlüğü ve dolayısıyla sanatsal ifade özgürlüğü sınırlandırılabilen bir haktır. Bu bakımdan bu başlık altında öncelikle 8-11 maddelerde belirtilen sınırlamanın yasaya uygun olarak/yasa tarafından öngörülerek yapılması¹ yani sınırlamada hukukilik incelenecektir. Bir devletin ilgili hakkın kapsamına müdahalesinde hukukilik kriteri aşıldıktan sonra meşru amaçlar/sınırlama ölçütleri değerlendirilmektedir. Bu meşru amaçlar da incelendikten sonra sınırlandırmanın sınırı ölçütü olan demokratik toplumda gereklilik kriteri incelenecek ve ölçülülük ve ölçülülükte devletin takdir marjı ortaya konacaktır.

I. Sınırlandırmada Hukukilik: Öngörülebilirlik ve Ulaşılabilirlik

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin madde 8-11'deki formülasyonuna göre, devletin, hakkın kapsamına müdahale edebilmesi ve bireyin hakkını sınırlandırabilmesi için müdahalenin/sınırlandırmanın yasaya uygun olarak/yasayla öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir. Mahkeme, sınırlandırmada hukukilik kriterinin sağlanmadığına kanaat getirirse, ilgili başvuruda ihlal kararı verecektir.

¹ 9 ila 11. Maddelerde, “yasayla öngörülen” sınırlamadan bahsedilirken, 8. maddede “yasa uygun olarak” yapılan sınırlamadan bahsedilmektedir. Buradan “yasayla öngörülen” tabirinden, bizatihi yasa tarafından belirlenen sınırlamaların yapılabileceği anlamı çıkarken, “yasa uygun olarak” tabirinden yasaya aykırı olmayan sınırlamaların yapılabileceği anlamı çıkabilmektedir. David Harris, Michael O’Boyle, Colin Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 348. Bununla birlikte, Mahkeme, *Malone* kararında, her iki ifadenin de aynı şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Malone v. the United Kingdom**, Appl. No. 8691/79, Judgement of 02 August of 1984, para 66.

Bununla birlikte vakaya konu olan yükümlülük, pozitif yükümlülük ise doğrudan bu sonucu doğurmayacaktır. Kamu makamları, yasa tarafından öngörülen bir pozitif yükümlülüğü, yasada belirlenen önlemden farklı bir önlem ile yerine getirebilir. Bu bakımdan pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda, hukukilik denetimi, devletin eyleminin veya eylemsizliğinin ölçülülülüğünde dikkate alınan unsurlardan birisi olmaktadır.²

Mahkeme, ‘yasa’ kavramını, *otonom kavramlar doktrini*³ içerisine dahil etmiş ve yasa kavramını Sözleşme’ye taraf devletlerin iç hukuklarında verilen anlamlardan bağımsız olarak değerlendirmiştir.⁴ Nitekim Mahkeme, yasayla öngörülme/yasaya uygunluk ölçütünün gerçekleşmesini sadece yasanın mevcudiyetine bağlı olmadığını dile getirmiştir. Bu bağlamda yasallık ölçütü, yalnızca ilgili devletin iç hukukuna atıf yapmamakta, aynı zamanda Sözleşme’nin giriş kısmında açık olarak belirtilen “hukukun üstünlüğü” ilkesine uygun olması için gereken bir hukukun niteliği (*quality of law*) ile bağlantılı olmaktadır.⁵ Sanoma

² Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 366.

³ Otonom kavramlar doktrini, hukuki kavramların, ilgili devletin iç hukukun da verilen anlamlardan bağımsız olarak, Sözleşme kapsamında özeerk bir şekilde anlamlandırılmasını ifade etmektedir. Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 17; Robin C. A. White, Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 5.Edition, New York, Oxford University Press, 2010, s. 69; Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3.Edition, New York, Oxford University Press, 2011, § 5.17; Steven Greer, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council Europe, Counil Europe Publishing, 2000, s. 18-19; Karen Reid, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, 4.Edition, London, Sweet&Maxwell, 2011, s. 61-62; A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 153-155; H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 125-130; Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 36-38; Eva Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, **Zeitschrift Fur Ausländisches Offentliches Recht und Volkerrecht**, 56, 1996, pp. 230-314, s. 304-306.

⁴ **Sunday Times v. the United Kingdom**, Appl. No. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, § 49. Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 17.

⁵ **Silver and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983, § 90; **Malone v. the United Kingdom**, Appl. No. 8691/79, Judgement of 02 August of 1984, para 67. “The Court would reiterate its opinion that the phrase “in accordance with the law” does not merely refer back to domestic law but also

Uitgevers B.V. vakasında, Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu madde 96a’da bir suç işlendiğinden şüphelenildiğinde, bir kimsenin suça konu delilleri elinde bulundurduğundan şüpheleniliyorsa, savcının bu kimseye el koymaya konu bu nesneyi teslim etmesi emri verebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Hollanda’da savcılık makamı bu maddeye dayanarak gazetecilerin gizli kaynaklarından elde ettikleri belgeleri teslim etmesi istenmiştir. Mahkeme, burada gazetecinin haber kaynağını koruması menfaati ile kamunun menfaatini dengeleyebilecek bağımsız ve tarafsız bir hakimin veya makamın gerekliliğine vurgu yaparak, Hollanda Ceza Hukuku’nda savcının bir taraf olduğunu ve yarışan menfaatleri dengelemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim gazetecilerin belgelerine hukuka uygun olarak el koyulabilmesi için ön adli soruşturma açılması ve bu hususta bir soruşturma yargıcının karar vermesi gereklidir. Bununla beraber soruşturma yargıcının, savcının talebini reddetme, sınırlama veya bir koşula bağlama yetkisi bulunmamaktadır. Bu iki hususun söz konusu olmasıyla birlikte Mahkeme, yasanın ortaya koyduğu bu durumun, hukukun üstünlüğü ilkesiyle hiç uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir:⁶

“Sonuç olarak hukukun kalitesi, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin başvuru şirketin kamu menfaatine ağır basan bir ceza soruşturması menfaati bulunup bulunmadığını bağımsız olarak değerlendirebilmek için yeterli yasal koruyucular bulunmadığından, yetersizdir. Böylece, şikayet konusu müdahale “hukuken öngörülmüş” olmadığından, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.”

Mahkeme, hukukilik incelemesinde yasa için üç ölçütü göz önüne almaktadır: i) müdahalenin belirli bir dayanağının olması ii) ilgili hukuk kuralının ulaşılabilir olması, ii) ilgili hukuk kuralının öngörülebilir olması. Buna göre ilk olarak iç hukukta bu müdahaleye dayanak teşkile edebilecek bir mevzuatın olması gerekmektedir. İkinci olarak yasanın yeterli ölçüde ulaşılabilir olması gerekmektedir. Vatandaşlar, belirli bir davaya uygulanabilecek hukuk kurallarının teferruatında

relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention.”

⁶ **Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands**, 38224/03, Judgement of 14 October 2010, § 92-100.

yeterli bilgiye sahip olmalıdır. Üçüncü olarak yasanın, vatandaşların, kendi davranışlarını düzenlemeye imkan verecek yeterli kesinlikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda vatandaşların, belirli eylemlere yol açabilecek sonuçları, mevcut koşullar içerisinde makul ölçüde öngerebilmesi gerekmektedir.⁷ Mahkeme, devletin müdahalesine dayanak gösterebileceği bir yasanın söz konusu olabilmesi için ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik ve kesinlik/anlaşılabilirlik kriterlerinin mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, bireyin kendi davranışlarını düzenlemesi için bir öngörülebilirlik oluşturulurken, bireyin sürprizlere karşı korunması sağlanmaktadır.⁸

Bu alt ölçütlerden ulaşılabilirlik, bireyin söz konusu hukuk kuralından haberdar olmasını sağlamaktadır. Bireylerin ilgili hukuk kuralından haberdar olmaları için bu hukuk kuralının alenileşmesi ve dolayısıyla yayınlanması gerekmektedir. Bu bakımdan kural olarak hukuk kuralının resmi gazetede yayınlanması, o kural için ulaşılabilirlik kriterini sağlamaktadır.⁹ Bununla beraber, Mahkeme, “yasa” kavramını daha geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Mahkeme, yasa kavramını şekli olarak değil maddi olarak değerlendirmektedir. Bu bakımdan, resmi gazetede yayınlanmayan kararname gibi yasaya göre daha alt dereceli

⁷ **Sunday Times v. the United Kingdom**, Appl. No. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, § 47-49. “In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.” **Silver and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983, § 86-88.

“A first principle that emerges from the Sunday Times judgment is that the interference in question must have some basis in domestic law... A second principle is that “the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate, in the circumstances, of the legal rules applicable to a given case.” A third principle is that “a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.””

⁸ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 455-456.

⁹ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 457.

mevzuatların da ulaşılabilirlik kriterini sağladığını ifade etmektedir.¹⁰ Nitekim *Huvig* vakasında, Mahkeme, madde 8’de olduğu gibi benzeri haklarda da (8-11) yasanın, maddi olarak değerlendirileceği ve yasaya göre daha alt dereceli mevzuatın, ulaşılabilirliği sağlayacağı ifade edilmiştir.¹¹ Nitekim Mahkeme, *Silver* kararında, mahkumların mektuplarının hapisane tarafından kontrol edilmesini düzenleyen ilgili idari düzenlemelerinden ayrı olarak Emir ve Talimatların (*Orders and Instructions*) devletin müdahalesi için iç hukukta bir temel teşkil edemeyeceğini belirtmiş ve ulaşılabilirlik bakımından bunların yayınlanmadığını belirtmiştir. Mektupların durdurulması bakımından Mahkeme, devletin müdahalesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmediğini ifade etmiştir.¹²

Birey, ilgili hukuk kuralına erişebildikten sonra gündeme gelen alt ölçüt öngörülebilirliktir. Birey, ilgili mevzuata ulaşabildikten sonra mevzuat metnini anlayabilmeli ve hakkına uygulanabilecek olası müdahaleleri öngörebilmelidir. Mahkeme, öngörülebilirlik ölçütü bakımından belirli bir kesinlik arasa da bu mutlak bir kesinlik değildir. Zira yasaların ve düzenlemelerin genel olarak ortaya çıkan nitelikleri genellik ve soyutluktur. Bu bakımdan birçok yasa, içlerinde belirsizliği taşımaktadır.¹³ Resimlerin müstehcen olması sebebiyle sergiden kaldırıldığı ve el koyulduğu *Müller ve Diğerleri* vakasında başvuruçuların “müstehcen” kavramının öngörüleemeyecek bir şekilde fazla muğlak ve belirsiz olduğu iddiasına karşılık Mahkeme, özellikle toplumun benimsediği görüşlere göre değişikliklerin söz konusu olduğu alanlardaki yasaların mutlak kesinliğe sahip olmasının imkansız olduğunu ve müstehcenliğin de bu alan içerisinde yer aldığını belirtmiştir. Bu bakımdan ilgili

¹⁰ **De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium**, Appl. No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Judgement of 18 June 1971, § 93; **Huvig v. France**, Appl. No. 11105/84, Judgement of 24 April 1990, § 28.

¹¹ **Huvig v. France**, Appl. No. 11105/84, Judgement of 24 April 1990, § 28. “In relation to paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2) of the Convention and other similar clauses, the Court has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one; it has included both enactments of lower rank than statutes and unwritten law.”

¹² **Silver and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983, § 86-88, 91.

¹³ **Sunday Times v. the United Kingdom**, Appl. No. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, § 49. Ayrıca bkz. **Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı**, s. 458.

hukuk kuralını öngörülebilir olarak değerlendirmiştir.¹⁴ Bununla beraber hakka ciddi bir müdahale öngören yasaların açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. *Kruslin* vakasında Mahkeme, Ceza Muhakamesi Kanunu'nda koruma tedbirilerinden telefonların dinlenmesinin, özel hayata ciddi bir müdahale teşkil ettiğini ve bu yüzden bu konuda ayrıntılı ve açık bir düzenlemenin olması gerektiğini belirterek madde 8'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁵

Mahkeme öngörülebilirliği, kayda değer derecede ilgili hukuk kuralı metninin içeriğine, kapsadığı alana ve ilgili hukuk kuralının yöneldiği kişilerin sayısı ve statülerine bakarak değerlendirmektedir.¹⁶ İsviçre sınırına 6 kilometre yakınlıkta İtalya'da bulunan ve İsviçre'ye yayın yapan radyo ile ilgili olan *Groppera Radio AG ve Diğerleri* vakasında, İsviçre'deki Federal Konsey, Yönetmelikle (*Ordinance*) radyo yayınlarına ilişkin lisans düzenlemeleri içeren yeni hükümler meydana getirmiştir. Bu gereklilikleri yerine getirmeyen söz konusu radyo kanalının yayınının hukuka aykırı olduğu dile getirilerek müşterek-antenli lisansı içerisinde olamayacakları ifade edilmiştir. Mahkeme, bu vakadaki hukukilik denetiminde, öngörülebilirlik ve erişebilirlik kavramlarının kayda değer ölçüde ilgili kuralın metninin içeriğine, kapsadığı alana ve ilgili hukuk kuralının yöneldiği kişilerin sayısına ve statülerine bağlı olduğunu dile getirmiştir. Bu bağlamda uluslararası telekomünikasyon hukuku hükümlerinin ziyadesiyle teknik ve karmaşık olduğunu, bu hükümlerin öncelikle uzmanlar tarafından incelenmesi gerektiğini ve *Groppera Radio AG* gibi sınırdışında yayın yapmak isteyen bir şirketin kendisini İsviçre'de uygulanabilecek kurallar ile ilgili bilgilendirmesi ve gerekirse uzmanlardan tavsiye alması gerektiği belirtmiştir. Bu sebeple söz konusu yönetmeliği öngörülebilir ve ulaşılabilir bulmuştur.¹⁷ Aynı şekilde Mahkeme, *Chauvy ve Diğerleri* vakasında, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik bakımından kayda değer ölçüde ilgili kuralın metninin içeriğine, kapsadığı alana ve ilgili hukuk kuralının yöneldiği kişilerin

¹⁴ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 29.

¹⁵ **Kruslin v. France**, Appl. No. 11801/85, Judgement of 24 April 1990, § 33-36.

¹⁶ **Groppera Radio AG and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10890/84, Judgement of 28 March 1990, § 68; **Chauvy and Others v. France**, Appl. No. 64915/01, Judgement of 29 June 2004, § 44.

¹⁷ **Groppera Radio AG and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10890/84, Judgement of 28 March 1990, § 68.

sayısına ve statülerine bağılı olduğunu yinelemiştir. Bu hususta Mahkeme, bireylerin tavsiye almaları gerekse de yasanın öngörülebilir olduğunu ve özellikle mesleki faaliyetleri gereğı yüksek derecede dikkat göstermeleri gerektiğı alanlarda bu hususun geçerli olduğunu dile getirmiştir. Bu vakada ise başvuruçuların bir gazeteci, bir yayıncı ve yayıncı şirketi olduğunu dile getiren Mahkeme, müdahaleye dayanak teşkil eden yasanın, iki kanunu (29 Haziran 1881 ve 5 Ocak 1951 tarihli) ve üç Yargıtay kararını (12 Ocak 1956, 13 Kasım 1978 ve 4 Ekim 1989 tarihli) içerdğini belirtmiş ve basın ve yayın sektörlerinin bu ilgili yasadın haberdar olmaları gerektiğı ifade etmiştir.¹⁸ Bu bağlamda anlaşılmaktadır ki devletin müdahalesine dayanak teşkil eden yasanın yöneldiğı kişilerin mesleki faaliyetlerinden dolayı, bu kişilerin özen gösterme gereğı söz konusu olabilmekte ve bu durum yasanın öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik değerlendirmesini belirli ölçüde esnetmektedir.

II. Meşru Amaçlar

AİHS'in 8 ila 11. maddelerinde, Mahkeme önce söz konusu müdahalenin ilgili hakkın kapsamına girip girmediğini tespit etmektedir. Bu tespitin olumlu gerçekleşmesinden sonra, Mahkeme, müdahalenin hukukiliğı denetimini yapmakta ve bu test de olumlu sonuçlanırsa müdahalenin ilgili maddelerde belirtilen bir meşru amaca veya sınırlandırma ölçütüne sahip olup olmadığı incelemektedir.

Hakka yapılan müdahalenin meşru amacının belirlenmesinde, devletin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme nadiren devletin seçtiğı meşru amaca karışmaktadır. İstisnalardan biri olan ve “gizli” olarak sınıflandırılan “strateji belgesi”ni üzerine yazdığı makalelerden dolayı para cezası almasını konu edinen *Stoll* vakasında, Hükümetin “gizli olan bilgilerin açıklanmasını önleme” yanı sıra “ulusal güvenlik” ve “kamu güvenliğı” meşru amacına dayandığı savını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuruçuya verilen cezaların kamu güvenliğini ve ulusal güvenliğı korumayı amaçlanması bakımından Taraf Devletlerin tatmin edici argümanlar sunması gerektiğini belirtmiştir. Mevcut olay bakımından ise başvuruçuya yapılan müdahalelerin, bu meşru amaçların korunması için yapılmadığını ve fakat gizli bilginin açıklanmasının önlenmesi için yapıldığını belirtmiştir. AİHM ayrıca

¹⁸ **Chauvy and Others v. France**, Appl. No. 64915/01, Judgement of 29 June 2004, § 44.

“ulusal güvenlik” ve “kamu güvenliği” meşru amaçlarının, dar bir şekilde uygulanması ve dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir.¹⁹ Mahkeme, meşru amaçlar bakımından verdiği bu içtihadını *Görmüş ve Diğerleri* kararında da yinelemiştir.²⁰ Bu bakımdan, devlet meşru amaçları belirlerken geniş bir takdir yetkisine sahip olsa da ileri sürdüğü meşru amaçlar tatmin edici olmalı ve “ulusal güvenlik” ve “kamu güvenliği” gibi meşru amaçların dar bir alanda uygulanması ve dar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

A. İfade Özgürlüğü Rejiminin Meşru Amaçları

AİHS, madde 10/II’de, devletin ifade özgürlüğüne müdahale edebilmesi için izlemesi gereken meşru amaçlar sıralanmıştır. Buna göre Sözleşme’ye Taraf Devletler, ifade özgürlüğüne müdahale edebilmek için i) ulusal güvenlik yararı, ii) toprak/ülke bütünlüğü yararı, iii) kamu güvenliği yararı, iv) düzensizliğin veya suçun önlenmesi, v) sağlığın korunması, vi) ahlakın korunması, vii) başkalarının haklarının veya itibarının korunması, viii) gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, ix) yargının yetkisinin ve tarafsızlığının muhafazası meşru amaçlarını izlemelidir. Bu bakımdan ifade özgürlüğünde dokuz meşru amaç söz konusu olmaktadır. Burada genel olarak ulusal güvenlik ve düzensizliğin veya suçun önlenmesi meşru amacına kısaca değinildikten sonra sanatsal ifade özgürlüğünde sıkça başvurulanan meşru amaçlar incelenecektir.

Ulusal güvenlik, “bir devletin askeri kuvvetlerini savaşta yıkabilecek veya hükümetini hukuka aykırı yollarla devirebilecek düşmanlara karşı devletin güvenliğini” ifade etmektedir.²¹ Mahkeme, ulusal güvenlik meşru amacı söz konusu olduğunda devletin takdir marjını geniş tutmaktadır. AİHS madde 8 ile ilgili olan *Leander* kararında Mahkeme, ulusal güvenliğin korunması meşru amacının devletin

¹⁹ *Stoll v. Switzerland*, Appl. No. 69698/01, Judgement of 10 December 2007, § 54.

²⁰ *Görmüş and Others v. Turkey*, Appl. No. 49085/07, Judgement of 19 January 2016, § 36-37.

²¹ P. Kempees, ““Legitimate Aims” in the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Ed. by Paul Mahoney, Rolv Ryssdal, Köln, Heymann, 2000, s. 662’den aktaran White, Ovey, *The European Convention on Human Rights*, s. 317, 330. Öncü ise ulusal güvenlik meşru amacının, “bir Taraf Devletin güvenliğinin ve demokratik anayasal düzeninin iç ve dış düşmanlara karşı korunmasına ilişkin” olduğunu dile getirir. Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 369.

takdir marjını genişlettiğini belirtmiştir.²² AİHS madde 10 vakalarında ise ulusal güvenliğin geniş olduğu lafzi olarak ifade edilmese de kararlarda bu yaklaşımın izlendiği görülmüştür.²³ Bununla beraber Mahkeme, genel nitelikli müdahaleler bakımından kamu makamlarının ulusal güvenlik amacına dayanarak müdahalenin gerekliliğini ortaya koyarken daha yüksek bir standart belirlemekte ve böylece daha sıkı bir denetim gerçekleştirmektedir.²⁴

Düzensizliğin ve suçun önlenmesi, terörizmle ve diğer suçlarla mücadele bağlamında başvurulmuş bir meşru amaçtır. İfade özgürlüğü bağlamında medya,²⁵ hakaret²⁶ ve düzeni bozma²⁷ ile bağlantılı olarak gündeme gelmektedir.²⁸ Düzensizliğin ve suçun önlenmesi meşru amacının devletin takdir marjına fazla bir etkisi görülmemektedir. Ancak özellikle devletin mücadele ettiği suçun ağırlığının artması ile devletin takdir marjının da artması söz konusu olmaktadır.²⁹

B. Sanatsal İfade Özgürlüğünde Sıkça Başvurulan Meşru Amaçlar

Sanatsal ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde özellikle bazı meşru amaçlar daha sık bir şekilde gündeme gelmektedir. Sözleşme'ye Taraf Devletler, sanatsal ifade özgürlüğüne çoğunlukla “ahlakın korunması” veya “başkalarının haklarının ve itibarlarının korunması” amaçlarıyla müdahale etmektedirler. Devletler bir esere, müstehcen (*obscene*) olduğunda müdahale edebilmektedir. Bu durumda

²² **Leander v. Sweden**, Appl. No. 9248/81, Judgement of 26 March 1987, § 59.

²³ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 260-261.

²⁴ **Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria**, Appl. No. 15153/89, Judgement of 19 December 1994, § 37; **Arslan v. Turkey**, Appl. No. 23462/94, 08 July 1999, § 46-50; **Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey**, Appl. No. 23536/94; 24408/94, Judgement of 08 July 1999, § 62-67; Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 489.

²⁵ **Groppera Radio AG and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10890/84, Judgement of 28 March 1990, § 69; **Autronic AG v. Switzerland**, Appl. No. 12726/87, Judgement of 22 May 1990, § 58.

²⁶ **Castells v. Spain**, Appl. No. 11798/85, Judgement of 23 April 1992, § 39.

²⁷ **Chorherr v. Austria**, Appl. No. 13308/87, Judgement of 25 August 1993, § 28.

²⁸ Harris, O’Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 489; Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 262-263.

²⁹ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 263.

ahlakın korunması meşru amacı gündeme gelmektedir. Bir eser, başkalarının hakları ile çatışacak şekilde de kullanabilmektedir. Sanatsal ifade özgürlüğü ile çatışan haklar genel olarak i) düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı, ii) özel yaşamın korunması hakkı ve iii) mülkiyet hakkıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki Mahkeme ahlakın korunması ile başkalarının haklarının korunması meşru amaçları arasında doğal bir bağ olduğunu belirtmiştir. Bu durumda Mahkeme bazı başvurularda bu iki meşru amacı birlikte kabul etmiştir.³⁰ Bununla beraber özellikle Taraf Devletlerin müstehcen olarak niteledikleri ifadelere yaptıkları müdahaleler, ahlakın korunması meşru amacı bakımından değerlendirilmelidir.

1. Ahlakın Korunması

AİHS 8-11. maddelerinin hepsinde ahlakın korunması, bir meşru amaç olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber Komisyon, ahlakın korunmasında madde 8 ve madde 9 ile madde 10 ve madde 11 arasında bir ayrım ortaya koymuştur. Komisyon *Dudgeon* vakasındaki raporunda, ahlakın korunması amacının esasen, toplumun değer ve inançlar sisteminin (*ethos*) korunmasını ifade ettiğini ve özellikle madde 8 ve madde 9 olmak üzere Sözleşme'nin, devletin müdahale edemeyeceği özel ahlakla sıkı sıkıya bağlı bir alanı bireye sağladığını dile getirmiştir.³¹ Bu bakımdan ahlakın korunması meşru amacı, madde 8 ve madde 9'a göre madde 10'da daha geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

İfade özgürlüğü hakkında, ahlakın korunması, takdir marjı doktrini içerisinde devlete geniş bir müdahale alanı bırakmaktadır.³² *Handyside* kararında Avrupa konsensüsünü inceleyen Mahkeme, devletler arasında ortak bir ahlak anlayışı bulamadığı için yerel ahlak anlayışı bakımından ulusal bir yargıcın daha iyi bir konumda bulunduğunu ifade eder:

³⁰ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 30; **Perrin v. the United Kingdom**, Appl. No. 5446/05, Decision of 18 October 2005.

³¹ **Dudgeon v. the United Kingdom**, Appl. No. 7525/76, Report of the Commission of 13 March 1980, § 108.

³² Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 491; White, Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 328; Greer, **The Margin of Appreciation**, s. 10.

“Sözleşmecî Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar.”³³

Mahkeme bu retoriği, *Müller* vakasında da aynı şekilde tekrarlamıştır. *Müller*'in seks partisini (*orgy*) resmeden ve herhangi bir yaş sınırı veya ücret öngörmeyen “Fri-Art 81” sergisinde yer alan “Üç Gece, üç Resim” (“*Drei Nächte, drei Bilder*”) isimli büyük resimleri toplanmış ve bunlara el konulmuştur. Mahkeme burada ahlakın korunması sınırlama ölçütünü ortaya koymuş ve ulusal yargıcın, uluslararası yargıca göre daha iyi konumda bulunduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan devlete geniş bir takdir marjı tanıyan Mahkeme, ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.³⁴ *Handyside* da olduğu gibi *Müller* kararında da ahlakın korunması ölçütü söz konusu olduğunda Mahkeme'nin ölçülülük ilkesini zayıf bir şekilde uyguladığı göze çarpmıştır.

Mahkeme özellikle Avrupa konsensüsünde ortak bir anlayış tespit ettiğinde, ahlakın korunması sınırlama ölçütüne sağlanan bu geniş alan daralmaktadır. *Akdaş* kararında, Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in “*Les onze mille verges*” isimli erotik romanının, “On Bir Bin Kırbaç” başlığıyla yapılan Türkçe çevirisinin, kamu makamları tarafından ahlakın korunması meşru amacına dayanılarak sınırlandırılması karşısında Mahkeme, söz konusu eserin birçok dilde yayınlandığını ve “*La Pléiade*” koleksiyonuna dahil edildiğini bu yüzden Avrupa Edebi mirası içerisinde bulunduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.³⁵

³³ *Handyside v. United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 48.

³⁴ *Müller and Others v. Switzerland*, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 30, 35, 41-44.

³⁵ *Akdaş v. Turkey*, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010, § 24-29.

Mahkeme ahlakın korunması meşru amacını değerlendirirken, bu amaca dayanılarak yapılan müdahalenin gerekliliği konusunda ulusal yargıcın gerekçelendirmesini de göz önünde bulundurmaktadır. Ulusal yargıcın bu gerekliliği ortaya koyarken herhangi bir gerekçe sunmaması da Mahkemeyi daha sıkı bir değerlendirme yapmaya itebilmektedir.³⁶

AİHM, Avrupa ülkeleri arasında ahlaki bakımdan yeknesak bir anlayış olmadığından dolayı, ahlaki çerçeve içerisinde ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde, Taraf Devletlerin takdir marjının genişlediğini belirtmiştir.³⁷

2. Başkalarının Haklarının veya İtibarlarının Korunması ya da Hakların Çatışması

Sanatsal ifade özgürlüğünde de en çok ortaya çıkan meşru amaçlardan diğeri “başkalarının haklarının ve itibarlarının korunması”dır. Başkalarının hakları Sözleşme’de mündemiç olan haklar ile sınırlı değildir. Bu bakımdan sözleşmesel veya özel haklar da ifade özgürlüğü veya sanatsal ifade özgürlüğü hakkı ile bir çatışma oluşturabilir.³⁸ Başkalarının haklarının ve itibarlarının korunması ölçütü, tek başına takdir marjında bir değişiklik oluşturmamaktadır. Bununla beraber ifadelerin yöneldiği kişi bir politikacı olduğunda kabul edilebilir eleştiri sınırı özel bir kişiye göre daha geniş olmakta³⁹ ve bu sınır hükümet söz konusu olduğunda daha da genişlemektedir.⁴⁰

Özellikle hakaret (*defamation*) veya dine küfür (*blasphemy*) vakalarında başkalarının haklarının veya itibarlarının korunması meşru amacı gündeme gelmektedir.

³⁶ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 57-58.

³⁷ **İ.A. v. Turkey**, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 September 2005, § 25.

³⁸ Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 373; Alastair Mowbray, **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights**, 3. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 726.

³⁹ **Lingens v. Austria**, Appl. No. 9815/82, Judgement of 08 July 1986, § 42.

⁴⁰ **Castells v. Spain**, Appl. No. 11798/85, Judgement of 23 April 1992, § 46.

a. Madde 9: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

Daha önce de ifade edildiği üzere sanat, kendi döneminden ileride olarak geleceğe yöneliktir. Bu bakımdan yenilikçidir⁴¹ ve toplumların muhafazakar kurumları olan hukuk ve din gibi olgular ile sürekli olarak çatışma içine girmesi olağandır. Sanatçının kendi ifadesini oluştururken toplumun kendisine dayattığı tüm bu bağlardan soyut olarak eserini meydana getirmesi, sanatsal ifade özgürlüğünün halihazırda kendine içkin olarak bu kurumlar ile doğal bir çatışma ilişkisi içerisinde olduğunu gösterir.

Sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili erken dönem kararlarında düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı ile olan çatışma gün yüzüne çıkmıştır. Mahkeme, *Wingrove* ve *Otto-Preminger-Institut* vakalarında, madde 10/II’de bireylere ödev yükleyen “görev ve sorumluluk” ifadeleri dolayısıyla dini düşünceler ve inançlarla ilgili olarak, diğerlerini gereksiz olarak inciten ifadelerden kaçınma yükümlülüğünü bireylere yüklemiştir. Nitekim Mahkeme, bu ifadelerin insan ilişkilerini ileri götürmeye kabil herhangi bir kamusal tartışmaya kaktı sağlamadığını ifade etmiştir.⁴² AİHM “[d]ini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışı, ahlaki ve dini çerçeve içerisindeki kişisel yargılarını aşağılamaya eğilimli hususlarla bağlantılı olarak; ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin yapılmasında Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisini genişletmekte” olduğunu dile getirmiştir.⁴³

Haklar çatışmasında, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına verilen ağırlığın zamanla değiştiği, Mahkeme’nin temkinli bir tutum sergilediği erken dönem kararlarından, daha sıkı bir denetim uyguladığı kararlara bir evrim yaşandığı ifade

⁴¹ Paul Kearns, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 67-68.

⁴² **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 49; **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 52.

⁴³ **İ.A. v. Turkey**, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 September 2005, § 25; **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 50; **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 58.

edilmektedir.⁴⁴ Bunun belki de en önemli sebebi, 2001 yılında gerçekleşen 9/11 olaylarının, Mahkeme’yi düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü ilgilendiren vakalarda daha temkinli olmaya itmesidir.

b. Madde 8: Özel Yaşamın Korunması Hakkı

Sanatsal ifade sıklıkla, politikacılara veya kamusal figürlere karşı siyasal içerikte kullanılan bir ifade tipidir. Hiciv uslubu içeren sanatsal ifade, kamusal figürlere karşı çok önemli bir silah olarak kullanılabilmektedir. Bu bağlamda sanatsal ifade özgürlüğü hakkı sıklıkla özel yaşamın korunması hakkı ile çatışabilmektedir.⁴⁵

Mahkeme, öncelikle ifade özgürlüğü ile özel yaşamın korunması hakkı arasında bir çatışma tespit edilebilmesi için ifade ile kişinin onuruna ve itibarına yapılan saldırının belirli bir ciddilik seviyesine ulaşması ve bu saldırının özel yaşamın korunması hakkından kişisel yararlanmaya hanel getirecek şekilde yerine getirilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁴⁶ Bu çatışma gerçekleşikten sonra burada ifadenin yöneldiği kişinin kamusal bir figür, siyasetçi veya ünlü olup olmadığı dikkate alınacaktır. Nitekim Mahkeme, özel kişilere nazaran kamusal figürlerin kabul edilebilir eleştiri sınırının daha geniş olduğunu dile getirmiştir.⁴⁷ Aynı şekilde Mahkeme ayrıca kişinin önceki davranışlarını da dikkate almakta, sözgelimi nefret suçu gibi birçok suçtan yargılanan, birçok radikal söylemlerde bulunan ve radikal sağın öncü siyasal liderlerine yönelen eleştirilerin daha geniş olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır.⁴⁸ Bununla birlikte Mahkeme, karşı tarafı

⁴⁴ Harris, O’Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 496.

⁴⁵ Bkz. **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007; **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007.

⁴⁶ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 31.

⁴⁷ **Lingens v. Austria**, Appl. No. 9815/82, Judgement of 08 July 1986, § 42; **Castells v. Spain**, Appl. No. 11798/85, Judgement of 23 April 1992, § 46; **Von Hannover v. Germany (No.2)**, Appl. No. 40660/08; 60641/08, Judgement of 07 February 2012, § 108-110.

⁴⁸ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 56.

damgalama amacı taşıyan yorumları ve yorumların içeriğinin şiddet ve nefret teşvik etmesini, bu sınırın aşılması olarak değerlendirmiştir.⁴⁹

Mahkeme genel olarak özel yaşamın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü hakkının çatıştığı her bir vakada farklı etkenleri dikkate alsa da *Von Hannover (No.2)* vakasındaki, çatışmayı dengelemek için belirlediği beş kriter, şu anda kullanılan kriterlerdir.⁵⁰

1. Genel yararı içeren bir tartışmaya katkı
2. İfadeye konu kişinin ünlülük derecesi ve ifadenin konusu
3. İfadeye konu kişinin vakaya konu olan ifadeden önceki davranışları
4. Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları
5. İlgili bilgilerin veya fotoğrafların elde edilme koşulları.

c. Protokol 1 Madde 1: Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı ile (sanatsal) ifade özgürlüğü hakkı arasındaki çatışma, AİHM içtihatlarında fazlaca karşılaşılan bir husus değildir. Bununla beraber, sanatsal ifade ile mülkiyet arasındaki çatışmanın günümüzde daha olası olduğu ifade edilmektedir.⁵¹ Bir ifadenin, bir yazarın telif haklarına ve dolayısıyla mülkiyet hakkına tecavüz teşkil etmesi sık karşılaşılabilen bir durumdur.

Mahkeme'nin bu çatışmayla ilgili verdiği kararlar incelendiğinde, bu hususu içeren iki kabul edilemezlik kararının mevcut olduğu görülmektedir. *N.* vakasında başvurucuya, Zürih şehrindeki binalara yaptığı grafitiler dolayısıyla 9 ay hapis cezası verilmiştir. Komisyon, başkalarının mülkiyetine saygı gösterme ile sanatsal ifade özgürlüğü hakkı arasındaki çatışmada, kamu makamlarının ölçülü olmayan bir önlem almadığını belirtmiştir. Bu bağlamda açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle

⁴⁹ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 57.

⁵⁰ **Von Hannover v. Germany (No.2)**, Appl. No. 40660/08; 60641/08, Judgement of 07 February 2012, § 108-113.

⁵¹ Atagün Mert Kejanlıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü”, (Danışman: Demirhan Burak Çelik), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 127 vd.

başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁵² Aynı şekilde dosya paylaşımı sitesi olan “*The Pirate Bay*” sitesinin yöneticilerinin başvuru olduğu *Neij ve Sunde Kolmisoppi* başvurusundaki ifade özgürlüğü ile telif hakkını da içeren mülkiyet hakkı arasındaki çatışmada, devletin müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmış ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.⁵³

III. Hakkın Sınırlandırılmasının Sınırı: Demokratik Toplumda Gereklik

AİHM, devletin müdahale ederken başvurduğu meşru amacı tespit ettikten sonra söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme’nin yaptığı bu ‘gereklik’ incelemesinde ölçülülük ilkesi ve takdir marjı doktrini söz konusu olmaktadır. Bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar verirken söz konusu bu iki husus etkin olmaktadır.

A. Demokratik Toplumda Gereklik Kavramının Anlamı

Mahkeme, *Handyside* kararında demokratik toplumda gerekli olan müdahaleyi açıklamıştır. Mahkeme öncelikle ‘gereklik’ kelimesini açıklamaktadır. Buna göre:

“Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10/II. fıkrasındaki ‘gerekli’ (*necessary*) sıfatının, bir yandan ‘kaçınılmaz’ (*indispensable*) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2/II’deki “mutlaka gerekli”, md.6/I’deki “kesinlikle gerekli” ifadeleri ve md.15/I’deki “durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde” ifadesi), öte yandan ‘kabul edilebilir’ (*admissible*), ‘olağan’ (*ordinary*), (krş. md.4/III), ‘yararlı’ (*useful*), (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), ‘makul’ (*reasonable*), (krş. md.5/III) ve md.6/I veya ‘arzu edilen’ (*desirable*) deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.”⁵⁴

⁵² *N. v. Switzerland*, Appl. No. 9870/82, Decision of 13 October 1983, § 2.

⁵³ *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweeden*, Appl. No. 40397/12, Decision of 19 February 2013.

⁵⁴ *Handyside v. United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 48.

Mahkeme, aynı zamanda demokratik topluma yönelik bazı nitelemelerde de bulunmaktadır:

“Denetim görevi Mahkeme’yi, “demokratik bir toplumu” niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “bilgi” ve “fikirler” için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden bilgi ve fikirler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”⁵⁵

Daha önceden de ifade edildiği üzere, Mahkeme, demokratik toplumu, çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre belirlemez. Mahkeme burada demokratik toplumda azınlıkları da kapsayan çoğulcu demokrasi anlayışını benimsemiştir.

Bununla beraber Mahkeme, ifade özgürlüğüne özgü olarak demokratik bir toplumda, kişinin görevlerine ve yükümlülüklerine atıf yapmaktadır. AİHS madde 10/II’de, ifade özgürlüğünün kullanılmasının, kişinin görevlerini ve yükümlülüklerini barındırdığı belirtilmiştir. Sözleşme’de benzeri bulunmayan bu ibare bağlamında, Mahkeme ifade özgürlüğünün toplumun bir bölümünü rahatsız eden, onlara çarpıcı gelen bilgi ve fikirleri kapsadığını belirtse de, kişinin demokratik bir toplumda yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini görmezden gelmeyecektir. Bu bağlamda, kişinin kendi üstüne düşen görev ve yükümlülükleri yerine getirmeden toplumun bir bölümünü rahatsız eden ifadeler kullanması durumunda, Mahkeme ihlal olmadığına karar verecektir. Mahkeme özellikle medya ile ilgili olan vakalarda, başvurucunun görevlerine ve yükümlülüklerine atıf yapmakta ve gazetecilik etiğine uygun olarak doğru ve güvenilir bilgi temin ederek iyi niyet içinde hareket etmesi gazetecinin gazetecinin görev ve yükümlülüklerinden birisi olduğunu belirtmektedir.⁵⁶

⁵⁵ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 49.

⁵⁶ **Kaperzyński v. Poland**, Appl. No. 43206/07, Judgement of 3 April 2012, § 57; **Goodwin v. the United Kingdom**, Appl. No. 17488/90, Judgement of 27 March 1996, § 39; **Fressoz and Roire v. France**, Appl. No. 29183/95, Judgement of 21 January 1999, § 54.

Mahkeme, sanat eseri ortaya koyanların da madde 10/II’de belirtilen görevlere ve yükümlülöklere karşı bağışık olmadığını, bunları üstlendiklerini dile getirir.⁵⁷ Mahkeme, ismi verilen bir kişinin itibarına saldırının ve başkalarının haklarını ihlalin söz konusu olduğu vakalarda, ifade özgürlüğünün barındırdığı görevlere ve yükümlölöklere önem atfetmektedir.⁵⁸

Handyside kararında görüldüğü üzere Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik incelemesini genel olarak dört başlık altında incelemektedir: i) müdahalenin/önlemin sosyal ihtiyaç baskısına (*pressing social need*) karşılık gelmesi,⁵⁹ ii) müdahalenin/önlemin uygun ve yeterli sebeplere (*relevant and sufficient reasons*) dayanması,⁶⁰ iii) müdahalenin/önlemin izlenen meşru amaçla orantılı olması⁶¹ iv) çatışan menfaatler/yararlar arasında adil bir dengenin olması.⁶²

Sosyal ihtiyaç baskısının mevcudiyetinde, Taraf Devletler belirli bir takdir marjına sahip olmaktadır. Bununla birlikte sosyal ihtiyaç baskısı, demokratik bir toplumun menfaatleri bağlamında değerlendirilmelidir. Sözgelimi basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, özgür basının demokratik bir toplum için ortaya koyduğu önem değerlendirilmelidir.⁶³ Bu bağlamda Mahkeme, genel olarak, kamusal bir tartışmaya katkı sunan ifadeler veya siyasal ifadeler söz konusu olduğunda ulusal

⁵⁷ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 51.

⁵⁸ **Axel Springer AG v. Germany**, Appl. No. 39954/08, Judgement of 7 February 2012, § 82; **Aquilina and Others v. Malta**, Appl. No. 28040/08 14 June 2011, § 44; **McVicar v. the United Kingdom**, Appl. No. 46311/99, Judgement of 07 August 2002, § 84; **Bladet Tromsø and Stensas v. Norway**, Appl. No. 21980/93, Judgement of 20 May 1999, § 66.

⁵⁹ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 48.

⁶⁰ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 50.

⁶¹ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 49.

⁶² **Barthold v. Germany**, Appl. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985, § 58.

⁶³ **Fatullayev v. Azerbaijan**, Appl. No. 40984/07, Judgement of 22 April 2010, § 82; William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, New York, Oxford University Press, 2015, s. 474.

makamların, sosyal ihtiyaç baskısının mevcudiyetine karar verirken sınırlı bir takdir marjına sahip olduğunu ifade etmiştir.⁶⁴

AİHM, şikayet edilen müdahaleyi bir bütün olarak incelerken, ulusal makamların, müdahaleyi meşrulaştırmak için ortaya koyduğu gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığını ve alınan önlemin izlenilen meşru amaç ile orantılı olup olmadığını incelemektedir.⁶⁵ Burada Mahkeme, ulusal makamların, madde 10'da mündemiç ilkelere uygun olan standartları uyguladığına ve dahası ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesini yaptığına ikna olmalıdır.⁶⁶

B. Demokratik Toplumda Gereklik Denetiminin Uygulanması

1. Ölçülülük ve Devletin Takdir Marjı

Demokratik toplumda gereklik denetiminin uygulaması, ölçülülük ilkesi ve takdir marjı doktrini ile gerçekleşir. Ölçülülük ilkesi ulusal mahkemelerin kararlarında ortaya çıkan bir ilkedir. Buna göre ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır: i) elverişlilik (*suitability*), ii) gereklik (*necessity*) ve iii) orantılılık (*proportionality in the narrow sense*).⁶⁷

⁶⁴ **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No.2)**, Appl. No. 32772/02, Judgement of 30 June 2009, § 92; **Lingens v. Austria**, Appl. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986, § 42; **Castells v. Spain**, Appl. No. 11798/85, Judgment of 23 April 1992, § 43; **Thorgeir Thorgeirson v. Iceland**, Appl. No. 13778/88, Judgement of 25 June 1992, § 63; **Wingrove v. United Kingdom**, Appl. No. 17419/90, Judgment of 25 November 1996, § 58.

⁶⁵ **Hertel v. Switzerland**, 59/1997/843/1049, Judgment of 25 August 1998, § 46; **Steel and Morris v. the United Kingdom**, Appl. No. 68416/01, Judgement of 15 February 2005, § 87; **Stoll v. Switzerland**, Appl. No. 69698/01, Judgement of 10 December 2007, § 101. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 474-475.

⁶⁶ **Mamère v. France**, Appl. No. 12697/03, Judgement of 07 February 2007, § 19; **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 45; **Perna v. Italy**, Appl. No. 48898/99, Judgement of 06 May 2003, § 39; **Zana v. Turkey**, Appl. No. 18954/91, Judgement of 25 November 1991, § 51; **Aquilina and Others v. Malta**, Appl. No. 28040/08 14 June 2011, § 40-42. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 475.

⁶⁷ Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, New York, Oxford University Press, 2010, s. 66, 397-404; Jonas Christoffersen, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 69-70; Matthias Klatt, Moritz Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 8; Aharon Barak, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 245 vd.; Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", **University of Toronto Law Journal**, 57, pp. 383-397, s. 387-388. Bununla beraber Alman Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği üç

Hakkın sınırlandırılmasında devletin başvurduğu araç, sınırlama amaçlarını gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Bu bakımdan devletin gerçekleştirdiği önlem, istenilen amacı gerçekleştirmeye kabil olmalı ve bu amaca bir katkı sağlamalıdır. Bununla birlikte, kullanılan aracın tek başına amacı gerçekleştirmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Buna göre alınan önlem, başvuru aracın, amacın bir kısmını gerçekleştirilmesine yardımcı olabilir. Burada elverişlilik unsurunun değerlendirilmesi, daha uygun veya doğru araca başvurulmasının değerlendirilmesi demek değildir. Bu unsorda sadece başvuru sınırlayıcı önlem ile başvuru aracın, gerçekleştirilmek istenen amacı terakki etmeye kabil olup olmadığı değerlendirilmektedir.⁶⁸

Başvuru araç, sınırlayıcı önlem açısından gerekli olmalıdır. Bu bakımdan devlet, sınırlayıcı önlem alınacak hak için en yumuşak araç seçmek zorundadır. Bu durumda, gereklilik unsuru bakımından bir değerlendirme yapabilmek için (i) bir amacı gerçekleştirebilecek birden fazla aracın bulunması ve (ii) bu araçlardan birisinin daha az sınırlayan/külfet getiren bir araç olması gerekmektedir. Gereklilik ilkesi bakımından iki aracın söz konusu olabilmesi için ikisinin amacı gerçekleştirmeye kabil olması gerekir. Dolayısıyla bir yanda gerçekleştirilmek istenen amaçtan daha eksik bir araca başvurulmaması gerekirken diğer yandan seçilen araçların temel hak ve özgürlükleri sınırlamada en küçük ölçekte bulunması gerekmektedir.⁶⁹

Orantılılık unsuru ise araç ile amaç arasında bir oran öngörmektedir. Buna göre başvuru araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Orantılılık unsuruna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlayıcı bir önlem alabilmek için amacın yerine getirilmesinden elde edilen yarar ile ilgili bireyin

ilke için bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 114-117; Seyfullah Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 38.

⁶⁸ Christoffersen, **Fair Balance** s. 69; Barak, **Proportionality**, s. 305; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 114-115; Klatt, Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 8-9.

⁶⁹ Christoffersen, **Fair Balance** s. 70; Barak, **Proportionality**, s. 320-321; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 115; Klatt, Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 9; Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, s. 39.

temel hak ve özgürlüğüne verilen zarar arasında uygun bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan burada kamu yararı ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında bir dengenin bulunması gerekmektedir.⁷⁰ Burada bu unsurları somutlaştırmak adına Grimm'in örneği verilebilir:

“Failin, mülkiyeti yok etmesini engellenmenin tek aracı ateş etmek olduğunda, kanunun polise kişiye ateş etmesine izin verdiğini ele alalım. Almanya’da mülkiyetin kendisi Anayasal olarak güvence altına alınmıştır; mülkiyetin korunması kesinlikle hukukidir hatta önemli bir amaçtır. Faile ölmesi için ateş etmek, failin mülkiyeti yok etmesini önlemek için elverişli bir araçtır. Başka bir araç bulunmuyorsa, ateş etmeye izin verildiğinden, iki aşamalı gereklilik testi geçilmektedir. Eğer birisi burada durursa, yaşam ile mülkiyet arasında denge kurulamayacaktır.”⁷¹

Bununla beraber AİHM içtihatlarına bakıldığında ölçülülük ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Mahkeme’nin yaptığı ölçülülük incelemesini daha iyi anlayabilmek için ölçülülük ilkesinde yapılan ayrımı ortaya koymak gerekir. Ölçülülük ilkesi, yatay/esnek ölçülülük ilkesi (*horizontal/flexible proportionality*) ve dikey/katı ölçülülük ilkesi (*vertical/strict proportionality*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Yatay ölçülülük ilkesi, verili bir olaya uygulanırken, bu ilkeyi esnek bir şekilde uygulayan, olayın bütün faktörlerini dikkate alan ilkedir. Dolayısıyla yatay ölçülülük ilkesinde, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesine aykırılık doğrudan ihlali sonuçlanmamaktadır. Dikey ölçülülük ilkesi ise verili bir olayda bu ilkeyi katı bir şekilde uygulayan, olayı genel olarak ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bakımından değerlendiren bir ilkedir. Dikey ölçülülük ilkesinde, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesine aykırılığın tespiti doğrudan ihlal ile sonuçlanmaktadır.⁷²

Ulusal mahkemelerin uygulamalarında az rastlanan yatay ölçülülük ilkesine en iyi örnek olarak Güney Afrika Anayasası’nın benimsediği sınırlandırma sistemi

⁷⁰ Christoffersen, **Fair Balance** s. 70; Barak, **Proportionality**, s. 340-344; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 116-117; Klatt, Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 9.

⁷¹ Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, s. 396.

⁷² Christoffersen, **Fair Balance** s. 71-72; Tosun, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, 40.

gösterilebilir. Güney Afrika Anayasası'nın "Hakların Sınırlandırılması" başlığını taşıyan 36. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

"Temel Haklar Bildirgesi'nde düzenlenen haklar ancak genel hukuk ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmanın, aşağıda belirtilenler de dahil olmak üzere *ilgili bütün etkenler göz önüne alınarak* makul ve insan onuruna, eşitliğe ve özgürlüğe dayanan açık ve demokratik bir toplumda haklı görülebilir olması zorunludur:

- (a) Söz konusu hakkın niteliği;
- (b) Sınırlandırmanın önemi ve amacı;
- (c) Sınırlandırmanın niteliği ve kapsamı;
- (d) Sınırlandırma ile sınırlandırmanın amacı arasındaki ilişki ve
- (e) Aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik daha az kısıtlayıcı bir önlem."⁷³

AİHM'in Sözleşme'nin 5. maddesinin askıya alınması ile ilgili olan *Lawless* kararında, ölçülülük ilkesini zımni bir şekilde uyguladığı görülmektedir.⁷⁴ *Belçika Dil vakasında*, Mahkeme, ölçülülük ilkesinin üçüncü alt unsuru olan orantılılıkta değerlendirilen hakkın özüne (*substance of the right*) atıf yapmış ve eğitim hakkının özüne müdahale edilemeyeceğini ifade etmiştir. Devamında Mahkeme, Sözleşme'nin toplumun genel yararını korumak ile temel insan haklarına saygı göstermek arasındaki bir adil dengeyi ortaya koyduğunu dile getirmiştir.⁷⁵ *Handyside* kararında

⁷³ **Constitution of South Africa, Article 36/I** (Vurgu eklenmiştir)

- (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, *taking into account all relevant factors, including—*
 - (a) the nature of the right;
 - (b) the importance of the purpose of the limitation;
 - (c) the nature and extent of the limitation;
 - (d) the relation between the limitation and its purpose; and
 - (e) less restrictive means to achieve the purpose

⁷⁴ **Lawless v. Ireland (No.3)**, Appl. No. 332/57, Judgement of 01 July 1961, § 36-38.

⁷⁵ **"Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium**, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968, § 5.

Mahkeme, ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan gereklilik ilkesine atıf yapmıştır.⁷⁶ *Barfod* kararında, Mahkeme, doğrudan ölçülülük ilkesine atıf yapmakta ve verili vakada ölçülülüğün, izlenilen meşru amaç ile kamuyu ilgilendiren konulardaki açık tartışmaların değeri arasındaki dengeyi ifade ettiğini dile getirmiştir.⁷⁷ Nihayetinde, Mahkeme, *Sporrong ve Lönnroth* kararında adil denge arayışının Sözleşme'nin bütününe içkin olduğunu dile getirmiştir.⁷⁸

AİHM'in içtihatlarına bakıldığında, Mahkeme tarafından dikey ölçülülük ilkesinin değil, yatay ölçülülük ilkesinini tercih edildiği görülmektedir. Mahkeme, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesinin meydana getirdiği en az külfetli/sınırlayan araç (*least onerous means*) testini katı bir şekilde uygulamamaktadır.⁷⁹ Mahkeme, *James ve Diğerleri* kararında bu hususu açıkça belirtmiştir:

“Bu, maddeye katı bir gereklilik testi yapılmasını gerektirir ki bu, Mahkeme'nin garanti vermediği bir yorumdur. Alternatif çözümlerin mevcudiyeti, tek başına kiralanmış emlak reformu yasasını gayri meşru kılmaz, bu mevcudiyet, bir “adil denge” bulma ihtiyacını göz önüne alarak, seçilen aracın makul ve izlenilen meşru amacın gerçekleştirilmesine elverişli olarak dikkate alınıp alınamayacağı kararında bir etkeni oluşturur. Yasanın bu sınırlar içinde kalması şartıyla, Mahkeme, mevzuatın sorunla başa çıkmak için en iyi çözümü temsil edip etmediğini veya yasama yetkisinin başka bir şekilde kullanılması gerekip gerekmediğini söylemez.”⁸⁰

Bununla birlikte Mahkeme'nin, hakka ciddi bir müdahalede bulunulması söz konusu olduğunda en az külfetli/sınırlayan araç testini kullandığı görülmektedir. Televizyon yayıncılığı üzerindeki devlet tekelinin değerlendirildiği *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* kararında, Mahkeme, ulusal bir kanal

⁷⁶ **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 49, 58.

⁷⁷ **Barfod v. Denmark**, Appl. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989, § 29.

⁷⁸ **Sporrong and Lönnroth v. Sweden**, Appl. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982, § 69.

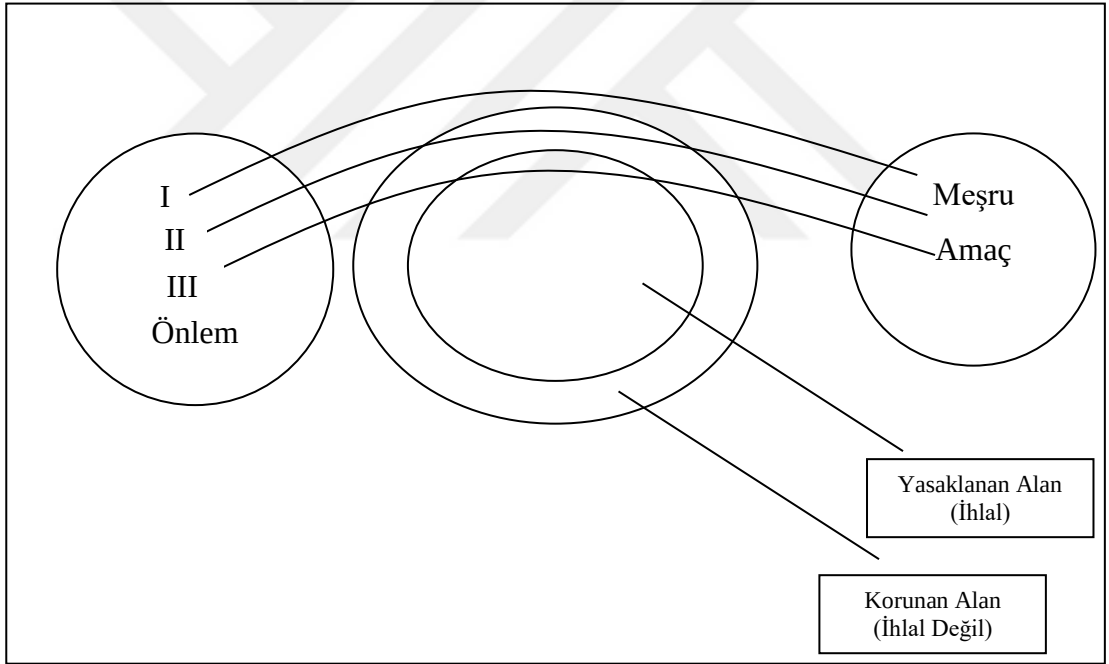
⁷⁹ Christoffersen, **Fair Balance** s. 112 vd.

⁸⁰ **James and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, § 51.

aracılığı dışında yayın yapmanın tamamen imkansızlığını ifade eden kamu tekelinin ifade özgürlüğü üzerinde azami sınırlamanın uygulanmasını ifade etmiştir.⁸¹ Mahkeme devamında şunu ifade etmiştir:

“Nihayetinde ve her şeyden önemlisi, eşdeğer daha az sınırlayıcı bir çözüm olmadığı tartışılmaz, belirli ülkelerin, değişen içeriklerin belirli koşullarına bağlı olarak lisans vermesi veya ulusal/kamu tüzel kişilerin eylemlerine özel katılım biçimleri için hüküm meydana getirmesi uygulamasına atfını örnek göstermek yeterlidir.”⁸²

Ancak Christoffersen’in da ifade ettiği üzere, Mahkeme’nin bu sonuca ulaşmasında karar verici unsur, katı bir gereklilik ilkesi değil, hakka yapılan müdahalenin niteliğidir.⁸³



Şema - 3.1: En Az Külfetli/Sınırlayıcı Araç⁸⁴

⁸¹ **Informationsverein Lentia and Others v. Austria**, Appl. No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 17207/90, Judgement of 24 November 1993, § 39.

⁸² **Informationsverein Lentia and Others v. Austria**, Appl. No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 17207/90, Judgement of 24 November 1993, § 39.

⁸³ Christoffersen, **Fair Balance** s. 124-125.

⁸⁴ Şema-3.1, Christoffersen’in kitabındaki Şema-3’ten benzer şekilde alınmıştır. Bkz. Christoffersen, **Fair Balance** s. 133-134.

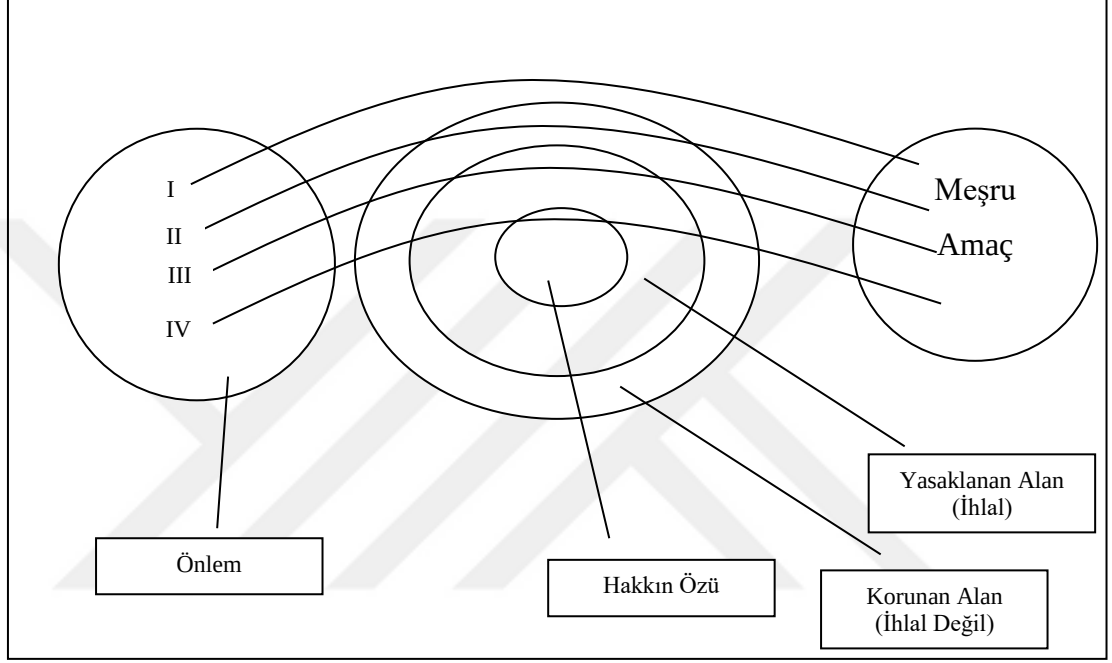
Mahkeme'nin ölçülülük ilkesini bu şekilde uygulamasının temel sebebi ise Sözleşme'nin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme, insan haklarına asgari koruma standartları getiren bir belgedir. Bu bakımdan, daha az sınırlayıcı/külfetli bir araç olsa bile Sözleşme'ye Taraf Devletin, Sözleşme'nin öngördüğü asgari standartları yerine getirmesi, Devletin müdahalesini Sözleşme'ye uygun kılmaktadır.⁸⁵ Şema - 3.1'de görüldüğü üzere, Devletin I numaralı müdahale aracı, Sözleşme'nin ilgili hak bakımından sağladığı koruma alanının dışında kalmakta ve dolayısıyla böyle bir müdahaleye karşı yapılan başvurunun, kabul edilemezlik kararı ile sonuçlanması gerekmektedir. Devletin II numaralı müdahale aracı ise Sözleşme'nin ilgili hakta sağladığı koruma alanı içerisine girmekle birlikte Sözleşme'nin ilgili hak bakımından sağladığı asgari standartlara halel getirmemekte ve dolayısıyla böyle bir müdahaleye karşı yapılan başvuruda, Mahkeme'nin esasa girerek 'ihlal yok' kararı vermesi gerekir. Devletin III numaralı müdahale aracı, Sözleşme'nin ilgili hak bakımından sağladığı koruma alanına/kapsamına müdahale etmekte ve aynı zamanda asgari standartlara halel getirmektedir. Bu bakımdan ancak III numaralı müdahale söz konusu olduğunda Mahkeme, daha az külfetli/sınırlayıcı araç testini kullanabilmektedir.⁸⁶

AİHM'in içtihatlarına bakıldığında ise hakkın özü (*very essence/substance of right*) bakımından iki tip teorinin oluştuğu görülmektedir. Bunlardan birincisi mutlak hakkın özü teorisidir (*absolute theory of the very essence/substance of right*). Buna göre, her hakkın hiçbir şart altında sınırlanamayan bir çekirdeği bulunmaktadır. Bu çekirdeğe yapılan müdahale, Sözleşme kapsamında korunmayan bir müdahaledir ve dolayısıyla hakkın ihlali ile sonuçlanır (Bkz. Şema – 3.2'deki IV numaralı müdahale aracı). Göreli hakkın özü teorisi (*relative theory of very essence/substance of right*),

⁸⁵ Dimitrios Evrigenis, "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", **Human Rights Law Journal**, Vol. 3, 1982, pp. 121-139, s. 137-138; Christoffersen, **Fair Balance** s. 47-48; Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2002, s. 17. Ayrıca, "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968, § 3'te geçen "belirli uluslararası standartlar" ibaresi de Sözleşme'nin asgari standartlar ortaya koyan bir belge olduğunu doğrulamaktadır.

⁸⁶ Christoffersen, **Fair Balance** s. 132-134.

müdahalenin kısıtlayıcılığının derecesi de dikkate alınarak, hakkın özünün, adil dengenin bulunmasında bir etken olduğunu ortaya koyan teoridir.⁸⁷ Bununla birlikte Christoffersen'e göre Mahkeme'nin içtihatlarında mutlak ve görelî teori birbirinin içine geçerek uygulanmaktadır.⁸⁸



Şema – 3.2: Mutlak Hakkın Özü Teorisi⁸⁹

Elverişlilik ilkesi de AİHM'in ön plana aldığı bir ilke değildir. Mahkeme, aracın etkililiğinden ziyade izlenilen amacın meşruiyetine odaklanmaktadır. Nitekim madde 18'de Sözleşme'deki "hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörülükleri amaç dışında" uygulanamadığı belirtilmiştir. Mahkeme de *Brogan ve Diğerleri* kararında amacın mevcudiyetinin, aracın başarısından bağımsız bir şekilde değerlendirmesi zorunluluğundan bahsetmiştir.⁹⁰

⁸⁷ Christoffersen, **Fair Balance** s. 138, 145 vd.

⁸⁸ Christoffersen, **Fair Balance** s. 163.

⁸⁹ Şema-3.2, Christoffersen'in kitabındaki Şema-5'ten benzer şekilde alınmıştır. Christoffersen, **Fair Balance** s. 137.

⁹⁰ **Brogan and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Judgement of 28 November 1988, § 53. Ayrıca bkz. Christoffersen, **Fair Balance** s. 164-166; Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, s. 95.

Bununla birlikte Mahkeme, elverişlilik ilkesini daha çok önündeki vakada sorunun ne olduğunu ve bu sorunun nasıl çözüldüğünü değerlendirirken kullanmaktadır.⁹¹

Mahkeme'nin demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde, takdir marjı doktrininin de önemli bir ağırlığı vardır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'ye Taraf olan Devletlerin takdir marjı Avrupa denetimi ile birlikte yürür.⁹² Sözleşme'nin asgari standartlar getiren bir belge olması, bu asgari alanın dışında kalan alanın Devletin takdirine bırakılmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda belirli bir müdahalenin konusunda Mahkeme'nin devlete geniş bir takdir marjı tanınması, ölçülülük ilkesini daha da esnekletmektedir. Bu yüzden Arai-Takahashi'nin ileri sürdüğü üzere, ölçülülük ilkesi, takdir marjı doktrininin öteki yüzünü ifade etmektedir.⁹³

AIHS çerçevesinde Taraf Devletlere tanınan alan, iki kaynaktan doğmaktadır. Öncelikle Mahkeme'nin kararlarının/değerlendirmelerinin ikincilik (*subsidiarity*) ilkesi gereği, Taraf Devletlere bir manevra alanı (*room for maneuver*) bırakmaktadır. İkinci olarak Sözleşme'nin normları, Taraf Devletlerden asgari standartları yerine getirmesini gerektirmektedir. AIHM'in yorumuyla oluşan Sözleşme'nin ortaya koyduğu asgari standartlar alanının dışında Taraf Devletler bir alana sahip olmaktadır.⁹⁴ Bu bağlamda takdir marjı hem izin verilen seçenekler alanını hem de yargının kendisini kısıtlamasının bir aracını oluşturmaktadır.⁹⁵

AIHM, Birleşik Krallık'ın, AIHS'in 5. maddesini askıya alması ile ilgili olan *Ireland v. Birleşik Krallık* kararında, Mahkeme, terörle mücadelede, Britanya Hükümetinin uygulayacağı *en ihtiyatlı veya en uygun/yararlı politikanın* ne

⁹¹ Christoffersen, **Fair Balance** s. 166 vd.

⁹² **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 49.

⁹³ Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, s. 14-15.

⁹⁴ Christoffersen, **Fair Balance** s. 236; Paul Mahoney, "Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments", **European Human Rights Law Review**, 1997, pp.364-379, s. 369.

⁹⁵ Paul Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", **Human Rights Law Journal**, Vol.11, 1990, pp.57-88, s. 78.

olabileceğine ilişkin bir değerlendirmenin kendi görevi olmadığını belirtmiştir.⁹⁶ Gizli gözetim ile ilgili olan *Klass ve Diğerleri* kararında ise Mahkeme, Sözleşme'ye Taraf Devlet tarafından *uygun varsayılan herhangi bir önlemin* alınamayacağını dile getirmiştir.⁹⁷ Bu bağlamda, sağladığı standart koruma, “en ihtiyatlı veya en uygun/yararlı politika” (üst limit) ile “uygun varsayılan herhangi bir önlem” ya da “sınırsız takdir” (alt limit) arasındadır.⁹⁸

Sözleşme'nin ortaya koyduğu asgari standartlar alanı listelenmiş, *a priori* olarak belirlenmiş bir alan değildir. Bu alan birden çok etkene bağlı olarak genişleyip daralmaktadır. AIHM, her vakada ayrı bir şekilde, aşağıda belirtilecek olan etkenleri dikkate alarak Taraf Devletin müdahalesinin asgari standartlar alanına yönelip yönelmediğini değerlendirecektir.

2. Ölçülülük Değerlendirmesini Belirleyen Etkenler

Mahkeme, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına karar verirken birden fazla etken söz konusu olmaktadır. Bu bapta, dokuz adet etken sayılabilir: i) hakkın niteliği ve önemi, ii) müdahalenin yoğunluğu, iii) takip edilen meşru amacın niteliği ve önemi, iv) Taraf Devletler arasındaki konsensüs (ulusal hukuk standartlarının karşılaştırılması), v) müdahalenin gerçekleştiği politika alanı, vi) diğer sözleşmeler ile karşılaştırma (uluslararası hukuk standartlarının karşılaştırılması), vii) inceleme altındaki norm veya uygulama ile ilgili iç hukuktaki belirsizliğin veya ihtilafın mevcudiyeti, viii) özel bir yerel durumun mevcudiyeti ix) durumun istisnai niteliği.⁹⁹

Ulusalüstü insan hakları hukukunda, insan hakları arasında bir hiyerarşi benimsenmemektedir. Bu bakımdan insan hakları listesinin bütünselliği ve hakların

⁹⁶ *Ireland v. the United Kingdom*, Appl. No. 5310/71, Judgement of 18 January 1978, § 214.

⁹⁷ *Klass and Others v. Germany*, Appl. No. 5029/71, Judgement of 06 September 1978, § 49.

⁹⁸ Christoffersen, *Fair Balance* s. 264-265.

⁹⁹ Christoffersen, *Fair Balance* s. 232-233; Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 256; Harris, O’Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 356-364; Thomas A. O'Donnell, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 4 (Winter, 1982), pp.474-496, s. 479 vd.; Paul Mahoney, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?” *Human Rights Law Journal*, 1998, s. 1-6.

bölünmezliği ilkesi cari olmaktadır.¹⁰⁰ Bununla beraber hakların bazı nitelikleri, onları diğer haklara nazaran daha öncelikli hale getirebilmektedir. Yaşam hakkı, işkence yasağı gibi mutlak haklara yapılan müdahaleler buna örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra AİHS'in başlangıç kısmında yapılan demokratik siyasal rejime yapılan atıf 8 ila 11. maddelerini de önemli kılmaktadır.¹⁰¹ Nitekim AİHM, ifade özgürlüğünü, demokratik toplumun temellerinden biri olarak nitelemiştir.¹⁰² Ancak genel olarak, madde 10/I'de güvence altına alınan haklar ve özgürlüklerin uygulanmasına yapılan herhangi bir müdahale, ifade özgürlüğü hakkının öneminden dolayı denetimin daha sıkı yapılmasını gerektirmez.¹⁰³ Genel olarak bakıldığında, kamusal tartışmalara katkıda bulunan ifadeler ve siyasal ifadeler söz konusu olduğunda, Mahkeme, sıkı bir denetim gerçekleştirmektedir.

Müdahalenin yoğunluğu, ilgili ifadenin kullanıcısına gerçekleştirilen ceza ve yaptırımların şiddeti, süresi ve niteliği, müdahalenin ölçülülüğü değerlendirmesinde rol oynamaktadır.¹⁰⁴ Mahkeme'nin kararlarında, hukuki yaptırımların, cezai yaptırımlara göre¹⁰⁵ ve ilgili ifadeye erişime yaş sınırı getirilmesinin, erişimi engelleyecek el koymaya göre¹⁰⁶ daha az ağır olduğu ifade edilmiştir. Nitekim AİHM, eserin yayınlanmadan, kamuya arz edilmeden önce bir kısıtlamaya, sansüre

¹⁰⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş**, C.2, 8.Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 612-617.

¹⁰¹ O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine", s. 484-489; Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 356-357; Reid, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, s. 65-66; Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, **European Human Rights Law: Text and Materials**, 3.Baskı, New York, Oxford University Press, 2008, s. 253.

¹⁰² **Handyside v. United Kingdom**, Appl. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 49.

¹⁰³ **Informationsverein Lentia and Others v. Austria**, Appl. No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 17207/90, Judgement of 24 November 1993, § 35; **Autronic AG v. Switzerland**, Appl. No. 12726/87, Judgement of 22 May 1990, § 61.

¹⁰⁴ **Sürek v. Turkey (No.1)**, Appl. No. 26682/95, Judgement of 08 July 1999, § 64; **Chauvy and Others v. France**, Appl. No. 64915/01, Judgement of 29 June 2004, § 78; **PETA Deutschland v. Germany**, Appl. No. 43481/09, Judgement of 8 November 2012, § 50; **Ceylan v. Turkey**, Appl. No. 23556/94, Judgement of 08 July 1999, § 37; **Skalka v. Poland**, Appl. No. 43425/98, Judgement of 27 August 2003, § 41-42.

¹⁰⁵ **PETA Deutschland v. Germany**, Appl. No. 43481/09, Judgement of 8 November 2012, § 50.

¹⁰⁶ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 61.

maruz kalmasını daha dikkatli inceleyeceğini belirterek, yayınlanmadan, kamuya arz edilmeden önce yapılan kısıtlamanın, sonra yapılacak sınırlamalara göre daha ağır olduğunu ortaya koymuştur.¹⁰⁷ Bir yandan “bireylerin saygınlıklarına ağır bir şekilde hakaret ve küfür içeren ifadeler yoluyla yapılan saldırılar, huzur bozucu etkileri nedeniyle, ağır cezaları meşru kılacak özel bir ağırlık kazanabilirken,¹⁰⁸ diğer yandan bir hakaret davasında 1.000 Avro’luk para cezası orantısız bulunmaktadır.¹⁰⁹ Kamusal menfaati ilgilendiren açık ve gizlenmemiş kamusal bir tartışma söz konusu olduğunda, verilen herhangi bir cezanın caydırıcı etkiye sahip olacağını ve bu bağlamda orantısız bir müdahale teşkil edeceğini ifade eder.¹¹⁰ Bu bağlamda çok düşük miktardaki bir para cezası,¹¹¹ belirli baskıcı yasalara dayalı ceza yargılamalarına usule ilişkin gerekçelerle son verilse bile, suçlu bulunma ve cezalandırılma tehlikesinin devam etmesi,¹¹² soruşturma riskinden dolayı bireylerin davranışlarını değiştirmek zorunda kalması veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski bulunan bir kişi grubunun üyesi olması¹¹³ ve bazı görüş ifadelerinin, bu ifadelerde bulunabilecek muhtemel kişileri otosansür uygulamaya zorunlu kılacak

¹⁰⁷ **The Observer and Guardian v. the United Kingdom**, Appl. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991, § 60; **Alınak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 37.

¹⁰⁸ **Palomo Sánchez and Others v. Spain**, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, Judgement of 12 September 2011, § 76; **Editions Plon v. France**, Appl. No. 58148/00, Judgement of 18 August 2004, § 44.

¹⁰⁹ **Vellutini and Michel v. France**, Appl. No. 32820/09, Judgement of 6 October 2011, § 43; Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 476.

¹¹⁰ **Kaperzyński v. Poland**, Appl. No. 43206/07, Judgement of 3 April 2012, § 74; **Cumpănă ve Mazăre v. Romania**, Appl. No. 33348/96, Judgement of 17 December 2004, § 118.

¹¹¹ **Lombardo and Others v. Malta**, Appl. No. 7333/06, Judgement of 24 April 2007, § 61.

¹¹² **Bowman v. the United Kingdom**, Appl. No. 24839/94, Judgement of 19 February 1998, § 107; **Kaplan v. Turkey**, Appl. No. 56566/00, Judgement of 24 January 2006, § 35; **Nikula v. Finland**, Appl. No. 31611/96, Judgement of 21 March 2002, § 54; **Dilipak v. Turkey**, Appl. No. 29680/05, Judgement of 15 September 2015, § 45.

¹¹³ **Burden v. the United Kingdom**, Appl. No. 13378/05, Judgement of 29 April 2008, § 34; **Cumpănă ve Mazăre v. Romania**, Appl. No. 33348/96, Judgement of 17 December 2004, § 113-114; **Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. Ireland**, Appl. No. 55120/00, Judgement of 16 September 2005, § 114; **Dilipak v. Turkey**, Appl. No. 29680/05, Judgement of 15 September 2015, § 46.

şekilde çok genel ifadelerle baskı altına alan bir mevzuatın söz konusu olması¹¹⁴ caydırıcı etki doktrininin uygulanabileceği hususlar olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Mahkeme *Perrin* kabuledilemezlik kararında, caydırıcı etki doktrininin uygulamasının sanatsal ifadeyi de kapsadığını dile getirmiştir.¹¹⁵

Devletin ilgili hakka müdahalesinde izlediği meşru amacın niteliği de demokratik toplumda gereklilik incelemesinde bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hususu meşru amaçlar kısmında değinildiğinden burada ayrıca bahsedilmeyecektir.

Demokratik toplumdaki gereklilik incelemesinde, müdahalenin gerçekleştiği konuda Taraf Devletler arasındaki konsensüs incelenmesi önemli bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, bir Taraf Devletin ilgili müdahale bakımından uygulamalarının veya düzenlemelerinin diğer Taraf Devletlerde de bulunması, şikayet edilen Taraf Devletin takdir marjını genişletmektedir. Aynı şekilde, ilgili müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemeler konusunda, Taraf Devletler arasında herhangi bir konsensüs olmadığı zaman da şikayet edilen Taraf Devletin takdir marjı genişleyecektir. Ancak, müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemelerin alanında, diğer Taraf Devletlerde aksine bir konsensüs olduğu takdirde şikayet edilen Taraf Devletin bu konudaki takdir marjı daralacaktır. Taraf Devletler arasındaki konsensüs etkeni, zaman bakımından göreceli bir etkidir. *Handyside* kararında, Mahkeme ulusal hakim, uluslararası hakime göre daha iyi konumda olduğuna karar verirken ahlak bakımından Taraf Devletler arasında bir konsensüsün bulunmadığını dikkate almıştır:

“Sözleşmeciler Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (*vital forces*) doğrudan ve sürekli ilişkide

¹¹⁴ **Vajnai v. Hungary**, Appl. No. 33629/06, Judgement of 08 July 2008, § 54; **Altuğ Taner Akçam v. Turkey**, Appl. No. 27520/07, Judgement of 25 October 2011, § 70-75; **Dilipak v. Turkey**, Appl. No. 29680/05, Judgement of 15 September 2015, § 47.

¹¹⁵ **Perrin v. the United Kingdom**, Appl. No. 5446/03, Decision of 18 October 2005, D(2).

bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar.”¹¹⁶

Taraf Devletler arasında bir konsensüsün bulunmadığı konularda, zaman geçtikçe bir konsensüs oluşabilir ve şikayet edilen devletin müdahalesi ihlal kararı ile sonuçlandırılabilir. Sözelimi, transeksüellik konusunda, transeksüellerin kişisel statülerini değiştirilebilmesine ilişkin olarak 1986 tarihli *Rees* ve 1990 tarihli *Cossey* kararlarında, ilgili düzenlemelerin/kanunların geçiş aşamasında bulunduğu, gelecekteki içtihatların değişiklik ihtimaline açık olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte AİHM, bir konsensüs bulunmadığı için ilgili Devletin takdir marjının geniş olduğunu dile getirmiştir.¹¹⁷ Mahkeme 1992 yılında verdiği, *B.* kararında madde 8’in ihlalini bulgulasa da Taraf Devler arasındaki konsensüsün halen yeterli düzeye gelmediğini dile getirmiştir.¹¹⁸ Bununla birlikte Mahkeme’nin Taraf Devletler arasındaki konsensüs/Avrupa konsensüsü değerlendirmesinde bazı değişikliklere gidilmiştir. Mahkeme, *Christine Goodwin* kararında, Avrupa konsensüsünden ziyade Avustralya ve Yeni Zellanda’daki uygulamalara atıf yaparak, uluslararası konsensüse daha fazla önem attığını belirtmiş ve ihlal kararına uluslararası konsensüsü dayanak olarak göstermiştir.¹¹⁹

Demokratik toplulukta gerekliliği etkileyen bir diğer etken, müdahalenin gerçekleştiği politika alanıdır. Mahkeme, bazı politika alanlarında devletleri takdir

¹¹⁶ *Handyside v. United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, § 48.

¹¹⁷ *Rees v. the United Kingdom*, Appl. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986, § 37, 47; *Cossey v. the United Kingdom*, Appl. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, § 42, 48. Bununla birlikte *Cossey* vakasında Yargıç Macdonald ve Spielman karşı oy görüşlerinde “1986’dan beri, Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin bir çoğunun hukukunda, ‘kesin’ değil, açık gelişmeler gerçekleşmiştir. Böylece biz, *Rees* vakasında Devletlerin ‘geniş takdir marjı’ bir ölçüde kabul edilebilse bile bugün bu hususun geçerli olmadığı görüşündeyiz.” *Cossey v. the United Kingdom*, Appl. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, Joint Partly Dissenting Opinion of Judge Macdonald and Spielman, § 2. Nitekim Yargıç Martens, kendi karşı oy yazısında ise 6 Taraf Devlete karşı 14 Taraf Devletin cinsiyet değiştirmenin hukuken tanıdığını vurgulamıştır. *Cossey v. the United Kingdom*, Appl. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, § 5.5.

¹¹⁸ *B. v. France*, Appl. No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992, § 48.

¹¹⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Appl. No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, § 84-85.

marjına dikkat etmektedir.¹²⁰ Bu bağlamda, Taraf Devletler, askeriye içerisindeki disiplin ve hiyerarşilerde,¹²¹ hapisane koşullarında,¹²² gözetiminin,¹²³ çocuk bakımevlerinin,¹²⁴ soyadının değiştirilmesinin¹²⁵ değerlendirmesinde, özellikle ekonomik alanda önemli ulusal politikalarda¹²⁶ ve göç kontrolü gibi devlet egemenliğini ilgilendiren alanlarda¹²⁷ geniş bir takdir marjına sahip olmaktadır.¹²⁸

Mahkeme, demokratik toplumdaki gereklilik incelemesini yaparken, diğer uluslararası sözleşmeler ile karşılaştırma yapabilmekte ve belirlediği adil denge içerisinde bu sözleşmeleri bir etken olarak ortaya koyabilmektedir.¹²⁹ Bu etken, uluslararası insan hakları hukukunda söz konusu olan “sözleşmeler-arası normatif bütünsellik”ten kaynaklanmaktadır.¹³⁰ Bu bağlamda Sözleşme organları, çeşitli

¹²⁰ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 269.

¹²¹ **Engel and Others v. the Netherlands**, Appl. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976, § 72, 100; **Hadjianastassiou v. Greece**, Appl. No. 12945/87, Judgement of 16 December 1992, § 46.

¹²² **Boyle and Rice v. the United Kingdom**, Appl. No. 9659/82; 9658/82, Judgement of 27 April 1988, § 74; **Silver and Others v. the United Kingdom**, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983, § 98; **Campbell v. the United Kingdom**, Appl. No. 13590/88, Judgement of 25 March 1992, § 45.

¹²³ **Weeks v. the United Kingdom**, Appl. No. 9787/82, Judgement of 2 March 1987, § 49.

¹²⁴ **W. v. the United Kingdom**, Appl. No. 9749/82, Judgement of 8 July 1987, § 62; **B. v. the United Kingdom**, Appl. No. 9840/82, Judgement of 08 July 1987, § 63; **R. v. the United Kingdom**, Appl. No. 10496/83, Judgement of 08 July 1987, § 67.

¹²⁵ **Stjerna v. Finland**, Appl. No. 18131/91, Judgement of 25 November 1994, § 42.

¹²⁶ **Powell and Rayner v. the United Kingdom**, Appl. No. 9310/81, Judgement of 21 February 1990, § 44; **Markt Intern Verlag GmbH v. Germany**, Appl. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989, § 33; **Jacobowski v. Germany**, Appl. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994, § 6.

¹²⁷ **Berrehab v. the Netherlands**, Appl. No. 10730/84, Judgement of 21 June 1988, § 28; **Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom**, Appl. No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, Judgement of 28 May 1985, § 67.

¹²⁸ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 269-276; White, Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 330-331.

¹²⁹ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 286; White, Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 76-77.

¹³⁰ Gemalmaz, **Uluslararası İnsan Hakları Genel Teorisi Giriş**, C.2, s. 618 vd.

kararlarda Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki (Ame.İHS) normlara,¹³¹ Amerikan Devletleri Örgütü belgesi olan Kişilerin Cebri Kaybedilmeleri Hakkında Amerikan Sözleşmesi normlarına,¹³² Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki (MSHS) normlara,¹³³ İşkenceye Karşı Sözleşme'deki (İKS) normlara,¹³⁴ Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki (ÇHS) normlara,¹³⁵ Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ndeki (IAOKS) normlara¹³⁶, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmelerindeki normlara¹³⁷ ve Avrupa Konseyi belgesi olan Biyoetik Sözleşmesi ve Protokollerindeki normlarına¹³⁸ atıf yapmıştır.¹³⁹ Mahkeme, bu

¹³¹ Ame.İHS'e genel atıf için bkz. **Soering v. the United Kingdom**, Appl. No. 14038/88, Judgement of 07 July 1989, § 88. Ame.İHS Madde 18'e yapılan atıf için bkz. **Burghartz v. Switzerland**, Appl. No. 16213/90, Judgement of 22 February 1994, § 24; **Stjerna v. Finland**, Appl. No. 18131/91, Judgement of 25 November 1994, § 37. Ame. İHS Madde 8/II'ye yapılan atıf için bkz. **S. v. Switzerland**, Appl. No. 12629/87; 13965/88, Judgement of 28 November 1991, § 48. Ame.İHS, Madde 4'e yapılan atıf için bkz. **Öcalan v. Turkey**, Appl. No. 46221/99, Judgement of 12 May 2005, § 60.

¹³² Kişilerin Cebri Kaybedilmeleri Hakkında Amerikan Sözleşmesi, Madde 2, 4 ve 18'e yapılan atıf için bkz. **Kurt v. Turkey**, Appl. No. 24276/94, Judgement of 25 May 1998, § 66.

¹³³ MSHS Madde 25'e atıf için bkz. **Glasenapp v. Germany**, Appl. No. 9228/80, Judgement of 28 August 1986, § 48; **Kosiek v. Germany**, Appl. No. 9704/82, Judgement of 28 August 1986, § 34. MSHS, Madde 19'a yapılan atıf için bkz. **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 27. MSHS, Madde 14/IV'e yapılan atıf için bkz. **V. v. the United Kingdom**, Appl. No. 24888/94, Judgement of 16 December 1999, § 48; **T. v. the United Kingdom**, Appl. No. 24724/94, Judgement of 16 December 1999, § 46.

¹³⁴ İKS, Madde 1'e yapılan atıf için bkz. **Selmouni v. France**, Appl. No. 25803/94, Judgement of 28 July 1994, § 97; **Ilascu and Others v. Moldova and Russia**, Appl. No. 88787/99, Judgement of 08 July 2004, § 426.

¹³⁵ ÇHS, Madde 19 ve 27'ye yapılan atıf için bkz. **A. v. the United Kingdom**, Appl. No. 25599/94, Judgement of 23 September 1998, § 22. ÇHS, Madde 3, 37 ve 40'a yapılan atıf için bkz. **V. v. the United Kingdom**, Appl. No. 24888/94, Judgement of 16 December 1999, § 46, 66, 73, 76, 77, 94, 97.

¹³⁶ IAOKS, Madde 4 ve 5'e atıf için bkz. **Jersild v. Denmark**, Appl. No. 15890/89, Judgement of 23 September 1994, § 21, 27-28, 30-31.

¹³⁷ UÇÖ'nün 29 sayılı Sözleşmesi'ne atıf için bkz. **Van der Musselle v. Belgium**, Appl. No. 8919/80, Judgement of 23 November 1983, § 32; **Siliadin v. France**, Appl. No. 73316/01, Judgement of 26 July 2005, § 85.

¹³⁸ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Madde 1, 2, 18 ve 29'a yapılan atıf için bkz. **Vo v. France**, Appl. No. 53924/00, Judgement of 08 July 2004, § 35-40, 52, 75, 84. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Madde 5'e yapılan atıf için bkz. **Evans v. the United Kingdom**, Appl. No. 6339/05, Judgement of 10 April 2007, § 50.

¹³⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş**, C.2, s. 623-636.

sözleşmelere atıf yaparak Sözleşme'deki normları uygulamakta ve devletlerin takdir marjını daraltmakta veya genişletmektedir.

Mahkeme, ayrıca inceleme altına aldığı norm veya uygulama bakımından, muhatap Devletin iç hukukundaki gelişmeleri ve bunun sonucunda oluşan belirsizliği de dikkate aldığı görülmektedir. Zira ilgili uygulamanın veya normun, çatışma ortaya çıkarması,¹⁴⁰ inceleme altında olması,¹⁴¹ tartışma konusu olması,¹⁴² artık gerçekleştirilmiyor veya uygulanmıyor olması¹⁴³ veya ülke içinde aynı şekilde uygulanmıyor olması¹⁴⁴ durumunda devletlerin takdir marjında bir genişleme söz konusu olmaktadır.¹⁴⁵

AİHM, bazı vakalarda, diğer Taraf Devletlerde bulunmayan özel bir yerel durumu dikkate alarak muhatap Devletin Avrupa standardından ayrılmasına olanak tanımaktadır.¹⁴⁶ Nitekim böyle bir özel durum, birden fazla dil konuşan bölgeye sahip çok dilli olan Belçika için Belçika dil vakasında görülmektedir.¹⁴⁷ Bazı politika alanları, yerel duruma, kültüre ve geleneklere bağlı olmaktadır ve ülkeden ülkeye, dönemden döneme değişikliğe uğrayabilmektedir. Özellikle okul müfredatının

¹⁴⁰ **Engel and Others v. the Netherlands**, Appl. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976, § 72; **Van der Musselle v. Belgium**, Appl. No. 8919/80, Judgement of 23 November 1983, § 40; **Rasmussen v. Denmark**, Appl. No. 8777/79, Judgement of 28 November 1984, § 41.

¹⁴¹ **Marckx v. Belgium**, Appl. No. 6833/74, Judgement of 13 June 1979, § 41; **Johnston and Others v. Ireland**, Appl. No. 9697/82, Judgement of 18 December 1982, § 75; **Inze v. Austria**, Appl. No. 8695/79, Judgement of 28 October 1987, § 44; **Casado Coca v. Spain**, Appl. No. 15450/89, Judgement of 24 February 1994, § 54.

¹⁴² **Sunday Times v. the United Kingdom**, Appl. No. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, § 60; **F. v. Switzerland**, Appl. No. 11329/85, Judgement of 18 December 1987, § 36.

¹⁴³ **Dudgeon v. the United Kingdom**, Appl. No. 7525/76, Report of the Commission of 13 March 1980, § 60.

¹⁴⁴ **Vogt v. Germany**, Appl. No. 17851/91, Judgement of 26 September 1995, § 59.

¹⁴⁵ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 288-289.

¹⁴⁶ Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, s. 290.

¹⁴⁷ “**Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium**” v. **Belgium**, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968, § 12.

düzenlenmesi,¹⁴⁸ evlenme yasaları¹⁴⁹ ve yasal uzmanlığın tabi olduğu kurallar¹⁵⁰ gibi konularda, bu özel durum gündeme gelmiştir.¹⁵¹

Olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen AİHS madde 15'in uygulanacağı vakalar dışında istisnai durumlar söz konusu olduğunda, Mahkeme, muhatap Devletin takdir marjını daha geniş olarak değerlendirmektedir.¹⁵² Nitekim *Klass ve Diğerleri* kararında, Mahkeme, terörle mücadele gibi bir amaç bulgulamış ve muhatap Devletin takdir marjını geniş bir şekilde değerlendirmiştir.¹⁵³

Bu genel etkenlerin dışında, Mahkeme'nin AİHS madde 10'da belirtilen ifade özgürlüğüne özgü olarak iki değerlendirme kıstasını belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi madde 10'da belirtilen ve bireye yüklenen "görevler ve yükümlülükler"dir. Bu hususa yukarıda kısaca değinildiğinden dolayı burada ayrıca bahsedilmeyecektir. İkinci husus ise Mahkeme'nin birbirinden ayırdığı olgusal ifadeler ve değer yargıları arasındaki farktır.

AİHM, ulusal mahkemeler tarafından hakaret, iftira veya aşağılayıcı olarak nitelenen ifadeleri, ilk olarak olgusal ifade-değer yargısı ayrımına tabi tutmaktadır. Olgusal ifadeler mevzubahis olduğunda, söz konusu ifadelerin doğruluğunun ispatlanması gündeme gelecek, ispat yükü ve başvurucular için belirli bir kanıt standardı getirilecektir. Görüş ve yorum gibi değer yargıları ise kanıtlanmaya elverişli olmadığından, başvurucular için böyle bir yük söz konusu olmayacaktır.¹⁵⁴

¹⁴⁸ **Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark**, Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, Judgement of 07 December 1976, § 53.

¹⁴⁹ **F. v. Switzerland**, Appl. No. 11329/85, Judgement of 18 December 1987, § 33.

¹⁵⁰ **Casado Coca v. Spain**, Appl. No. 15450/89, Judgement of 24 February 1994, § 54.

¹⁵¹ Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", s. 291.

¹⁵² Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", s. 292.

¹⁵³ **Klass and Others v. Germany**, Appl. No. 5029/71, Judgement of 06 September 1978, § 48-49.

¹⁵⁴ **De Haes and Gijssels v. Belgium**, Appl. No. 1998392, Judgement of 24 February 1997, § 47; **Nilsen and Johnsen v. Norway**, Appl. No. 23118/93, Judgement of 25 November 1999, § 49-50; **Hrico v. Slovakia**, Appl. No. 49418/99, Judgement of 20 July 2004, § 40. Harris, O'Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 519; White, Ovey, **The European Convention on**

Mahkeme, olgusal ifadeler-değer yargısı ayrımının kolay olmadığını ve bu ayrımını daha çok olguların ispat düzeyinin incelenmesi ile çözüleceğini dile getirmiştir.¹⁵⁵ Mahkeme bu ayrımı yaparken, kendisini takdir marjı doktrini ile sınırlamamakta ve bu ayrımı kendisi özerk bir şekilde gerçekleştirmektedir.¹⁵⁶ Nitekim Mahkeme'nin kararlarında, olgusal ifade-değer yargısı ayrımında dikkatli bir inceleme yaptığı görülmektedir.¹⁵⁷ AİHM, basın ve siyasal ifade söz konusu olduğunda, değer yargısı kavramını daha geniş yorumlamakta ve böylece ifade özgürlüğüne daha iyi bir koruma sağlamaktadır.¹⁵⁸

Mahkeme vakada gündeme gelen ifadelerin, bir değer yargısı olduğuna kanaat getirdikten sonra, bu yargıların dayandığı bir 'yeterli olgusal temel' olup olmadığını incelemektedir.¹⁵⁹ Mahkeme'ye göre değer yargılarının, belirli bir ölçüde olgusal temele sahip olması gerekmektedir.¹⁶⁰ Bu yeterli olgusal temel sağlandığında,

Human Rights, s. 435; Janis, Kay, Bradley, **European Human Rights Law**, s. 275; Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, § 6.462.

¹⁵⁵ **Krone Verlag GmbH & CoKG and Mediaprint Zeitungs- und Zeit Schriftenverlag GmbH & CoKG v. Austria**, Appl. No. 42429/98, Decision of 20 March 2003; **Katamadze v. Georgia**, 69857/01, Decision of 14 February 2006. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 519; White, Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 435; Janis, Kay, Bradley, **European Human Rights Law**, s. 275.

¹⁵⁶ **Amihalachioaie v. Moldova**, Appl. No. 60115/00, Judgement of 20 April 2004, § 36.

¹⁵⁷ **Busuioc v. Moldova**, Appl. No. 61513, Judgement of 21 December 2004, § 70-71, 74-75, 78-79, 81-85, 90-93; **Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom**, Appl. No. 18139/91, Judgement of 13 July 1995, § 49-50, 54.

¹⁵⁸ **Jerusalem v. Austria**, Appl. No. 26958/95, Judgement of 27 February 2001, § 44; **Hrico v. Slovakia**, Appl. No. 49418/99, Judgement of 20 July 2004, § 40, 45-46; **Paturel v. France**, Appl. No. 54968/00, Judgement of 22 December 2005, § 37. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 520.

¹⁵⁹ **Jerusalem v. Austria**, Appl. No. 26958/95, Judgement of 27 February 2001, § 43; **Sokolowski v. Poland**, Appl. No. 75955/01, Judgement of 29 March 2005, § 48; **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 55. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 521; White, Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 435; Janis, Kay, Bradley, **European Human Rights Law**, s. 275; Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, § 6.464.

¹⁶⁰ **Turhan v. Turkey**, Appl. No. 48176/99, Judgement of 19 May 2005, § 24. Harris, O'Boyle, Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 521.

bu olguların aksini ispat yükü muhatap Devlete geçmektedir.¹⁶¹ Değer yargısı ile onun dayanmak zorunda olduğu olgusal temel arasındaki bağlantının gerekliliği, her vakanın kendine özgü şartlarına göre değişebilmektedir.¹⁶² Sözelimi mevzubahis olan ifadeler ile kamu yararını ilgilendiren konular arasındaki bağlantının sağlamlığına göre değişebilmektedir.¹⁶³

C. Ölçülülük İlkesinin Sanatsal İfade Özgürlüğüne Uygulanması

AİHM'in genel olarak ölçülülük ilkesini nasıl uyguladığı, takdir marjı doktrinini nasıl kullandığı, demokratik toplumda gerekliliği nasıl tespit ettiği ve hangi etkenlere bağlı olarak adil dengeyi kurduğu kısaca gösterildikten sonra bu ilkelerin sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili kararlara nasıl yansıdığını da görmek gerekir.

1. Genel Olarak

AİHM, sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi bakımından da AİHS madde 10/II'de belirtilen "görevler ve sorumluluklar" unsurunun geçerli olduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁴ Ancak Mahkeme'nin bu tutumu, Harris, O'Boyle, Warbrick tarafından eleştirilmiştir. Sanatın ve sanatçının, ifade özgürlüğünün diğer öznelere farkını görebilmek için şu satırlara bakmak yeterlidir:

"Sözleşme sisteminin temelinde yatan liberal demokratik değerler, sanatçıların birer öncü olarak ortodoksiye karşı çıkmak ve yeni ve eleştirel bir düşünce ortaya koymak için sanatsal görüşlerini özgürce açığa vurma yönünde cesaretlendirilmesini gerektirir. Sanatçıların, demokrasilerde çoğulcu kültürel değerlere esaslı katkılar yapan radikal çalışmalarla kurulu düzene başkaldırmak şeklinde sahip oldukları misyon teşvik edilmelidir... [B]askıcı önlemleri maskeleyerek adına, caydırıcı etkisiyle sanatsal düşünceyi ve

¹⁶¹ **Feldek v. Slovakia**, Appl. No. 29032/95, Judgement of 12 July 2001, § 86. Harris, O'Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 521.

¹⁶² **Brasilier v. France**, Appl. No. 71343/01, Judgement of 11 April 2006, § 38, 41. Harris, O'Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 521.

¹⁶³ **Amihalachioaie v. Moldova**, Appl. No. 60115/00, Judgement of 20 April 2004, § 35. Harris, O'Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 521.

¹⁶⁴ **İ.A. v. Turkey**, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 September 2005, § 24; **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 49.

yaratıcılığı boğacak olan “ödev ve sorumluluklar” kavramına başvurmadan kaçınılması gerekir.”¹⁶⁵

Gerçekten ifade edildiği üzere sanat, yüzü her zaman geleceğe dönük olan bir olgudur. Bu yüzden kendinden muhafazakar yapılar olan toplumun oluşturduğu ve geçmişe tabi olan hukuk ve toplumsal kültür ile çelişki halindedir.¹⁶⁶ Bu bakımdan sanatsal ifade özgürlüğünün öznelerinin, madde 10/II’de belirtilen ödev ve sorumluluklara tabi olmaması gerekmektedir.

Belirtilmesi gereken diğer husus ise olgusal ifade-değer yargısı ayırımına ilişkindir. Sanatsal ifadeler genel olarak, soyut, subjektif ve kanıtlamaya elverişli olmayan ifadelerdir. Sanat eserleri, bir bilimsel veya akademik eserde olduğu gibi nesnel bir gerçeklik ortaya koymaz. Sanatın gerçekle olan bağlantısı daha subjektif, soyut ve spiritüeldir. Gerçek olaylara dayanan romanlar dahi kurgusal niteliğinden ötürü bu nesnel gerçeklikten uzaklaşmaktadır. Bu bakımdan bir vakaya konu olan ifadelerin bütününe bakmak kaydıyla kural olarak sanatsal ifadeler bu ayırmada değer yargısına denk düşmektedir. Dolayısıyla bu husus devlet tarafından sanatsal ifadeye yapılan müdahalede, devletin yükümlülüğünü artırırken, başvurucununki azaltmaktadır.

2. Demokratik Toplumda Sanatsal İfade Özgürlüğünün İki Dönemi

AİHM’in içtihatlarında, sanatsal ifade özgürlüğünün korunmasını iki döneme ayırmak mümkün gözükmemektedir. Burada ilk dönem kararlarını *Müller ve Diğerleri*, *Otto-Preminger-Institut*, *Wingrove* ve son olarak *Karataş* kararları olarak belirlemek yerinde görülmektedir. İlk üç kararda, Mahkeme, Komisyon’un aksine, sanatsal ifade özgürlüğü için ölçülülük unsurlarından daha az sınırlayan/külfet getiren önlem alma unsurunu uygulamamıştır. *Karataş* kararında ise Komisyon’un aksine Mahkeme ihlal kararı verirken, başvuru sınırlama ölçütüne özgü bir yorumla ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu bakımdan, Mahkeme’nin ilk dönem kararlarında, sanatsal ifadenin, Sözleşme’nin, madde 10 bakımından öngördüğü asgari standartlar içerisinde yer

¹⁶⁵ Harris, O’Boyle, Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 471.

¹⁶⁶ Kearns, *Freedom of Artistic Expression*, s. 67-68.

almadığı ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁷ Bu yüzden bu dönem kararlarında, en yoğun müdahalelerin gerçekleştiği vakalarda dahi daha az sınırlayan/külfet getiren sınırlama ilkesinin uygulanması söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin ilk dönem kararlarında, takdir marjı doktrininin adil denge üzerindeki hakimiyeti mevzubahis olmuştur.

Mahkeme, öncelikle hiciv ve kurgu gibi sanata özgü, sanatsal ifadeyi koruyan argümanlar geliştirmiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme'nin *Kaos GL* gibi bazı kararları, sanatsal ifade özgürlüğünün korunmasında standart değişimine işaret etmektedir. Mahkeme bu kararlarda sanatsal ifade özgürlüğüne daha sıkı bir koruma getirmiştir.

a. Takdir Marjının Hakimiyeti

(1) AİHM'in Sanatsal İfade Özgürlüğündeki İlk Dönem Kararları

i. Müller ve Diğerleri Vakası

Strasbourg organlarının sanatsal ifade özgürlüğü konusunda, esastan incelediği kararlara bakılacaksa, kronolojik olarak *Müller ve Diğerleri* kararı ile başlamak gerekir. *Müller ve Diğerleri* vakasında, Fribourg Kantonu'nun İsviçre Konfederasyonu'na katılmasının 500. yıldönümü kutlamalarının bir parçası olarak “Fri-Art 81” sergisi düzenlenmektedir. Bu bağlamda, sergiye çeşitli sanatçılar davet edilmiş ve bu sanatçılara kullanmalar için bir alan tahsis edilmiştir. Davet edilen sanatçılardan biri olan Josef Felix Müller, “Üç Gece, Üç Resim” isimli üç büyük (3.11m x 2.24m, 2.97m x 1.98m ve 3.74m x 2.20m) resim sergilemiştir. Ön planda olan resimlerden birisi erkekler arasındaki fiili livatayı (*sodomy*), oral seks, hayvanla olan cinsel ilişkiyi, erekte penisleri ve masturbasyonu betimlemektedir. Nitekim bu sergi bütün herkese herhangi bir yaş sınırlaması olmadan ücretsiz olarak açıktır. Savcılık makamı ise kızıyla sergiyi ziyarete gelen bir ziyaretçinin ihbarı üzerine harekete geçmiştir. Resmi açılış tarihi olan 4 Eylül 1981'de resimlere el konulmuştur. 24 Eylül 1982'de yerel mahkeme, başvuruçuları Ceza Yasası'nın 204. maddesinde belirtilen müstehcen materyalleri kamuya arz etmekten suçlu bulmuş ve

¹⁶⁷ Bunun yanı sıra Mahkeme, siyasal ifadenin ise Sözleşme'nin asgari standartlarına dahil olduğu görülmektedir. “[S]iyasal tartışma/müzakere özgürlüğü, Sözleşme tarafından geçerli kılınan demokratik bir toplum kavramının en merkezindedir.” **Lingens v. Austuria**, Appl. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986, § 42.

bir yıl sonra sicillerinden silinecek 300 İsviçre Frank tazminatı ile cezalandırmıştır. El koyulan resimlerin ise Fribourg Kantonu Sanat ve Tarih Müzesi'ne emanet olarak bırakılmış ve bu resimler yalnızca bu resimlerde münhasır sanatsal ve kültürel menfaati olan birkaç ciddi uzmanlar için erişilebilir kılınmıştır. Başvurucuların bu karara karşı yaptığı başvurular reddedilmiş bununla beraber 20 Ocak 1988'de Müller'in müsadere edilen resimlerin iade edilmesini içeren başvurusu üzerine, resimler aradan yaklaşık 8 sene geçtikten sonra Mart 1988'de Müller'e iade edilmiştir.¹⁶⁸

Komisyon, resimlerin müsadereesi bakımından, madde 10'un ihlalini bulgulamıştır. Buna göre Komisyon daha az sınırlayan/külfet getiren bir önlemin bulunmadığı zaman böyle bir önlemin meşrulaştırılabileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan devletin müdahalesinin ölçüsüz olduğunu dile getirmiştir.¹⁶⁹ Verilen 300 Franklık ceza bakımından ise söz konusu müdahaleyi ölçülü bulmuş ve ihlal olmadığını dile getirmiştir.¹⁷⁰

Mahkeme, söz konusu vakada, öncelikle verilen ceza bakımından müdahalenin kanun tarafından öngörülmesini incelemiştir. Başvurucular, ilgili Ceza Yasası'nda geçen 'müstehcen' kelimesinin bireyin kendi hareketini düzenleyemeyecek kadar belirsiz olduğunu dile getirmiştir. Mahkeme, bir normun, bireylerin kendi hareketlerinin sonuçlarını öngrebilecek kesinlikte olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber, özellikle toplumun görüşlerine göre değişkenlik arz eden durumlarda kanunun mutlak kesinlikte olamayacağını, aşırı katılıktan kaçınma ve değişen koşullara alan bırakma gereğinin birçok yasanın belirsiz olmasını ifade ettiğini belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, Federal Mahkeme'nin müstehcenlikle ilgili birçok kararının bulunduğunu ve bu kararların yayınlandığını belirterek

¹⁶⁸ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 10-19.

¹⁶⁹ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 103-105.

¹⁷⁰ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 86.

başvurucuların bu itirazını reddetmiştir.¹⁷¹ Mahkeme devamında devletin dayandığı meşru amaçların ahlakın ve başkalarının haklarının korunması olarak belirlemiştir.¹⁷²

Mahkeme, demokratik bir toplumda gereklilik bakımından, verilen cezanın bir sosyal ihtiyaç baskısına karşılık gelip gelmediğini ve müdahalenin, izlenilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve İsviçre mahkemelerinin verilen ceza bakımından sunduğu gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığını incelemiştir.¹⁷³

Mahkeme, sanatçıların dahil kimsenin madde 10/II’de belirtilen sınırlamalardan bağışık olmadığını ve ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, konumuna ve kullandığı araca bağlı olarak görev yükümlülükleri üstlendiğini belirtmiştir.¹⁷⁴

AIHM, *Handyside* kararına atıf yaparak, yeknesak bir Avrupa ahlak anlayışının bulunmadığını, ahlakın gerekliliklerinin zamana ve yere bağlı olarak çeşitlilik gösterdiğini ve sınırlamanın ve cezanın gerekliliği hususunda Devlet makamlarının, uluslararası bir hakime göre kural olarak daha iyi konumda olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁵

Mahkeme, ihtilaf konusu resimlerle ilgili olarak, resimlerin kaba bir biçimde erkekler ve hayvanlar arasındaki cinsel ilişkiyi resmettiğini ve serginin kamuya ücretsiz olarak açık olduğunu ve sergiyi düzenleyenlerin herhangi bir yaş sınırı öngermediklerini belirlemiştir. Taraf Devletlere bırakılan takdir marjı bakımından, İsviçre mahkemeleri, ahlakın korunması amacıyla, başvurucuların müstehcen materyali kamuya arzetmesini para cezası ile cezalandırılmaya yetkili olduğunu ifade etmiştir. Başvurucuların, sergilenen resimlerin herhangi halk protestosuna yol açmadığını, bu resimlerin “Fri-Art 81” sergisinden önce İsviçre’nin diğer kısımlarında ve yurtdışında sergilenabildiği itirazına rağmen Mahkeme, söz konusu müdahalenin gerçek bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğini dile getirerek, verilen para

¹⁷¹ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 29.

¹⁷² **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 30.

¹⁷³ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 32.

¹⁷⁴ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 34.

¹⁷⁵ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 35.

cezası bakımından 1 oya karşı 6 oyla madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁷⁶

Mahkeme, para cezası ile ilgili incelemesindeki gerçek bir sosyal ihtiyacın varlığının, resimlerin müsadereesi bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir. Resimlerin müsadereesi ile ilgili olarak, Mahkeme, başvuru ve Komisyon tarafından ileri sürüldüğü gibi alınan önlem bakımından sanatçının dilediği şekilde resimlerini kullanamamasını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, sanatçının 8 yıla yakın olarak eserinden mahrum bırakıldığını kabul etse bile sanatçının daha önceden böyle bir başvuru yapabileceğini ve fakat bu başvurunun 20 Ocak 1988'de yapıldığını ve bu başvuru üzerine resimlerin iade edildiğini dile getirmiştir. Bu bakımdan, Taraf Devletlere bırakılan takdir marjı bakımından, İsviçre mahkemeleri, ahlakın korunması amacıyla, resimlerin müsadereesinin gerekli olduğuna karar vermeye yetkili olduğunu belirterek, 2 oya karşı 5 oy ile madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁷⁷,

ii. Otto-Preminger-Institut Vakası

Otto-Preminger-Institut vakasında ise Innsbruck'da "Cinematograph" adlı bir sinema işleten özel bir dernek olan *Otto-Preminger Institut für audiovisuelle Mediengestaltung*, Werner Schroeter'in (aşağıdaki 22. paragrafa bakınız) halka açık altı gösterimi yapılacak olan *Das Liebeskonzil* (Cennetteki Konsey)¹⁷⁸ filmini

¹⁷⁶ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 36-37.

¹⁷⁷ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 42-44.

¹⁷⁸ İlgili film ve oyuna dair bilgiler için bkz. **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgment of 20 September 1994, § 20-22.

"Oyun, Tanrı'yı yaşlı, yetkisiz ve etkisiz; Hazreti İsa'yı düşük zekâlı "annesinin oğlu" ve Meryem Ana'yı her ikisini de yöneten, ilkesiz, hafif meşrep kadın olarak göstermektedir. Üçü bir arada, insanlığın ahlaksızlıktan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar vermektedirler. Doğrudan yok etme imkânını kullanmak yerine, insanlığı "kurtarılmaya muhtaç" ve "pişman olabilir durumda" bırakmak için bir cezalandırma yöntemi seçmektedirler. Bu cezayı kendileri düşünemedikleri için, şeytan'dan yardım istemektedirler.

Şeytan, erkeklerin ve kadınların birbirlerine farkında olmadan bulaştırmaları için cinsel yoldan giren bir hastalık önermekte; insanlar arasında bu hastalığı yayması için Salome ile birlikte bir kız çocuğu meydana getirmektedir. Şeytanın tarif ettiği hastalık belirtileri frenginin aynısıdır.

Şeytan bunun karşılığında düşünce özgürlüğü talep etmekte; Meryem Ana "bu konuyu düşüneceğini" bildirmektedir. Şeytan, kızını, işini yapması için, öncelikle dünyevi gücü temsil edenlere, sonra

kamuoyuna duyurmuştur. Filmin gösterilme tarihi 13 Mayıs 1985 olarak belirlenmiştir. Bu dernek, 2.700 üyesine dağıttığı ve Innsbruck'da, Cinematograph'ın kendi vitrini de dâhil olmak üzere astığı bir tanıtım bülteni vasıtasıyla yapılmıştır. Bu tanıtım bülteninde Hristiyan dini doktrinlerinin filmde açıkça eleştirileceğine ilişkin beyanlar da bulunmaktadır. Nitekim bu bültende 17 yaş sınırının bulunduğundan bahsedilmiştir.¹⁷⁹ Roma Katolik Kilisesi'nin Innsbruck Psikoposluğu'nun talebi üzerine, başsavcı 10 Mayıs 1985'de derneğin yöneticisi Bay Dietmar – Zingl hakkında “dini öğretilerin küçük düşürülmesi” suçundan soruşturma başlatmıştır. 12 Mayıs 1985'de film özel bir oturumda, görevli hâkimin (Journalrichter) huzurunda gösterildikten sonra, başsavcı, filme el konması için başvuruda bulunmuş ve Innsbruck Bölge Mahkemesi tarafından filme el konulmasına karar verilmiştir. İlk gösterim için öngörülen saatte gelenlere senaryo okunmuş ve ardından tartışmaya geçilmiştir. Filme 11 Haziran 1985 günü el konulmuştur. 24 Ekim 1985'de, Bay Zingl'e karşı yürütülen ceza davası durdurulmuş; dava, filmin gösteriminin önlenmesi amacıyla Basın Yasası'nın madde 33/II gereğince “tarafsız duruşmalar” şeklinde sürdürülmüştür. 10 Ekim 1986'da Innsbruck Bölge Mahkemesi'nde, film

Papa'nın sarayına, Hristiyan din adamlarına, erkek ve kadın manastırlarına ve son olarak olağan insanlara göndermektedir.

Werner Schroeter'in yönetmenliğini yaptığı film, 1981'de piyasaya çıkmıştır. Panizza'nın 1895'deki yargılanmasından alınmış gibi görünen sahnelerle başlamakta ve bitmektedir. Bu sahnelerin arasında, Roma'daki Teatro Belli'de sergilenen bir oyunu göstermektedir. Film, Yahudi, Hristiyan ve İslam dinlerinin Tanrı'sını, şeytana secde eden, onunla uzun ve ihtiraslı bir biçimde öpüşen ve ona arkadaşım diyen, açıkça bunadığı belli bir yaşlı adam olarak tasvir etmektedir. Tanrı ayrıca, şeytana güvenerek yemin eder şekilde gösterilmektedir. Diğer sahnelerde, Bakire Meryem, müstehcen bir öykünün kendisine okunmasına ve şeytanla arasında şehvetli bir gerilimin doğmasına izin vermektedir. Hazreti İsa'nın büyümüş hali ise, geri zekâlı, aşağılık bir kişi olarak betimlenmekte ve bir sahnede, Annesinin izniyle onun göğüslerini cinsel arzuyla okşayıp, öpmeye çalışmaktadır. Tanrı, Hazreti Meryem ve İsa bir sahnede şeytanı alkışlar şekilde gösterilmektedir.”

¹⁷⁹ İlgili tanıtım bülteni için bkz. **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 9. "Oskar Panizza'nın Cennette geçen hicivsel nitelikteki trajedisi Roma'daki Teatro Belli'de yapılan bir gösterim sırasında filme alınmıştır ve yazarın, 1895'te dine küfretme yüzünden yargılanmasını ve hüküm giymesini yeniden ortaya koyan bir yapıttır. Panizza, frenginin, Rönesans döneminde, özellikle, papa Borgia VI. Alexander'ın Hanedanlığında, insanoğlunun zina ve günahkârlık dolu yaşamına karşılık olarak Tanrı'nın bir cezası olarak verildiği varsayımından yola çıkmaktadır. Schroeter'in filminde, dünyevi gücün işaretlerini taşıyan, Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcileri cennetin kahramanlarına hafif ölçüde benzemektedir.

Hristiyan inancının küçük betimlemeleri ve saçmalıkları karikatürlü biçimde hedef alınmıştır ve dini inançlar arasındaki ilişkiler ve zulmün dünyevi mekanizmaları sorgulanmaktadır."

gizli oturumda gösterilmiş ve Bölgesel Mahkeme, kararında, filmin piyasadan çekilmesini (toplattırılmasını) emretmiştir. Bu karara karşı Bay Zingl'in yaptığı başvurular reddedilmiştir. Bununla beraber 1988'den bu yana orijinal tiyatro eseri Avusturya'da sahneye konmuştur: Kasım 1991'de Viyana'da ve Ekim 1992'de Innsbruck'da. Viyana'da iddia makamları hiçbir girişimde bulunmamışlardır. Innsbruck'da ise, pek çok suç duyurusu özel şahıslar tarafından yapılmıştır, bunlardan sonra, iddia makamları takipsizlik kararları vermişlerdir.¹⁸⁰

Komisyon, sunduğu raporda, öncelikli bu başvuruyu, bir yaş sınırının olması ve filme erişmek için bir ücret ödenmesi bakımından *Müller ve Diğerleri* vakasından ayırmıştır. Başvurcunun sineması bu bağlamda daha sınırlı bir kamusalılık içermektedir. Komisyon *Müller ve Diğerleri* vakasından ayırt edici unsurların en önemlisini, filmi izlemeye gelenlerin nelerle karşılaşabileceğini ortaya koyan tanıtım bülteni olarak tayin etmiştir. Komisyon, *hicivsel* metin ve filmlerin bazı sınırlamalara tabi olabilse bile tamamen yasaklanamayacağını belirtmiştir. Komisyon, çok şiddetli gerekçeler olmadığı müddetçe filmin verdiği mesajı tartışma imkanı bırakmayan tamamen yasaklamanın ölçülü olmayan bir önlem olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda filme el konulması bakımından 5 oya karşı 9 oyla madde 10'un ihlal edildiğini belirtmiştir. Toplatma önlemi bakımından ise bu önlemin daha yoğun bir sınırlama teşkil ederek hakka müdahalenin daha ileri gittiğini belirten Komisyon, 1 oya karşı 13 oyla madde 10'un ihlalini bulgulamıştır.¹⁸¹

Mahkeme, *Otto-Preminger* vakasında, meşru amaç bakımından yaptığı incelemede, ifade özgürlüğünü içeren madde 10 ile düşünce, vicdan, din hürriyetini içeren madde 9 arasında bir çatışma görmüştür.¹⁸² Mahkeme, *Kokkinakis* vakasına¹⁸³ atıf yaparak dinen kutsal sayılan nesnelerin kışkırtıcı biçimde temsil edilmesi dolayısıyla madde 9'un ihaledebileceğini, bu tür kışkırtıcı temsillerin demokratik

¹⁸⁰ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 9-19.

¹⁸¹ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Commission Report of 14 January 1993, § 75-81.

¹⁸² Dine ve dini değerlere hakaret vakalarında hak çatışması dışında daha farklı bir formülasyonun izlenebileceğine yönelik bkz. Greer, **The European Convention on Human Rights**, s. 268-269.

¹⁸³ **Kokkinakis v. Greece**, Appl. No. 14307/88, Judgement of 25 May 1993.

bir toplumda olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak görülebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Taraf Devletin izlediği meşru amacı diğerlerinin haklarını korumak olarak belirlemiştir.¹⁸⁴

Mahkeme'nin yaptığı demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde, öncelikle ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin tabi olduğu görev ve sorumlulukların dini görüş ve inançlar kapsamında diğer kimseleri gereksiz yere inciten ifadelerde mümkün olduğunca kaçınma zorunluluğunu içerdiği ve bu şekilde hak ihlallerinin insan ilişkilerini geliştirmeye kamusal tartışmalara katkıda bulunmadığı yer almaktadır.¹⁸⁵

Toplumdaki dinin önemi ile ahlak kavramını birbirine benzeten Mahkeme, dini bakımdan yeknesak bir anlayışın bulunmadığını ve hatta daha da ileri giderek aynı ülke içerisinde de bu anlayışların değişiklik gösterdiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan, ulusal makamlara belirli bir takdir marjını tanıdığını belirtmiştir.¹⁸⁶

Komisyonun *Otto-Preminger* vakasını, *Müller ve Diğerleri* vakasından ayırma çabasına karşılık Mahkeme özellikle bu iki vaka arasında ayırt edici bir unsur olmadığını göstermeye çabalamıştır. Mahkeme, söz konusu vakada ücretli giriş ve yaş sınırı unsurlarına rağmen filmin geniş bir şekilde reklamının yapıldığını, filmin gerçek niteliği, temel içeriği ve konusu hakkında açık bir fikir verecek şekilde bir bilginin kamuoyunda mevcut olduğunu; bu nedenlerden, filmin gösteriminin, suç teşkil edecek şekilde yeterli ölçüde kamuoyuna mal edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.¹⁸⁷

Mahkeme, kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden doğan menfaatleri ile ifade özgürlüğünden -kamuoyuyla tartışmalı hususları paylaşma ve kamunun bu

¹⁸⁴ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 47-48.

¹⁸⁵ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 49.

¹⁸⁶ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 50.

¹⁸⁷ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 54.

hususlardan haberdar olma hakkından- doğan menfaatlerin tartılması gerektiğini ve bu bakımdan ulusal makamlara bırakılan bir takdir marjı olduğunu beyan etmiştir.¹⁸⁸

AIHM, Tirol halkının çok büyük bir çoğunluğunun Roma Katolik dinine mensup olduğunu dikkate alarak, Avusturya resmi makamlarının filme el koyarak, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve kişilerin dini inançlarına karşı mazur görülemez ve mütecaviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket ettiğini belirtmiştir. Buna dayanarak belli bir zamanda bu tür bir önlemin gerekliliğini değerlendirme hususunda ulusal bir hakim konumunun, uluslararası hakime göre daha iyi bir konumda olduğunu ve vakanın diğer bütün etkenleri değerlendirildiğinde Taraf Devletin takdir marjını aşmadığını beyan ederek, el koyma bakımından 3 oya karşı 6 oy ile madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁸⁹ Filmin toplatılması bakımından ise Mahkeme, filmin Avusturya'da herhangi bir yerde gösterimini sürekli biçimde imkansız kılınmış olduğunu belirterek müdahalenin yoğun olduğunu ima etse de herhangi bir gerekçe belirtmeden başvurulmuş araçların meşru amaçla orantısız olmadığını belirterek madde 3 oya karşı 6 oyla 10'un ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁹⁰

iii. Wingrove Vakası

Wingrove vakasında, başvurucu bir film yönetmenidir. Başvurucu, yaklaşık olarak 18 dakika süren, herhangi bir diyalog içermeyen yalnızca müzik ve hareketli resimlerden oluşan, 16.yüzyılda bir rahibe olan ve birçok rahibe manastırının kurucusu olan Aviva'lı Azize Teresa'nın hayatını ve yazılarını temel alan "Vecd Görüleri" filminin senaryosunu yazmış ve yönetmiştir. Bu kısa metraj filmde, genç bir aktris, Azize Teresa'yı canlandırmaktadır.

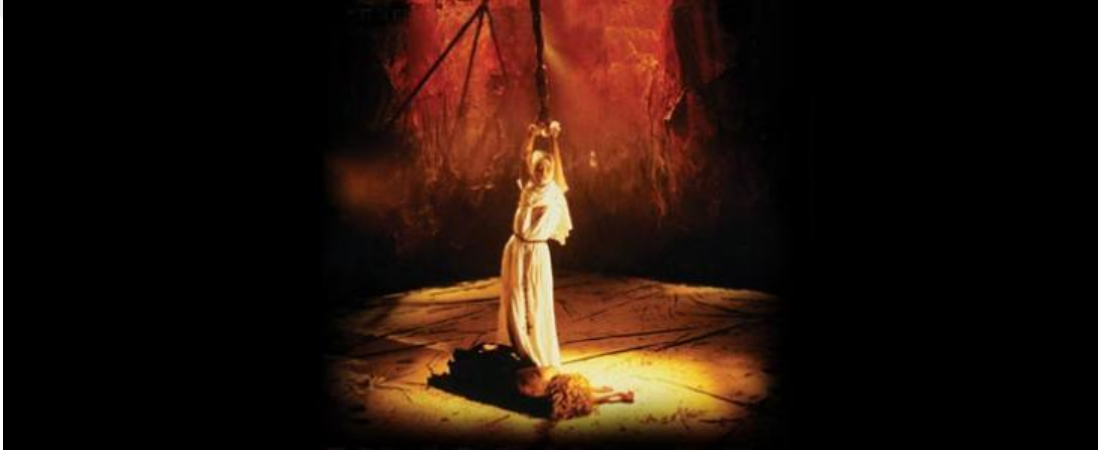
Videoda, kapalı olmayan siyah bir elbise giyen rahibe, elini büyük bir iğneyle keser ve elinden akan kanları açık göğüslerine ve elbisesine sürmektedir. Rahibe kıvrılırken, bir kadeh kutsal şarabı yere döker ve dökülen şarabı yerden yalamaya başlar. Akabinde ise bilincini kaybeder. Bu sekans, yaklaşık olarak filmin yarısında

¹⁸⁸ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 55.

¹⁸⁹ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 56.

¹⁹⁰ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 57.

tekrarlanır. Filmin ikinci yarısında ise Azize Teresa beyaz bir elbise giymiştir. İkinci yarıda neredeyse çıplak olan ve Azize Teresa'nın ruhunu temsil eden ikinci bir kadın daha vardır. Ruh, Azize Teresa'nın ayağını, bacaklarını, karnını, okşamaya başlar ve nihayetinde onunla ateşli bir şekilde öpüşür. Akabinde yerde bir haça bağlı İsa'nın bedeni ortaya çıkar. Azize Teresa, İsa'nın ayağındaki işaretini öper, sonrasında İsa'nın bedeninin sağındaki yarayı öpmeye başlar. Devamında İsa'nın üzerine bacaklarını ayırarak oturur ve yoğun erotik heyecan ortaya koyar ve İsa'nın dudaklarından öper. Bu öpüşme, ruhun ateşli öpüşüyle kesilir. Azize Teresa, İsa'nın eliyle kendi elini birleştirir ve film rahibinin elinin İsa tarafından tutulması ile sona erer.



Resim - 3.1: Visions of Ecstasy¹⁹¹

Başvurucu, filmin satılması, kiralanması veya diğer herhangi bir şekilde kamuya arzı için Film Sınıflandırması Britanya Kurulu'na (*British Board of Film Classification*) başvurmuştur. Ancak Kurul, 1959 Tarihli Müstehcen Yayınlar Kanunu'nun tanımladığı şekilde müstehcen olan başvuruları sınıflandırma belgesi vermekten kaçınma gereğinden bahsetmiş ve küfürü (*blasphemy*), Tanrı, İsa veya İncil ile ilgili herhangi bir hor gören, hakaret eden, söven veya saçma (*scurrilous*) materyal olarak tanımlandığını ve bu videonun bir küfür teşkil edebileceğini, usulüne uygun olarak teşkil eden bir jurinin bu eseri küfür ceza yasasına aykırı bulacağını belirterek sınıflandırma belge başvurusunu reddetmiştir. Verilen bu red kararında Kurul aynı zamanda Azize Teresa ile İsa figürü arasındaki cinselliğin kesilmesi durumunda bir sınıflandırma yapılabileceğini belirtmiştir. Bunun üzerine başvuru,

¹⁹¹ Resim için bkz. <http://www.bbfc.co.uk/case-studies/visions-ecstasy> (Çevrimiçi: 26.04.2018)

Video Temyiz Komitesi'ne (*Video Appeals Committee*) başvurmuştur. Komite, makul ve usulüne uygun olarak teşkil eden bir jurinin eserin küfür ceza yasasını ihlal ettiğine karar vereceğini ve eserin bif küfür oluşturduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, söz konusu vakanın mevcut küfür yasasının kesin beyanları gerekçesiyle yargısal değerlendirmeye uygun olmayacağı yasal tavsiyesini aldıktan sonra AİHM'e başvurmuştur.¹⁹²

Komisyon raporunda, eserin kamuya arz edilmeden önceki sınırlamaların birçok tehlikeyi içinde barındırdığı ve bu yüzden Sözleşme organlarının daha dikkatli bir inceleme yapması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹³ Komisyon, *Otto-Preminger* kararında belirtilen, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin dini görüş ve inançlar kapsamında diğer kimseleri gereksiz yere inciten ifadelerde mümkün olduğunca kaçınma ve bu şekilde hak ihlallerinin insan ilişkilerini geliştirmeye kamusal tartışmalara katkıda bulunmamaktan kaçınma görev ve yükümlülüklerinin bulunduğunu tekrar etmiştir.¹⁹⁴ Komisyon, önceki sansürlerin haklaştırılabilmesi için zorlayıcı gerekçelerin mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, sınıflandırma makamları tarafından yapılan değerlendirmelerin bir juri veya mahkeme tarafından sınanmadığını belirtmiştir.¹⁹⁵ Ancak Komisyon birçok sebepten dolayı zorlayıcı sebeplerin bu vakada söz konusu olmadığını dile getirmiştir. Öncelikle söz konusu başvuruya konu olan film uzun metraj bir film değildir. Dahası film alışık olmadık ölçüde kısadır ve bu kısa metraj filmin küfür olarak nitelenen kısa bir bölümü, *Otto-Preminger* vakasına konu olan "Cennetteki Konsey" filmine nazaran çok daha önemsiz niteliktedir. Bu bakımdan başvurucunun filminin dağıtımının, eserin kamusalığını daha çok sınırlamakta olduğunu beyan etmiştir. Buna ek olarak Komisyon, genel olarak kamunun Müller vakasındaki resimlerde veya *Otto-Preminger* vakasında filmde olduğu gibi başvurucunun videosunun içeriğiyle karşılaşmasının olası olmadığını dile getirmiştir. Buna göre, toplumun üyelerinin bu film istemeden izlemesinin mümkün olmayacağını, kişinin başvurucunun videosunu bilinçli bir

¹⁹² **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 7-21.

¹⁹³ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 58.

¹⁹⁴ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 60.

¹⁹⁵ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 65.

tercihle izleyebileceği ifade edilmiştir.¹⁹⁶ Bu bakımdan Komisyon, başvurucunun vakasını, *Müller ve Diğerleri* ve *Otto-Preminger* vakalarından ayırmıştır. Komisyon, bu filmin aleni satışta olması ve izlemek isteyenler için erişilebilir olmasından dolayı bazı Hristiyanların öfkelenmesi yeterli bir zorlayıcı gerekçe oluşturmadığını ve dahası daha az sınırlayan bir müdahale olarak filmin 18 yaş ile sınıflandırılarak dolaşımının kısıtlanabileceğini ifade etmiştir. Nitekim ilgili filmin kapağına filmin içeriğiyle ilgili bilgilerin yazılabileceği de öne sürülmüştür. Bu bağlamda, Komisyon, ilgili filmin sınıflandırılmasının reddinin zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediğini ve müdahale ile izlenen meşru amaç arasında ölçülülük olmadığını belirterek 2 oya karşı 14 oyla madde 10'un ihâl edildiğine kanaat getirmiştir.¹⁹⁷

Mahkeme, *Wingrove* başvurusunda, meşru amacı diğerlerinin hakkının korunması olarak belirledikten ve madde 9 ile bir çatışma belirledikten sonra demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Mahkeme, öncelikle ifade özgürlüğünü kullanan kişinin, gereksiz bir şekilde başkalarına karşı saldırgan ve saygısız olan bir ifadeden mümkün olduğunca kaçınma yükümlülüğüne sahip olduğunu belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, müdahalenin zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi, müdahalenin izlenen meşru amaç ile orantılı olması ve ulusal makamların, başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden önlemlerin meşrulaştırılmasında yerinde ve yeterli argümanlar ile karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹⁸

Taraf Devletler arasındaki konsensüs bakımından yapılan incelemede, çeşitli Avrupa ülkelerinde küfür yasalarının yürürlükte olduğu ve fakat bu yasaların uygulamasının nadiren gerçekleştiği ve birkaç devletin bu yasaları ilga ettiği ortaya konmuştur. Bununla beraber Mahkeme, Avrupa Konseyine üye Devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde, küfür olduğu ileri sürülerek bir hakkın sınırlandırılması ortaya koyan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaştırabilecek

¹⁹⁶ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 66-67.

¹⁹⁷ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 68-70.

¹⁹⁸ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 52-53, 59.

yeterli bir temel olmadığını belirtmiştir. Bu bakımdan, devletin takdir marjını daraltmasını daraltacak bir etkide bulunan Taraf Devletler arasında bir yeknesaklık bulmamıştır.¹⁹⁹

Başvurulan meşru amacın takdir marjına yaptığı etki bakımından da bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, ahlaki veya dini alanı içinde içten olan vicdani kanaatleri rahatsız edebilecek meseleler ile ilgili olan ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde, Taraf Devletler geniş bir takdir marjı bırakıldığı ifade edilmiştir. Ahlaktan daha geniş bir çerçevede olan diğerlerinin dini kanaatlerinin korunması ile bağlantılı olan diğerlerinin haklarının korunması meşru amacının gerekliliklerinde yeknesak Avrupa uygulaması bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, en derin duyguları ve kanaatleri rahatsız edebilecek ifadelerin sınırlandırılmasındaki gereklilikleri belirlerken, uluslararası makamlara göre ulusal makamların daha iyi konumda olduğunu ifade etmiştir.²⁰⁰

Mahkeme son olarak filmin ulaşabileceği kitle bakımından bir değerlendirmede bulunmaktadır. Komisyon ve başvurucunun filmin kısa metrajlı olmasından dolayı, uzun metraj filmlere göre daha az seyirciye sahip olacağı, bu bakımdan herhangi bir Hristiyanın istemeden bu filmi görüntülemesi riskinin azaldığı ve hatta film 18 yaş ile sınıflandırılarak ve film kapağına filmin içeriği ile ilgili bilgiler koyularak bu riskin daha da azlatılabileceği savlarını Mahkeme dikkate almıştır. Ancak AİHM, doğası gereği bir video eserinin piyasada erişilebilir olduktan sonra, kopyalanabilmesi, kiralanabilmesi, satılabilmesi ve farklı evlerde izlenebilmesi dolayısı ile ulusal makamların kontrolünden kolayca kaçılabilceği ve bu durumda riskin Komisyon ve başvurucunun iddia ettiği gibi az değil yüksek olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme, Komisyon ve başvurucunun filmin ulaşabileceği kitle ve oluşturabileceği riskin bakımından öne sürdüklerinin yukarıda bahsedilen videonun iletim şekillerini nazaran sınırlı bir etkiye sahip olduğunu dile getirmiştir.

¹⁹⁹ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 57.

²⁰⁰ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 58.

Bu bakımdan videonun oluşturabileceği etkinin değerlendirilmesinde ulusal makamlar, Avrupa Mahkemesi'ne göre daha iyi konumdadır.²⁰¹

Mahkeme, filmin dağıtımının tamamen yasaklanmasını ifade eden bir müdahale söz konusu olduğunu dikkate alsa da ceza yasasını ihlal edebilecek bir video olması ve başvurucunun Kurulun itiraz ettiği sahneleri değiştirmemesi veya çıkarmaması nazara alındığında bu müdahalenin anlaşılabilir olduğunu dile getirmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, Tarf Devletin takdir marjını aşmadığını belirterek 2 oya karşı 7 oy ile madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.²⁰²

iv. Karataş Vakası

Karataş vakasında, başvuru, “Dersim - Bir İsyan Türküsü” adında bir şiir anatolojisi yayınlamıştır. Bu şiirde “Kürdistanımız için, [d]ersimimiz için, [i]syan ateşiyle sarhoş kelimemizi veririz”, “haydi gidelim! Diz çökmeyenlerin çocukları, duyduk, dağlarda isyan varmış, bunu duyan birisi geri kalabilir mi?”, “Osmanlı fahişesinin enikleri”, “bırakın silahlar özgürce konuşsun”, “size bu dağlarda ölmeye davet ediyorum, özgürlük ölümle kutsanmıştır” ve “Kürt gençliği intikamını alacak” gibi ifadeler bulunmaktadır. 1 no’lu İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Savcısı, 8 Ocak 1992 tarihinde, başvuru ve yayıncısını “Devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmakla suçlamıştır. Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesinin uygulanmasını ve ilgili eserin nüshalarının toplatılmasını talep etmiştir. Başvuru, DGM önünde yaptığı savunmada, suç olarak isnat edilen ilgili bölümlerin hiçbir şekilde kendi görüşünü yansıtmadığı yönünde savunmada bulunmuştur. Birisi askeri hakim olmak üzere üç hakimden oluşan DGM, 22 Şubat 1993 tarihinde, başvurayı belirtilen suçlamalardan suçlu bulmuş ve 3713 sayılı kanunun 8/I maddesi uyarınca bir yıl, sekiz aylık hapis cezasına ve on aylık taksit halinde ödenecek olan 41.666.666 Türk Lirası (TRL) tutarında para cezasına çarptırmıştır. Mahkeme aynı zamanda ilgili yayınların toplatılması emrini vermiştir. DGM, şiirlerin Türkiye’nin belli bir bölgesini “Kürdistan” olarak adlandırdığını ve bu bölgedeki isyan hareketlerini Kürtlerin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak

²⁰¹ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 62-63.

²⁰² **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 64.

adlandırarak bu hareketleri övdüğünü tespit etmiştir. DGM kararının gerekçesinde, eserde belirgin bir şekilde yer alan övgü ifadesinin Türk ulusunun bütünlüğüne ve Türk Devletinin toprak bütünlüğüne zarar veren bölücü propaganda teşkil etmekte olduğunu ve başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmakta olduğunu belirtmiştir. Başvurucu bu kararı temyiz etse de Yargıtay bu temyiz başvurusunu reddetmiştir. Nitekim daha sonra yasada yapılan değişiklikler sonucunda başvurucunun aldığı hapis cezası bir ay on güne indirilmiş ve fakat para cezası 111.111.110 TL tutarına çıkarılmıştır. Değişen bu hükme karşı başvurucunun yaptığı temyiz sonrasında, bu son hüküm onanmıştır.²⁰³

Komisyon tarafından yapılan incelemede, öncelikle müdahalenin zorunlu sosyal ihtiyaca karşılık gelmesi, izlenen meşru amaç ile orantılı olması ve ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin yerinde ve yeterli olması gerektiği belirtilmiştir.²⁰⁴ Komisyon bir yandan ifade özgürlüğünü kullanan kişinin hassas siyasal meselelerde, hukuki olmayan siyasi şiddeti desteklememesine dikkat etmesi gerektiğini belirterek bu hususu ifade özgürlüğünün görev ve yükümlülükleri arasında görmüştür. Diğer yandan ise ifade özgürlüğünün, çetin sorunları açıkça müzakere etme/tartışma hakkını içinde bulundurması gerekmektedir. Sözgelimi, Türkiye'nin bir bölgesinde oluşan durumun sebeplerinin analiz edilmesi veya bunların çözüm bulunması ile ilgili tartışma hakkı ifade özgürlüğünün içerisinde olmalıdır.²⁰⁵ Komisyon ayrıca ifadelerin ifade ediliş biçimi olarak şiir olmasını da dikkate almıştır. Buna göre, şiirler, abartıların, metaforların ve diğer edebi yolların, duyguları, hisleri ve düşünceleri etkilemek için sıklıkla kullanılması söz konusudur. Bu bakımdan Komisyon, şiirlerin, diğer düşünceyi ifade ediş biçimleri ile aynı standartlara tabi olamayacağını ifade etmiştir.²⁰⁶ Bununla beraber Komisyon, şiiri bir bütün olarak incelediğinde yukarıda belirtilen ifadelerin okuyucularda, başvurucunun Türk Devletine karşı silahlı bir mücadeleyi teşvik ettiği ve hatta bunun için çağrıda bulunduğu bir etki yaratabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda şiirlerin ulusal

²⁰³ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 9-15.

²⁰⁴ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Commission Report of 11 December 1997, § 53-55.

²⁰⁵ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Commission Report of 11 December 1997, § 56.

²⁰⁶ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Commission Report of 11 December 1997, § 57.

güvenliğe ve kamu güvenliğine zararlı olduğunu ve müdahalenin sosyal ihtiyaç baskısına karşılık geldiğini belirtmiştir. Demokratik bir toplumda bu müdahaleyi makul bulan Komisyon 6 oya karşı 26 oy ile madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.²⁰⁷

Mahkeme, Karataş vakasında, meşru amaçları, ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi olarak belirlemiştir.²⁰⁸

Mahkeme demokratik toplumda gereklilik incelemesinde öncelikle genel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre müdahalenin sosyal bir ihtiyaca karşılık gelmesi, izlenilen meşru amaçlar ile orantılı olması ve ulusal makamların müdahaleyi meşrulaştırırken kullandıkları gerekçelerin yerinde ve yeterli olması gerekmektedir.²⁰⁹

Mahkeme ilgili vakada kullanılan ifade aracının edebi bir tür olan şiir olduğunu belirtmiştir. Sıklıkla duygusallık ve metafor kullanan şiirler, Kürdistan için kendini feda etme çağrısında bulunduğu ve Türk Devletini hedef alan bazı agresif kısımlar içerdiği belirtilmiştir. Mahkeme, edebi olarak ele alındığında şiirlerin isyan ve şiddet kullanmaya teşvik ettiği şeklinde yorumlanabileceği ancak başvurucunun kullandığı aracın okuyucuların azınlığına hitap eden sanatsal ifade türü olan şiir olduğunu dikkate almıştır.²¹⁰

Mahkeme, ayrıca söz konusu şiirlerin açık bir siyasi boyuta sahip olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre şiirlerde renkli bir hayal gücü kullanılarak, Türkiye'deki Kürt kökenli nüfusun tümünün köklü hoşnutsuzluğu ifade edilmiştir. Mahkeme, siyasal ifadelerin veya kamu menfaatini ilgilendiren tartışmaların sınırlandırılmasında, Taraf Devletin sınırlı bir alana sahip olduğunu belirtmiştir.²¹¹

²⁰⁷ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Commission Report of 11 December 1997, § 58-61.

²⁰⁸ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 44.

²⁰⁹ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 48.

²¹⁰ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 49.

²¹¹ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 50.

Mahkeme aynı zamanda 1990’larda Türkiye’de söz konusu olan ciddi karışıklıkları ve Türk makamlarının bu karışıklığı şiddetlendirebilecek fikirlerin yayılmasına yönelik endişelerini göz önüne almıştır.²¹²

Mahkeme, başvurunun görüşlerini açıklarken tercih ettiği aracın, çok küçük bir okuyucu kitlesine sahip şiir olmasından dolayı ifadelerin devlet güvenliğini, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki olası etkilerini sınırlamaktadır. Nitekim Mahkeme, şiirlerin bazı kısımlarının ton açısından gayet saldırgan olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen şiirlerin sanatsal olmasının doğası ve sınırlı etkiye sahip olmasının gereği olarak başvurunun bir ayaklanmaya davetten ziyade zor bir siyasi konumdan duyulan üzüntüyü ifade ettiğini dile getirmiştir. Nitekim, DGM’nin başvurucuyu şiddete teşvikten ziyade Türkiye’nin bir bölgesini Kürdistan olarak adlandırarak bölücü propaganda yapmak ve bölgedeki ayaklanma hareketlerini övmek sebebiyle mahkum etmesini de Mahkeme dikkate almıştır.²¹³

Mahkeme yaptığı demokratik toplumda gereklilik incelemesinde müdahalenin yoğunluğunu/ağırlığını da dikkate almıştır. Verilen hapis cezasının on üç aydan fazla olması ve kanunda değişiklik yapılması ile para cezasının iki katından daha fazla artırdığı da kararda dikkate alınmıştır. Bu bakımdan, Mahkeme, müdahalenin izlenilen meşru amaç ile orantılı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu bakımdan 5 oya karşı 12 oy ile madde 10’un ihlal edildiğine hükmedilmiştir.²¹⁴

(2) Ara Değerlendirme

Sanatsal ifade özgürlüğü konusunda verilen ilk üç karara bakıldığında, açıkça görülmektedir ki Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğü konusunu, AİHS ile getirilen asgari standartlar alanı içerisinde görmemektedir. Yukarıda ölçülülük ve devletin takdir marjı konuları ifade edilirken gösterildiği üzere Mahkeme, müdahalenin, öngördüğü asgari standartlar alanına yönelmediği müddetçe ölçülülük ilkesini katı/dikey bir biçimde uygulamamakta ve fakat görelî bir şekilde uygulamaktadır. İlk dönem kararlarında sanatsal ifadeye yönelen bir müdahalede Mahkeme’nin sıkı bir

²¹² **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 51.

²¹³ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 52.

²¹⁴ **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 53-54.

denetim uygulamaması özellikle gereklilik alt ölçütünü görelî şekilde uygulaması, sanatsal ifade konusunun Mahkeme tarafından Sözleşme bakımından değerlendirdiği asgari standartlar içinde görülmediğini ortaya koymaktadır. Yani AİHM, sanatsal ifadeyi hakkın koruma alanı içerisinde görürken, Taraf Devletlerin yerine getirmesi gereken asgari standartlar içinde görmemektedir. Bu husus özellikle ilk üç vakada Komisyon ile Mahkeme arasındaki çatışmada ortaya çıkmaktadır. Komisyon *Müller ve Diğerleri*, *Otto-Preminger-Institut* ve *Wingrove* vakaları ilgili raporlarında ihlal bulgularken, hakka yapılan müdahalenin yoğunluğu etkeninin önemli bir rol oynadığı gözlemlenmektedir.

Komisyon, *Müller ve Diğerleri* vakasında, açıkça, başvurunun hakkının sınırlandırılmasında daha az sınırlayan bir müdahale yöntemi yoksa (*moins restrictif pour la liberté d'expression du requérant*) söz konusu ağır müdahalenin meşrulaştırılabileceğini belirtmiştir.²¹⁵ Mahkeme ise resimlerin müsadere sinin ağır bir müdahale olduğunu ifade etse de başvurunun 8 yıla yakın resimlerini kullanmaktan mahrum kalmasının daha önceden bir yetkili makamlara başvurmamasından kaynaklandığına dayanarak, müdahaleyi Taraf Devletin takdir marjı içerisinde görmüştür.²¹⁶ Hâlbuki başta ulusal makamların hakka böyle bir müdahaleyi gerçekleştirmesi bakımından daha az sınırlayıcı araç ve caydırıcı etki yorumları ile değerlendirilebilirdi.

Otto-Preminger vakasını Komisyon, Mahkeme'nin *Müller ve Diğerleri* vakasında verdiği karardan ayırmaya yönelik yaş sınırı ve ücret gibi etkenler sınırlamasına rağmen Mahkeme, filmin geniş çapta tanıtımının yapılmasını, Komisyon'un aksine filmin kamusal lığını sağladığı şeklinde yorumlamıştır.²¹⁷ Nitekim Mahkeme, filmin toplatılması ile ilgili olarak müdahaleyi ağır bulsa da herhangi bir gerekçe belirtmeden Taraf Devletin başvurduğu aracın meşru amaçla

²¹⁵ **Müller Contre la Suisse**, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986, § 103.

²¹⁶ **Müller and Others v. Switzerland**, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, § 42-44.

²¹⁷ Komisyon ise yapılan tanıtım bültenini, filmin içeriğinin bilîr kılınarak filmi izleyenlerin söz konusu ifadelerle istemeden karşılaşmayacağı şeklinde yorumlamıştır. Bkz. **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Commission Report of 14 January 1993, § 75.

orantılı olduğunu belirtmiştir.²¹⁸ Bu kararda da görüleceği üzere Mahkeme, herhangi bir şekilde daha az sınırlayan araç veya caydırıcı etki yorumlarını kullanmamıştır.

Wingrove başvurusunda Komisyon, yaklaşık 18 dakika olan videonun dağıtılabilmesi için gereken sınıflandırmasının reddedilmesinin aleniyetten önceki sınırlama ve ağır bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Bu bakımdan ulusal makamların yaş sınırı getirilmesi ve film kapağına/kutusuna uyarı konması gibi daha az sınırlıyıcı araçlar olması dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığını bulgulamıştır.²¹⁹ Ancak Mahkeme, söz konusu müdahalenin ağır olduğunu kabul etse de videonun kesilmesi veyahut değiştirilmesi talebini başvurucunun kabul etmemesine dayanarak müdahalenin anlaşılabilir olduğuna karar vermiştir.²²⁰ Bu bakımdan ilk dönem kararları bakımından AİHS'in getirdiği asgari standartların içerisinde sanatsal ifadenin olmaması söz konusudur.

Mahkeme, *Karataş* kararında bulunduğu ihlal ise sanatsal ifadeye dayanmamaktadır. Mahkeme, edebi eserlerin -vakada şiirin- sınırlı bir okuyucuya sahip olduğunu dolayısıyla kısıtlı bir kitleye ulaşabildiğini belirterek söz konusu ifadeler yer yer ayaklanmaya davet eden bir tonda olsa bile meşru amaçlar bakımından böyle bir potansiyel etkiye sahip olamayacaklarını belirtmiştir. Burada yapılan değerlendirme, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru amaçlar nezdinde yapılan bir değerlendirmedir. İfadenin potansiyel olarak bu amaçları etkileyebilecek nitelikte olması aranmaktadır. Burada eserin sanatsal niteliği dolayısı ile değil ifade için kullanılan aracın, diğer araçlara göre daha sınırlı bir kitleye ulaşması değerlendirilmektedir. Dolayısı ile burada sanatsal nitelik ikinci planda kalmaktadır. Kaldı ki Mahkeme, açıkça söz konusu ifadeyi siyasal bir ifade olarak nitelemiştir. Bu bakımdan Mahkeme aslında doğrudan sanatsal ifadeyi değerlendirmemekte, siyasal ifadenin sanatsal bir araç ile ifade edilmesini değerlendirmektedir. Bu bakımdan *Karataş* kararı, AİHM'in ilk dönem içtihatlarından ayrılmaz. Mahkeme'nin sanatsal ifadeyi hem bir ifade türü hem de bir ifade aracı olarak görmesinin bir sonucu olarak, Mahkeme siyasal bir

²¹⁸ **Otto-Preminger-Institut v. Austria**, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994, § 57.

²¹⁹ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Commission Report of 10 January 1995, § 68.

²²⁰ **Wingrove v. the United Kingdom**, 17419/90, Judgement of 25 November 1996, § 64.

ifadenin sanatsal bir araç ile gerçekleştirilmesini, kullanılabilecek diğer bir araç olan basına göre, söz konusu ifadelerin daha sınırlı etkide bulunduğunu değerlendirerek bu ifadeleri sınırlandırılmasında daha sıkı bir denetim yapmaktadır. Bu bakımdan, sanatsal ifade veya araç söz konusu olduğunda, Mahkeme sınırlı etki yorumunu kullanmakta ve Taraf Devletlerin takdir marjı daralmaktadır.

İlk dönem vakalarında özellikle Komisyon raporlarında, sanatsal ifadeler ile ilgili bazı nitelemelere de değinmek gerekmektedir. *Otto-Preminger* vakasında Komisyon, hicivsel metinlerin ve filmlerin, çocuklar ve içerikten haberi olmayan insanlar bakımından bazı sınırlandırmalara tabi tutulabilse bile tamamen yasaklanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.²²¹ *Karataş* vakasında Komisyon her ne kadar ihlal sonucuna ulaşmasa da önemli bir değerlendirmede bulunur. Buna göre, şiir abartmaların, metaforların ve diğer edebi usupların sıklıkla kullanıldığı bir ifade biçimidir. Bu bakımdan Komisyon, diğer ifade biçimlerine uygulanan standartların, şiirde uygulanamayacağını belirterek sanatsal ifade bakımından önemli bir belirlemede bulunmuştur.²²² Sanatsal ifadenin korunmasındaki en önemli sorun, ifadenin sanatsal niteliğinin değerlendirmeye tabi tutulmadan belirlenen genel ilkelerin uygulanmasıdır. Nitekim Mahkeme, *Karataş* kararında bu savdan belirli ölçüde yararlanmıştır. Mahkeme ayrıntılı bir açıklamaya girmese de şiirlerin, duygusallık ve metaforlardan sıklıkla yararlandığını dikkate almıştır.²²³ Böylece sonraki dönem ortaya çıkacak olan sanata özgü korumaların kapısını aralamıştır.

(3) Sanata Özgü Korumalar

Strasbourg orgnalarının verdiği ilk dönem kararlarının ardından, Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğüne özgü bazı korumalar öngörmüştür. Bu korumalar şunlardır: i) hiciv (*satire*) ii) kurgu (*fiction*). Bu savlar, Mahkeme'nin içtihatlarında Taraf Devletlerin takdir marjını daraltan bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.

²²¹ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Appl. No. 13470/87, Commission Report of 14 January 1993, § 77.

²²² *Karataş v. Turkey*, Appl. No. 23168/94, Commission Report of 11 December 1997, § 57.

²²³ *Karataş v. Turkey*, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 49.

i. Hiciv

(a) Kararlar

Mahkeme kararlarında, hicivsel söylemin bir unsur olarak ortaya çıktığı ilk vaka *Vereinigung Bildender Künstler* vakasıdır. Bu vakada Otto Muehl'ün çizdiği ihtilaf konusu olan “*Apocalypse*” (“Kıyamet”) isimli resimde, Rahiber Teresa, kardinal Hermann Groer, sağ bir parti olan Avusturya Özgürlük Partisi (*Austrian Freedom Party* - AÖP) eski başkanı Jörg Haider ve AÖP eski genel sekreteri ve şu anda Ulusal Meclis'te milletvekili olan Bay Meischberger gibi Avusturya'daki 33 adet kamu figürü, cinsel pozisyonlarda resmedilmiştir. Resmin boyutu 4.5 m. x 3.6 m. ölçülerindedir. Bu figürlerin kafaları gazetelerden alınan yakınlaştırılmış fotoğraflarla (*blown-up picture*) betimlenmiş ve bu fotoğraflara siyah bir bant çekilmiştir. Bu resimde, Bay Meischberger, Haider'ın boşalan penisini tuttuğu ve aynı zamanda iki AÖP siyasetçisi tarafından da dokunulduğu gözlemlenmektedir. Bu resim, 3 Nisan-21 Haziran 1998 tarihleri arasında, bir sanatçı kuruluşu olan *Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession* tarafından ücretli ve kamuya



Resim - 3.2: *Apocalypse*²²⁴

açık olarak gerçekleştirilecek olan sergide sergilenmiştir. 11 Haziran 1998'de bir Avusturya gazetesi söz konusu resmi haber yapmıştır. 12 Haziran 1998'de bu resme bir ziyaretçi tarafından zarar verilmiş ve Bay Meischberger'in vücudu ve yüzünün bir kısmı, kırmızı ile kaplanmıştır. Birçok gazete bu olayı haber yapmış ve resmi yayınlamıştır. Bay Meischberger, söz konusu resim için sergilenmesinin ve yayınlanmasının yasaklanması talepli dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, 6 Ağustos 1999'da Bay Meischberger'in

²²⁴ Otto Muehl tarafından çizilen ve sonradan bir ziyaretçi tarafından kırmızıya boyanan hali ile karara konu olan bu resim <https://charterblog.wordpress.com/2008/02/02/the-right-to-finger/> (Çevrimiçi: 04.04.2018) sitesinden alınmıştır.

resimde küçük bir parçasını temsil ettiği ve bir kısmı kırmızı boya ile kaplandığı gerekçeleri ile resmin çarpıcı olmadığı ve tehlike içermediği dolayısı ile bu davayı reddetmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi, 24 Şubat 2000’de, resmin sergilenmesinin durdurulması ihtiyati tedbir kararını vermiş ve kafa şekli ve saç stilinden dolayı davacının halen tanınabildiği gerekçesiyle başvuru kuruluşu 1.453.46 Avro para cezasına hükmetmiştir. Başvurucu bu kararı temyiz etmiş ancak Yüksek Mahkeme, başvuru kuruluşun söz konusu hukuki sorunda önemli bir yararının bulunmadığını belirterek bu başvuruyu reddetmiştir.²²⁵

Mahkeme, Hükümet tarafından meşru amaçlar olarak başkalarının haklarının korunmasının yanı sıra ahlakın korunmasının belirlenmesine karşı çıkmıştır. Mahkeme’ye göre Avusturya makamlar kararlarında kamu ahlakı gibi bir amacı gözetmemiştir. Dolayısıyla burada Taraf Devletin ilgili hakka müdahale ederken izlediği meşru amaç olarak sadece başkalarının hakkının korunması kabul edilmiştir.²²⁶

Mahkeme, resmin, Bay Meischberger’i şok edici bir şekilde, çıplak ve cinsel eylem içerisinde betimlendiğini belirtse de resimde söz konusu kişilerin yalnızca fotoğraflarının kullanıldığını, bu fotoğrafların gözlerinin siyah bantla ve bedenlerinin hayali (*unrealistic*) ve abartılı bir şekilde gösterildiğini belirtmiştir. Burada, Mahkeme resimde yapılan betimlemenin hicivsel unsurlar içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme hicvi, sanatsal ifadenin ve sosyal yorumun bir formu olarak tanımıştır. Buna göre, hiciv, kendi içinde abartıyı ve gerçeğin çarpıtılmasını içererek tabii olarak tahriki ve ajite etmeyi hedeflemektedir. Mahkeme sanatçının böyle bir ifadesine karşı yapılan müdahaleyi daha özel bir dikkatle incelemesi gerektiğini belirtmiştir.²²⁷

²²⁵ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 7-17.

²²⁶ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 29-31.

²²⁷ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 32-33.

“The Court finds that such portrayal amounted to a caricature of the persons concerned using satirical elements. It notes that *satire is a form of artistic expression and social commentary* and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate.

Mahkeme ayrıca resmin Bay Meischberger'ın özel yaşamı ile değil AÖP'den bir siyasetçi olarak kamusal duruşu ile ilgili olduğunu not etmiştir. Dahası Mahkeme, Bay Meischberger'ın kamusal figür olan 33 kişi arasında betimlendiğini ve resmin kırmızı boya ile zarar görmesi sonucunda, rahatsız edici bir şekilde betimlenen Bay Meischberger'ın vücudunun tamamen kırmızı boya ile kaplanması ile söz konusu betimlemenin etkisinin azladığını kaydetmiştir.²²⁸

Son olarak Mahkeme, verilen ihtiyati tedbir kararının zaman ve yer ile sınırlı olmadığını ve bu kararlar birlikte çağdaş sanatta uzmanlaşmış galerileriyle bilinen başvuru kuruluşun söz konusu resmi gelecekteki olası bir gösterimde gösterim imkanının ortadan kaldırıldığını belirtmiştir. Mahkeme açıkça belirtmese de bu müdahaleyi ağır bulmuştur. Bu bakımdan, izlenilen meşru amaç ile uygulanan ihtiyati tedbir arasında orantısızlık bularak, 3 oya karşı 4 oy ile madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.²²⁹

Hicivsel ifadelerin mevzubahis olduğu ikinci vaka ise *Leroy* vakasıdır. Nitekim Mahkeme bu vakada ihlal bulmamıştır. *Leroy* vakasında, başvuru 11 Eylül 2001'de Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleştirilen terör saldırılarından iki gün sonra, haftalık olarak yayınlanan, Bask sol siyasetini benimseyen Bask dergisi *Ekaitza*'da "BİZ BUNU HEP HAYAL ETMİŞTİK ... HAMAS BUNU YAPTI" başlığında iki uçağın çarpmasından sonra toz bulutu içinde yıkılan dört adet gökdelenin resmedildiği bir çizim yayımlanmıştır. Başvuru bu çizimle New York'u vuran saldırının olduğu gün Amerikan İmparatorluğunun çöküşünü resimlemeyi düşündüğünü belirtmiştir. Bir valinin başvurusu sonucunda savcılık başvuru ve derginin yayın müdürü aleyhine, terörü müdafaa etmekte suç ortaklığı ve terörü övme fiillerinden dolayı Sulh Ceza Mahkemesinde dava açmıştır. Bu sayıya verilen tepkiler sonucunda bir sonraki sayıda derginin yazı işleri tam sayfa

Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be *examined with particular care.*" (Paragraf 33'ten alıntı, vurgu eklenmiştir.)

²²⁸ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 34-36.

²²⁹ **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007, § 37-38.

halinde başvurucuyu desteklediklerini belirtmiştir. Nitekim bu sayıda başvuru da ilgili çizimleri saldırı günü çizdiğini, Dünya Ticaret Merkezine ve Pentagon'a yapılan saldırının bazı sembollerin çöktüğüne işaret olduğunu dile getirmiş ve bu arada insanların acısını hiç hesaba katmadığını ve meydana gelecek sonuçları düşünmediğini ifade etmiştir. Bununla birlikte kendisinin anti Amerikancılığı savunduğunu belirterek çizimlerini desteklemiştir. İlk derece mahkemesi, caniyane bir eyleme harika bir anlam verilmesi gerekçesiyle başvurucuyu terörü müdafaa etmekte (övmekte) suç ortaklığı nedeniyle ve derginin yayın müdürünü de terörü övme nedeniyle, aksi halde hapsedilmek kaydıyla 1.500'er Avro para cezasına, verilen kararın, masrafı onlara ait olmak üzere, Ekaitza dergisinde ve başka iki gazetede daha tam metin halinde yayınlatılmasına ve mahkeme masraflarını ödemeye mahkum etmiştir. Bu kararın istinaf mahkemesi tarafından da onaylanmasının ardından Yargıtay ise davanın esasına ilişkin olarak itirazı reddetmiş ve sadece aksi halde hapis cezası öngörülmesi noktasında, böyle bir kararın siyasi nitelik taşıyan ihlaller için verilemeyeceği gerekçesiyle, istinaf mahkemesinin kararını bu yönden bozmuş, ama kararı mahkemeye geri göndermemiştir.²³⁰

Mahkeme, bu vakada merşu amaçları, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi olarak belirlemiştir.²³¹ Mahkeme'nin demokratik toplumda gereklilik incelemesinde söz konusu ifadeyi, basın aracı kullanılarak ifade edilen sanatsal ifade olarak nitelendirdiği görülmektedir.²³² Bu bağlamda AİHM, basının, özellikle ulusal güvenlik veya toprak bütünlüğü gibi devletin hayati çıkarlarının, şiddet ve terör tehdidine karşı korunması amacıyla, ya da kamu düzeninin korunması veya suçun önlenmesi amacıyla tespit edilmiş olan sınırları aşmaması gerekse de, kendisinin, görüş farkı yaratsa bile, siyasi konularla ilgili bilgi ve düşünceleri kamuoyuna duyurma görevi olduğu ve dolayısıyla halkın da bu bilgi ve düşünceleri duyma hakkı olduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan

²³⁰ **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 4-17.

²³¹ **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 36.

²³² **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 39-40.

Mahkeme, basının bu fonksiyonu nedeniyle, gazetecinin özgürlüğünün, bir miktar abartma, hatta kışkırtma imkanını da içerdiğini kaydetmiştir.²³³

Mahkeme, söz konusu ifadelerin hiciv içerdiğini belirtmiş ve *Vereinigung Bildender Künstler* kararına atıf yaparak bu sanatsal ifade formunun kışkırtma ve ajite etmeyi içermeyi hedeflediğini kaydetmiştir. Ancak Mahkeme, eserleri siyasal veya militan bir ifade taşıyan sanatçının, madde 10/II’de belirtilen görev ve sorumluluklardan muaf tutulamayacağını belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, başvurucunun saldırı gününde bu karikatürü çizdiğini ve dünya halen bu saldırıların şokundayken ifadelerine herhangi bir önlem almadan 13 Eylül 2001’de bu karikatürü yayınladığını dile getirmiştir. Bu bağlamda sanatçı veya gazeteci olsun, olayın zamanlamasının kişinin kullandığı dilde daha fazla sorumluluk göstermesi gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim AİHM, söz konusu karikatürün, haftalık bir dergide yayınlanması ile daha sınırlı bir etkiye bulunduğunu dikkate alsa da bu ifadenin şiddeti özendirici ve kamu düzenini tehdit edebilecek tepkilere yol açtığını ortaya koymuştur. Bu bakımdan verilen cezanın yerinde ve yeterli olduğunu dile getirmiştir.²³⁴

Son olarak AİHM, hükmedilen para cezasının suçla orantılı olduğunu belirterek oybirliğiyle madde 10’un ihlal edilmediğine karar vermiştir.²³⁵

Hiciv argümanının kullanıldığı son sanatsal vaka, *Kuliś ve Różycki* vakasıdır. *Angora* ve onun çocuklar için eki olan *Angorka* adlı haftalık magazin dergisinin yayıncı ve genel yayın yönetmeni olan başvuruçular, 16 Mayıs 1999’da ‘Star Foods’ isimli şirketin reklam kampanyasını eleştiren bir makale *Angorka*’nın ikinci sayfasında yayınlamıştır. Star Foods, ürünlerde çocuklar için popüler bir çizgi roman karakteri olan *Reksio*’nun ismi kullanılmış ve “Reksio bir katil” sloganı patates cipslerinin içine konmuştur. Makalede ise bu sloganın çocukları dehşete düşürdüğünden bahsedilmiş ve ebeveynlerin endişeli olduğu belirtilmiştir. Çocuklar için olan bu derginin birinci sayfasında bir karikatür yer almıştır. Bu karikatürde, bir

²³³ **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 40.

²³⁴ **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 44-46.

²³⁵ **Leroy v. France**, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008, § 47-48.

çocuk, elinde Star Foods paketini tutmakta ve Reksio'ya "Merak etme! Bu pisliği yesem de bir katil olabilirim!" demektedir. Karikatürün üzerinde ise büyük bir şekilde "Polonyalı çocuklar, 'Reksio bir katildir" cips reklamı ile dehşete düştüler." başlığı yer almıştır. Makalenin bulunduğu sayfada aynı zamanda ikinci bir karikatür daha bulunmaktadır. Bu karikatürde ise arka planda Reksio ve ön planda ise iki kedi ve kedilerin elinde üzerinde 'cips' yazan bir paket bulunmaktadır. Kedilerden birisi "Reksio katil" yazan bir kağıt parçasını elinde tutmakta ve diğer kediye "hakikaten, o bazen sevimsiz ama bir katil mi?!" demektedir. Bu ifadelerle karşı Star Foods'un kişisel haklarını korunması için açtığı tazminat talebiyle açtığı davada yerel mahkeme, 28 Mayıs 2001'de başvuruçuların tekzip metni yayınlamasına, bir hayır kurumuna 10.000 Polonya Zilotisi (yaklaşık 2.380 Avro) ödemesine ve davacıya da 11.500 Polonya Zilotisi (yaklaşık 2.740 Avro) ödenmesine hükmetmiyor. Yerel mahkeme, başvuruçuların eleştirinin Star Foods'un ürünlerini değil reklam kapmanyasını hedef aldığına yönelik savunmayı da reddetmiştir. Başvuruçular özellikle Star Foods'un kullandığı diğer cinsel, alkolik, ırkçı ve şovenist diğer reklam kampanyalarını hem yerel mahkeme önünde hem de AİHM önünde dile getirmişlerdir. Temyiz mahkemesi ise "Merak etme! Bu pisliği yesem de bir katil olabilirim!" ifadesinin ürünlerin kalitesi ve tadıyla ilgili negatif bir değerlendirme içerdiğinden bahsetmiştir. Nitekim başvuruçuların görüşüne göre kötü bir etki oluşturan ifadelerin de ilgili ekte kullanıldığı ifade edilmiş ve başvuruçuların temyiz talebi 21 Mart 2002'de reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme de başvuruçuların yaptığı başvuruyu reddetmiştir.²³⁶

Kararda, diğerlerinin hakları ve itibarları meşru amacının söz konusu olduğundan bahseden Mahkeme, genel prensipleri sıralamıştır. Bu bağlamda, siyasal ifadelerin veya kamu menfaatini ilgilendiren tartışmaların sınırlandırılmasında madde 10/II'nin Taraf Devletlere çok kısıtlı bir sağladığını ifade etmiştir. İkinci olarak Mahkeme, basının mevzu bahis olduğu vakalarda, takdir marjının, özgür basını temin eden ve barındıran demokratik toplumun menfaatleri ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Üçüncü olarak AİHM, olgusal ifade-değer yargısı ayırımına değinmiştir. Buna göre, olguların varlığı gösterilebilirken, değer yargılarının doğruluğu ispata

²³⁶ **Kuliś and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 6-14.

elverişli değildir. Değer yargısının doğruluğunu kanıtlama yükümlülüğünün yerine getirilmesi mümkün olmadığı gibi madde 10 tarafından korunan düşünce özgürlüğünü de ihlal etmektedir. Bununla beraber Mahkeme, değer yargısı içeren ifadeler söz konusu olduğunda, müdahalenin ölçülü olmasının, yeterli bir olgusal temelin olup olmadığına bağlı olabileceğini zira bir değer yargısının, onu destekleyecek yeterli bir olgusal temeli olmadan aşırı olabileceğini belirtmiştir.²³⁷

Mahkeme, ulusal makamların, başvuruçuların, hicivsel karikatürün, Star Foods tarafından yürütülen ve çocukları hedef alan reklam kampanyasına bir karşılık olduğunu dikkate almadıklarını belirtmiş ve bu kampanyada aynı zamanda çocuklar için uygun olmayan cinsel ve kültürel davranışlar içeren sloganların kullanıldığından bahsetmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, kamusal menfaatleri içeren bir tartışmanın söz konusu olduğunu ve bu alanda basına yapılan sınırlandırmaların daha sıkı bir şekilde yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir.²³⁸

İkinci olarak Mahkeme, söz konusu ifadenin olgusal bir ifade değil değer yargısı olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca bu yayının, şirketin ve onun reklam kampanyasının hicivsel eleştirisini karikatür formunda meydana getirdiğini ifade etmiştir. AIHM, söz konusu karikatürün başlığını ve sonrasında yer alan makaleyi dikkate almış ve başvuruçularının amacının cipslerin kalitesini karalamak değil davacı tarafından kullanılan slogan ve satış yapmak için kullanılan bu yöntemlerin kabul edilemezliği hakkında farkındalık oluşturmak olduğunu bulgulamıştır.²³⁹

Mahkeme ayrıca ulusal makamların, basının kamu menfaatini ilgilendiren konularda bilgileri ve fikirleri açığa vurma görevini ve bu görevi yerine getirirken abartıya ve kışkırtmaya başvurabileceğini dikkate almada başarısız olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme başvuruçuların abartıya başvurduklarını ancak bu abartının davacı tarafından kullanılan, yaşa ve kırılganlığa karşı hassas olmayan reklam kampanyasına bir tepki olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan basının izin verilen sınırları aşmadığı dile getirilmiştir. Bunun sonucu olarak Mahkeme, müdahalenin

²³⁷ **Kuliś and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 29-33.

²³⁸ **Kuliś and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 37.

²³⁹ **Kuliś and Różycki v. Poland**, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 38.

meşrulaştırılmasında ulusal makamlarının gerekçelendirmesinin yerinde ve yeterli olmadığını belirtmiştir.²⁴⁰

Mahkeme, ulusal makamların, başvuruçuların hicivsel karikatürüne verdiği tepkinin, izlenilen meşru amaç ile orantılı olmadığı sonucuna ulaşmış ve oybirliğiyle madde 10'un ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.²⁴¹

(b) Değerlendirme

Hiciv formundaki ifadeyi, AİHM, siyasal bir eleştirinin veya tartışmanın arkaplanına karşı gerçekleştirilen sanatsal bir yatırım olarak değerlendirmektedir.²⁴² Bu bakımdan AİHM bakış açısında, hicivsel ifade, kamusal menfaati ilgilendiren bir tartışma bağlamında kullanılan bir ifadenin veya siyasal bir ifadenin sanatsal bir araç ile dile getirilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin sahip olduğu bu bakış açısının olumlu ve olumsuz sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Hicivsel ifadenin bu şekilde değerlendirilmesi, siyasal ifade ile sanatsal ifadenin aynı ifadede sentezlenmesini doğurmakta ve içtihatlardan da görüldüğü üzere sanatsal niteliği az olan ve hatta hiçbir sanatsal niteliğe haiz olmayan siyasal bir yerginin dahi sanatsal ifade içerisinde değerlendirilmesine yol açmaktadır.²⁴³ Bu bakımdan, AİHM'in sanatsal ifade konusunda verdiği içtihatlarda bir zenginlik oluşacaktır. Ancak Mahkeme'nin hicivsel ifade için kamu menfaatini ilgilendiren bir tartışma veya siyasal bir ifade araması ise bazı sanatsal niteliği açık olan ifadelerde, Mahkeme'nin ketum bir tutum takınmasına veya söz konusu ifade bakımından hiciv argümanını dışlamasına yol açmaktadır. Bu husus özellikle özel bir kişi bakımından söz konusu olan diğerlerinin haklarının korunması -özellikle madde 8- ile yaşanan çatışmada ortaya çıkmaktadır.²⁴⁴ Nitekim *Kuliś ve Różycki* vakasında Mahkeme, söz konusu

²⁴⁰ *Kuliś and Różycki v. Poland*, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 39.

²⁴¹ *Kuliś and Różycki v. Poland*, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009, § 40.

²⁴² *Sousa Goucha v. Portugal*, Appl. No. 70434/12, Judgement of 22 March 2016, § 51.

²⁴³ Bu tip kararlar için bkz. *Welsh and Silva Canha v. Portugal*, Appl. No. 16812/11, Judgment of 17 September 2013, § 29; *Ziemiński v. Poland (No.2)*, Appl. 1799/07, Judgement of 05 July 2016, § 45; *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ukraine*, Appl. No. 61561/08, Judgement of 02 June 2016, § 46; *Eon v. France*, Appl. No. 26118/10, Judgement of 14 March 2013, § 60.

²⁴⁴ Diğer kararlar için bkz. *Sousa Goucha v. Portugal*, Appl. No. 70434/12, Judgement of 22 March 2016, § 51; *Nikowitz and Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, Appl. No. 5266/03, Judgement

sanatsal ifadenin hicivsel niteliğiyle ilgili fazlasıyla ketum bir tutum takınmıştır. Bunun yerine demokratik toplumda gereklilik testinde görece basın, daha büyük bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Bir diğer olumsuz etken ise siyasal bir eleştiri olarak değerlendirilen hicivsel ifade, sanatın kendi yapısına özgü korumalar ortaya koymayabilir. AİHM'in hicivsel ifadelerin siyasal niteliğine daha fazla ağırlık vermesi durumunda, sanatsal ifade özgürlüğünün herhangi bir kazanımı bulunmayacaktır. Bu bakımdan hicivsel ifadeler, sanatsal ifadenin değerlendirilmesinde bir tehlike de arz edebilmektedir.

Vereinigung Bildender Künstler vakası, Mahkeme'nin içtihadında hicvin sanatsal ifadenin değerlendirilmesinde bir etken olması bakımından önemli bir karardır. Mahkeme bu kararda ihlal kararı verirken dayandığı temel dayanaklardan birisi hicivdir. Aynı şekilde söz konusu resme atılan boya sonucunda Bay Meischberger'in tanınırlığının azalması ve dolayısıyla ifadenin etkisinin azalması da eş değerde bir faktör olarak rol oynamıştır. Bunların yanı sıra müdahalenin yoğunluğu/ağırlığı da ihlal kararında önemli bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.

Leroy vakasında ise Mahkeme'nin içtihadından çıkan önemli sonuç hiciv argümanına konan sınırdır. Buna göre Mahkeme, madde 10'un ihlal edilmediğini bulgularken özellikle hicivsel retoriği tekrarladıktan hemen sonra sanatçının madde 10/II'de belirtilen görev ve yükümlülüklerine dayanmaktadır. Mahkeme'ye göre, dünyayı şok eden bir saldırının hemen akabinde bu saldırı ile ilgili kullanılan ifadelerde ifade özgürlüğünden yararlanan kişinin daha fazla ihtimam göstermesi gerekmektedir. Kanımca bu vakada Mahkeme'nin ihlal kararı değil kararının gerekçelendirmesi eleştirilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere sanatçıların madde 10/II bağlamında bir görev ve yükümlülüğe tabi tutulması, sanatın toplumsal değerlerle çelişen yapısına aykırı olmaktadır. Bu bakımdan, burada gerekçelendirme görev ve yükümlülük üzerinden değil zaman unsurunun bireyin menfaati ile kamunun menfaati arasındaki dengelemede kamuya belirli bir ağırlık sağlayacağı üzerinden bir gerekçelendirme yapılabilir.

of 22 February 2007, § 19; **Aguilera Jiménez and Others v. Spain**, Appl. No. 28389/06; 28955/06; 28957/06; 28959/06; 28961/06; 28964/06, Judgement of 08 December 2009, § 32.

AİHM, *Kuliś ve Różycki* vakasında ise neredeyse hicivsel ifade argümanına dayanmaktan kaçınmıştır. Mahkeme bu vakada ulusal mahkemelerin müdahaleyi meşrulaştırmada kullandığı argümanların yerinde ve yeterli olmadığı üzerinden bir değerlendirme yaparak ihlal kararına ulaşmıştır. Mahkeme bu yerinde ve yeterli olmamayı bulgularken karikatürlerin yayınlandığı dergiyi basın içerisinde değerlendirerek basına özgü argümanlar kullanmıştır. Bu bakımdan Mahkeme'nin söz konusu ifadelerin hicivsel niteliğini değerlendirmekten kaçınması söz konusudur.

M'Bala M'Bala kararında, Mahkeme, hicvin sınırlarından birisi olarak, Sözleşme'nin değerleriyle uyuşmayan anti-Semitizm, Soykırım inkarı, nefret gösterisi gibi konularını belirlemiştir. Bu bağlamda, anti-Semitizm, Soykırım inkarı, nefret gösterisi gibi konuların hicivsel söylemle, mizahi ve ironik bir şekilde dile getirilmesi, madde 10'un koruduğu alan içerisinde bulunmamaktadır.²⁴⁵

ii. Kurgu

(a) Kararlar

Kurgunun Mahkeme'nin değerlendirmesinde bir etken olarak ortaya çıktığı ilk karar *Alınak* kararıdır. *Alınak* vakasında eski bir milletvekili olan başvuru, Şırnak ilindeki Ormaniçi köyünde geçen gerçek olaylara dayanan 'Şiro'nun Ateşi' isimli bir roman yazmış ve kitap Ekim 1997'de yayınlanmıştır. Kitap herhangi bir isim veya rütbe belirtmeden güvenlik kuvvetlerinin köylülere karşı işlenen çeşitli suçları ve bir karakter olan Şiro'nun bu suçları işleyenlere karşı olan öfkesini konu almaktadır. 14 Ekim 1997'de İstanbul DGM Cumhuriyet Savcısı, kitabın toplatılmasını talep etmiştir. 14 Ekim 1997'de DGM'deki tek bir yargıç, Cumhuriyet Savcısı'nın iddialarını kabul ederek kitabın ilk baskısının toplatılması için bir geçici emir vermiştir. Ancak tutanağa göre kitapların toplatılması gerçekleştirilememiştir. DGM, kararında, güvenlik kuvvetleri mensuplarının, mide bulandırıcı eylemlerde bulunduğunu iddia ettiği ve Türk vatandaşları arasında etnik ve bölgesel ayrımcılık yapmak suretiyle insanları kin ve düşmanlığa sevk ettiği hükmüne varmıştır. 20 Ekim 1997'de başvuru, toplatma kararını temyiz etmiştir. 5 Kasım 1997'de İstanbul DGM başvuruçunun temyizini reddetmiş ve toplatma emri ile yargıcın bu

²⁴⁵ *M'Bala M'Bala v. France*, 25239/13, Decision of 20 October 2015, § 39.

emri verme gerekçelerini onaylamıştır. 21 Kasım 1997’de, İstanbul DGM’ye bağlı Cumhuriyet Savcısı başvuru aleyhinde bir iddianame düzenleyerek başvurunun 1991 Terörle Mücadele Kanunu uyarınca yargılanıp cezalandırılmasını talep etmiştir. 24 Ekim 1999’da İstanbul DGM başvuru aleyhine açılmış olan işlemleri durdurmuştur. Ancak mahkeme, başvurunun kitabı hakkındaki ara toplatma kararının iptal edilmesine ilişkin talebini karara bağlamamıştır.²⁴⁶

Mahkeme burada söz konusu olan meşru amaçları kamu düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi olarak belirledikten sonra demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesine geçmiştir.²⁴⁷ Mahkeme öncelikle eserin aleniyet kazanmasından önceki sınırlamanın daha dikkatli inceleneceğini belirtmiştir. AİHM’e göre, “haber hızla değer kaybeden bir maldır ve yayımını kısa bir süre için de olsa durdurmak, söz konusu haberin tüm değerini ve çekiciliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu tehlike, dergiler hariç, güncel konulara ilişkin tüm yayınların sansürü için de geçerlidir.” Bu bakımdan güncel konulara ilişkin olan bir roman da bu kapsamdan yararlanabilecektir.²⁴⁸

Mahkeme, öncelikle kitabın kurgusal niteliğini dikkate almıştır. Gerçek olaylara dayandığı itirazlarına karşı Mahkeme, kitabın kurgu olarak sınıflandırılan bir roman olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan bilgi ve fikirlerin bir ifade ediliş biçimi olarak kurgu da korunmaktadır.²⁴⁹

Nitekim Mahkeme Türkiye özelinde terörizmin engellenmesine ilişkin problemleri de göz önüne almıştır. Bu bakımdan, Mahkeme, Türkiye’de yaklaşık on beş yıldır sürmekte olan ciddi sorunları daha da ağırlaştırabileceğini düşünülen görüşlerin yayılmasına ilişkin Türk makamlarının endişelerini de dikkate almıştır.²⁵⁰

AİHM, romanın bazı paragraflarının okuyucuları nefrete, isyana ve şiddet kullanımına teşvik ettiği şeklinde yorumlanabileceğini beyan etmiştir. Ancak

²⁴⁶ **Alnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 9-19.

²⁴⁷ **Alnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 28.

²⁴⁸ **Alnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 37-38.

²⁴⁹ **Alnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 40, 43.

²⁵⁰ **Alnak v. Turkey**, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 44.

Mahkeme başvurunun, halkın daha sınırlı bir kesimine hitap eden roman aracını kullandığını dikkate almıştır. Nitekim başvurunun eski bir milletvekili olmasının bu sınırlı etkiyi ortadan kaldırmayacağını ve kitabın yazıldığı dönemde sıradan bir vatandaş olduğunu belirtmiştir. AİHM “kitaptaki bazı paragrafların tonu çok düşmanca görülse de, bu paragrafların sanatsal doğaları ve kısıtlı etkileri nedeniyle bir şiddet çağrısından çok trajik olaylar karşısında duyulan derin üzüntünün birer ifadesi olduklarını” belirtmiştir.²⁵¹

Bunların yanı sıra Mahkeme, ulusal makamların başvurunun temyizi ile gerektiği gibi ilgilenilmediğini beyan etmiştir. Ceza yargılaması sırasında, başvurunun toplatma kararı ile ilgili taleplerine karşı herhangi bir karar alınmadığını ve kitabın geleceğinin belirsizlik içerisinde bırakıldığını kaydetmiştir.²⁵² Bu bakımdan ulusal makamların gerekçelendirmesini yerinde ve yeterli de bulmamıştır. Bu bapta Mahkeme, bu gerekçelerle oybirliğiyle madde 10’un ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁵³

Kurguyu gündeme getiren ikinci vaka, *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* vakasıdır. Burada kitabın yazarı Bay Lindon birinci başvuru, yayıncısı Bay Otchakovsky-Laurens ikinci başvuru ve iç hukuktaki dava ile ilgili makalenin yayınlandığı *Libération* gazetesinin yayın yönetmeni Bay July üçüncü başvurudur. Çalışmada yapılan bu kararın incelemesi, sadece ilk iki başvuru bakımından yapılacaktır. “Jean-Marie Le Pen Yargılamada” isimli kitap, Ulusal Cephe (Front National) militanları tarafından öldürülen bir Faslı diğeri Komorlar asıllı Fransız vatandaşının öldürülmesini ve bu fiiller sonucunda faillerin yargılamasını konu edinmektedir. Nitekim bu yargılamaya Bay Le Pen de dahil edilmiştir. Kitapta, Ulusal Cephe militanı olan Ronald Blister’in Kuzey Afrika etnik kökenli genç bir adamı öldürmesi sonucunda yargılanması ve bu militanın Yahudi, sol görüşlü ve homoseksüel bir avukat tarafından savunulduğu kurgulanmıştır. Kitabın başlarında “Ulusal Cephe Başkanı, kendi retoriği ile tahrik edilen genç militanları tarafından

²⁵¹ *Ahnak v. Turkey*, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 41, 45.

²⁵² *Ahnak v. Turkey*, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 46.

²⁵³ *Ahnak v. Turkey*, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005, § 47, 50.

işlenen cinayette sorumlu değil midir?” sorusunu sorarak Le Pen bakımından çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır. Le Pen tarafından açılan davada Paris Ceza Mahkemesi, kitabın dört pasajından birinci başvurucuyu hakaretten, ikinci başvurucuyu da bu suça iştirak etmekten suçlu bulmuştur ve her birisinin 2.286.74 Avro para cezasını ve verdikleri zarar için müştereken ve mütesilselen 3.811.23 Avro tazminatını ödemesine hükmetmiştir. Birinci ve ikinci başvurucu, bu karara karşı, söz konusu eserin kurgusal bir eser olması ve yükselen aşırı sağ ile nasıl mücadele edileceğine ilişkin kamusal bir tartışmaya, mesafeli ve ironik bir şekilde yaklaşarak katkı olan bir değer yargısı olduğu gerekçeleriyle istinafa başvurmuştur. İstinaf mahkemesi, yerel mahkemenin hükmüne dayanak teşkil ettiği dört pasajdan üçünde hakaret tespit etmiş ilgili para cezasını ve tazminatı uygun bulmuştur. Kitapta geçen bu ifadelerden birincisinde kurgusal karakterlerin ağzından Le Pen ile etkili bir şekilde savaşıma yöntemi olarak Le Pen’in bir siyasi partinin başkanı değil bir katiller çetesinin başkanı olduğu dile getirilmiş ve Le Pen ile Al Capone arasında benzerlik kurulmuştur. Hakaret olarak nitelenen ikinci ifadede Le Pen’in söylemleri dikkate alındığında, aslında militan Ronald Blister tarafından yapılan fiilin Le Pen tarafından açıkça olmasa bile savunulduğu kaydedilmiştir. Yine kurgusal karakterlerin ağzından belirtilen ve istinaf mahkemesi tarafından hakaret olarak nitelenen üçüncü ifadede, Le Pen’in seçmenlerinin öfkesinden ve düşmanlarının kanından olduğu bazı zamanlar da seçmenlerinin kanından beslenen bir vampir olduğu ima edilmiştir. İstinaf mahkemesinin kararına karşı yapılan temyiz sonucunda, temyiz mahkemesi de ilk iki başvurucunun başvurusunu reddetmiştir.²⁵⁴

Mahkeme söz konusu vakadaki meşru amacı, diğerlerinin itibarının ve hakların korunması olarak belirledikten sonra demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir.²⁵⁵

Mahkeme öncelikle vakaya uygulanacak genel ilkeleri belirlemiştir. Burada demokratik toplumda gerekli olan müdahalenin, bir sosyal ihtiyaç baskına karşılık

²⁵⁴ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 10-20.

²⁵⁵ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 44.

gelmesi, izlenilen meşru amaç ile orantılı olması ve ulusal makamlarının bu müdahaleyi gerekçelendirmesinin yerinde ve yeterli olması gerekliliği retoriği tekrar edilmiştir.²⁵⁶ Akabinde AİHM, ifade özgürlüğünde en çok önem verilen alan olan siyasal ifadenin veya tartışmanın bulunduğu alanda veya kamu menfaatini ilgilendiren bir alanda yapılan bir sınırlandırmada Taraf Devletlerin çok küçük bir alana sahip olduğunu beyan etmiştir. Buna ek olarak bir siyasetçiye yönetilen eleştirilerin kabul edilebilirliğinin sınırlarının normal bir bireye göre daha geniş olduğu dile getirilmiş ve bu genel ilkelerin uygulanmasına geçilmiştir.²⁵⁷

Mahkeme, vakada hakaret hükmü kurulan eserin bir roman, hayalgücünün bir yaratımı olduğunu dile getirerek sanatsal ifadenin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, romanın, yazılı basına göre daha az kamusalığa sahip bir araç olduğunu ve böylece hakareten davacı olan Le Pen ve partisinin itibarının daha sınırlı bir şekilde zarara uğrayacağını belirtmiştir.²⁵⁸ Mahkeme, bu vakada sanatsal ifadeyi tespit ettikten hemen sonra söz konusu eserin gerçek olaylardan ilham alınarak yazıldığını, Ulusal Cephe'nin ve onun Başkanının Fransa'da yükselen ırkçılıktan sorumluluğu ve bununla mücadele ilgili sorular sorduğunu dikkate alarak burada eserin tartışmasız bir şekilde kamuyu ilgilendiren bir konu ile ilgili olduğunu ve siyasal ve militan/saldırgan ifadelerin oluşturduğunu beyan etmiştir. Bu bapta, AİHM, vakada ifade özgürlüğünün yüksek derecede koruma sağlayacağını belirterek, verilen ceza bakımından ulusal makamların takdir marjının sınırlı olduğunu dile getirmiştir.²⁵⁹

AİHM, ulusal mahkemelerin verdikleri cezanın, ihtilaf konusu romanda ileri sürülen argümanlara yönelik olmadığını ve fakat romandaki belirli pasajların

²⁵⁶ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 45.

²⁵⁷ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 46.

²⁵⁸ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 47.

²⁵⁹ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 48.

içeriklerine yöneldiğini tespit etmiştir.²⁶⁰ Başvurucu, istinaf mahkemesinin, kurgusal bir olaydaki kurgusal bir karakterin yorumlarından yazarın düşüncelerini ortaya çıkardığı ve söz konusu pasajların hakaret niteliğine sahip olduğuna karar verirken yazarın bu yorumlar bakımından kendisine mesafe koyup koymadığı incelediği gerekçeleriyle istinaf mahkemesinin kararını eleştirmiştir. Başvurucuya göre böyle bir yaklaşım edebiyatın hapsine yol açacaktır. Ancak Mahkeme, başvurunun bu görüşünü paylaşmamış ve istinaf mahkemesinin uyguladığı kriterleri yerinde bulmuştur. Bu bağlamda, Mahkeme diğer yaratıcılar gibi roman yazarlarının da ifade özgürlüğünün içinde bulunan görev ve sorumluluklardan bağışık olmadığını vurgulamıştır.²⁶¹ Mahkeme, yazarın düşünceleri ile karakterlerin yorumları arasında bir ayırım yapılmasının yazarının yararına olduğunu ifade etmiştir. Zira Mahkeme'ye göre sadece yazara atfedilebilen düşünceler bakımından yazar sorumlu olacaktır.²⁶²

Mahkeme ayrıca istinaf mahkemesinin başvurucuların herhangi bir ek delil getirmede başarısız olduğunu dile getirerek kullanılan ifadelerin hakaret oluşturduğu yönündeki kararını kendi vaka hukukunda uyguladığı olgusal ifade-değer yargısı ayırımına uygun bulmuştur. Burada AİHM, istinaf mahkemesinin istediği delillendirmenin, kendi içtihatlarında, değer yargısı söz konusu olduğunda aradığı yeterli olgusal temel ile aynı kriter olduğunu kaydetmiştir.²⁶³

Mahkeme ayrıca bir özel bireye nazaran siyasetçilere yöneltilen eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırının daha geniş olmasının bu vakada da uygulanacağını ifade etmiştir. Nitekim Mahkeme, Le Pen ve Ulusal Cephe bakımından ayrı belirlemelerde bulunmuştur. Buna göre, Le Pen, konuşmalarının keskinliği, görüşlerinin aşırılığı ve hüküm giydiği ırksal nefreti teşvik etme, insanlığa karşı suçları önemsizleştirme, zülme izin verme, savaş suçlarını savunma, kamusal figürleri aşağılama ve incitici

²⁶⁰ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 50.

²⁶¹ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 51.

²⁶² **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 52.

²⁶³ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 54-55.

yorumlarda bulunma suçları ile bilinen, ileri gelen bir siyasetçidir. Mahkeme, bu bağlamda Le Pen'in kendisini sert eleştirilere açtığını ve yüksek derecede bir hoşgörü göstermesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁴

Bununla beraber Mahkeme, istinaf mahkemesinin, siyasetçi olsa bile bir bireyi “katiller çetesinin başkanı” olarak benzetilmesinin, kurgusal karakter olsa bile bir katilin onun tarafından savunulduğunu ileri sürmenin ve Le Pen'in seçmenlerinin öfkesinden ve düşmanlarının kanından beslenen ve bazı zamanlar da seçmenlerinin kanından beslenen bir vampir olarak tanımlanmasının bu hususta izin verilen sınırları aştığı yönündeki değerlendirmesini makul bulmuştur. Mahkeme ayrıca, siyasal mücadelelerin şiddetine bakmaksızın asgari derecede itidal ve edep aramanın meşru olduğunu ve sürekli tartışma yaratsa bile siyasetçinin itibarının, Sözleşme tarafından ortaya konan korumadan yararlanması zorunluluğunu belirtmiştir. AİHM, karşı tarafı damgalama amacı taşıyan yorumların niteliği ve bunların içeriğinin şiddet ve nefreti teşvik ettiği dikkate alındığında, Le Pen siyasi görüşleri içerisinde radikal bir konumda bulunan bir figür olsa bile bu yorumların hoşgörülen siyasal tartışmanın sınırının dışında olduğunu dile getirmiştir.²⁶⁵ Bu bakımdan başvurularda uygulanan cezanın, yerinde ve yeterli gerekçelere dayandığını kaydetmiştir.²⁶⁶

Mahkeme, Taraf Devletlere bırakılan takdir marjını dikkate alarak, hakarete karşı cezai bir yaptırım öngörülmesinin kendiliğinden bir orantısızlık teşkil etmediğini dile getirmiştir. Nitekim başvurularda hükmedilen para cezası ve tazminatın ölçülü olduğunu belirterek başvurularda uygulanan müdahalenin, izlenilen meşru amaç ile orantılı olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, 4 oya karşı 13 oyla madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.²⁶⁷

²⁶⁴ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 56.

²⁶⁵ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 57.

²⁶⁶ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 58.

²⁶⁷ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, § 59.

Kurgu argümanı bakımından incelenmesi gereken üçüncü karar, *Jelševar ve Diğerleri* kabul edilemezlik kararıdır. Bu vakada, başvurucular, aslında roman tarafından itibarı zedelenen kişilerdir. Bu yüzden, sanatsal ifade özgürlüğünün değerlendirilmesi, ters bir perspektiften gerçekleşmektedir. Bu vakada, B.M.Z., “Huşu Ağaçları Yükseldiğinde Yeşillik Olur” (“*When the Birches Up There are Greening*”) isimli romanın kişisel olarak yayınlamıştır. Romanda, 20.yüzyılın başlarında Amerika Birleşik Devletleri’ne göç eden, Brinovec isimli Slovenyalı dostu ile evlenen ve sonrasında aile çiftliğini devralmak, meyve ve sebze ticareti yapmak ve bir aile yetiştirmek için vatanına dönen Slovenya’nın kırsal kesiminden bir kadının yaşam hikayesini anlatmaktadır. Kitabın ana karakteri olan Rozina, deli dolu, hırslı ve becerikli biri olarak tasvir edilmiştir. Bununla beraber aynı zamanda kocası ile birlikte yol almak için seks yaptığını, Amerika’daki alkol yasağı zamanında yasadışı alkol yaptığı ve sattığı ve çocukları üzerinde para biçtiği tarif edilmiştir. Kitapta, Rozina’nın, Katolikliğe bağlı birisi olduğu, Meryem Ana ile sıklıkla konuştuğu belirtilmiş ve kitap, Meryem Ana’nın yardımıyla cennet yükseldiği farzedilerek, onun ölümüyle sonuçlanmıştır. Kitap Rozina’nın yanı sıra İkinci Dünya Savaşı sırasında hırsızlıktan hapiste bulunan Rozina’nın kızlarından birisi olan Minka gibi karakterleri de tasvir etmiştir. Başvurucular kitaptaki bu hikayenin aileleri ile alakalı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre, kitapta geçen yer, başvurucuların ailesinin yaşadığı yerdir ve Brinovec adı da yerel topluluk içerisinde bilinen adlarıdır. Başvurucuların ailesi gerçekten de Amerika’da evlenmiş, sonrasında aile çiftliğini devralmışlar ve meyve ve sebze ticaretinde bulunmuşlardır. Bu bağlamda başvurucular yerel topluluk tarafından yaşam hikayesi bilinen annelerinin, yerel toplulukta yaşayanların gözlerinde olumsuz ve hakaret içerecek bir şekilde tasvir edildiği dolayısıyla kişilik haklarının ihlalinin dolaylı dava açmış manevi tazminat talep etmiştir. Başvurucular, ailesinin Amerika’da illegal olarak alkol yapıp satmadıklarını, hasır şapka sattıklarını, kitaptaki kadar zengin olmadıklarını ve kitapta bahsedildiği gibi bir cinsel hayatları olmadığını belirtmiştir. B.M.Z. ise savunmasında sanatsal ifade özgürlüğünün önemine vurgu yapmış, kitap için kendi ailesininki de dahil olmak üzere birçok farklı hikayeden esinlendiğini ancak özellikle birisini tasvir etmeyi amaçlamadığını belirtmiştir. Sözgelimi Amerika’daki alkol yasağı zamanında alkol satılmasını kendi ailesinin hikayesinden

esinlendiğini ifade etmiştir. Yerel mahkeme, üç başvurucunun her biri için yaklaşık 400 Avro, bir başvurucu için 2.000 Avro manevi tazminata hükmetmiş ve B.M.Z.'yi yanlış beyanlarından ve ailelerinin hatırasına leke sürdüğü için başvuruculardan alenen özür dilemesine ve kitabın yayından ve dağıtımdan kaldırılmasına hükmetmiştir. Temyiz mahkemesi, dava masrafları dışında yerel mahkemenin kararını onamıştır. B.M.Z.'nin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi, başvurucuların taleplerini reddetmiştir. Bu kararı verirken, Anayasa Mahkemesi, başvurucuların kişilik hakları ile B.M.Z.'nin sanatsal ifade özgürlüğü arasında bir dengeleme yapması gerektiğini ve bunu da romandaki ifadelerin saldırganlık derecesi ile başvurucuların incitilmiş olan duygularını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi farklı altyapılara sahip ortalama okuyucuların, kitaptaki tasvirleri gerçek olarak algılamayacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucular öyle algılamış olsa bile kitaptaki karakterlerin, tasvip edilemez, utandırıcı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca ortalama bir okuyucunun, başvurucular kadar rahatsız olmayacağını, başvurucuların subjektif duygularına ağırlık verilmemesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁸

AIHM, önüne gelen bu vakada, madde 8'in gündeme gelmesi için kişisel şeref ve itibara yapılan saldırının, belirli bir ciddiyet derecesine ulaşması gerektiğini ve Taraf Devlet, özel yaşama saygı gösterme hakkından kişisel olarak yararlanmaya halel getirecek şekilde yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Mahkeme bu vakada, özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁹

Mahkeme, burada çatışan ifade özgürlüğü tipinin sanatsal ifade özgürlüğü olduğunu tespit etmiş ve edebi eserlerin yazarlarının yararlandığı sanatsal ifade özgürlüğünün, Sözleşme çerçevesinde yüksek derecede bir korumadan yararlandığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca *Karataş* kararına atıf yaparak, romanların bir derece abartı içerebileceğini ve romanlarda renkli ve etkileyici bir hayal gücünün kullanılabileceğini ifade etmiş ve ifadenin özü kadar onun ifade edilme biçiminin de

²⁶⁸ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 4-20.

²⁶⁹ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 31-32.

korunduğunu kaydetmiştir. Dahası edebi eserlerin görece daha sınırlı bir kamusal niteliğe sahip olduğunu ve bu sınırlı etki kriterinin, edebi yaratımların kişinin itibarında sebep olabilecek olası zararların belirlenmesinde uygulandığını dile getirmiştir.²⁷⁰

AİHM, Anayasa Mahkeme'sinin madde 8 ile madde 10 arasındaki dengelemeyi yaparken ileri sürdüğü gerekçelerin, kendi vaka hukukuna uygun olduğunu kaydetmiştir. AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin iki karakterin başvuruçuların annesine ve başvuruçulara bir hakaret teşkil edip etmediği incelemesinde ihtilaflı niteliklerin bütün olarak kitap bağlamında değerlendirmesinin, kendi içtihatlarında uyguladığı kriterlerin benzeri olduğunu beyan etmiştir. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi'nin kararını makul bulmuştur.²⁷¹

Son olarak Mahkeme, söz konusu kitabın bir biyografi olarak değil bir kurgusal eser olarak yazıldığını ve bu yüzden okuyucuların çoğunluğu bakımından gerçek karakterlerin tasvir edilmesi olarak anlaşılmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, başvuruçuların aile yakınlarının bile ilgili gerçek kişinin, kitaptaki karakter ile doğru temsil edilme olasılığını çoğunlukla kabul etmediğini vurgulamıştır.²⁷²

AİHM, bu gerekçelerle başvuruçuların itibarının söz konusu kitap tarafından ciddi bir şekilde etkilendiğini düşünmediğini ve buna göre çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, Anayasa Mahkemesi'nin, Taraf Devlete tanınan takdir marjını aşmadığını beyan etmiştir. Bu bakımdan başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.²⁷³

(b) Değerlendirme

Alinak ve Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July kararlarına bakıldığında görülmektedir ki, kurgu argümanı Mahkeme'nin demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde etkili bir rol oynamamaktadır.

²⁷⁰ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 33-34.

²⁷¹ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 37.

²⁷² **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 38.

²⁷³ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 39-40.

Alınak kararı incelendiğinde görülmektedir ki kurgu argümanı yalnızca ifade biçimi olarak dikkate alınmıştır. Bu bağlamda kurgunun kullanılmasına herhangi bir sonuç bağlanmamıştır. Bu bakımdan bir sanat eserinin kurgusal niteliği ona nitelikli bir koruma sağlamamaktadır. *Alınak* kararında Mahkeme ihlal kararı verirken özellikle *Karataş* kararından beri uyguladığı kullanılan ifade aracının sınırlı bir etkide bulunduğu ve ulusal mahkemelerin söz konusu müdahaleye gerekçelendirmesinin yerinde ve yeterli olmadığına dayanmıştır.

Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July kararında ise kurgu argümanına, başvuruçuların itirazları ve Mahkeme'nin söz konusu eseri belirlemesi dışında rastlanmamaktadır. Burada Mahkeme'nin Paris İstinaf Mahkemesi'nin uyguladığı kriterlerin kendi içtihatında ortaya çıkan olgusal ifade-değer yargısı ayırımına benzer olup olmadığını incelediği görülmektedir. Mahkeme, Paris İstinaf Mahkemesi'nin kendi kriterlerine benzer değerlendirmeleri yapması ve söz konusu olan ifadelerin nefret ve şiddeti teşvik etmesi dolayısıyla kabul edilebilir eleştirinin dışına çıkması dolayısıyla madde 10'un ihlal edilmediğini bulgulamıştır.

Nitekim Rozakis, Bratza, Tulkens ve Šikuta'nın kısmi muhalif görüşünü burada dile getirmek gerekir. Sanatsal ifade özgürlüğünü yüksek derece korunması gereken bir hak olarak gören muhalif görüşe göre yazarın görüşü ile kurgusal yorumlarının ayrılmasına dayanarak yazarın hakaretten suçlu bulunmasının çok kırılgan bir temel üzerinde bulunduğu ifade edilmiştir.²⁷⁴ Nitekim AİHM'in kararlarından çeşitli örnekler verilerek siyasetçiye yöneltilen eleştirilerde sınırın aşılmadığı belirtilmiştir. Buna göre *Lopes Gomes da Silva* kararında mahkeme, başvuruçunun Lisbon İl Meclisi seçimlerinde bulunan bir kişiyi “grotesk figür ve ... kaba bir tutuculuğun, faşist bir bağnazlığın ve bayağı bir anti-Semtizm karışımı ... soytarı” olarak tarif etmesinden dolayı hüküm giymesini, Mahkeme madde 10'un ihlal olarak nitelendirmiştir.²⁷⁵ *Karman* kararında, bir gazetecinin bir siyasetçiyi “yerel neo-faşist” olarak nitelendirmesinden dolayı hüküm giymesinde, madde 10'un

²⁷⁴ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Bratza, Tulkens ve Šikuta, § 3-4.

²⁷⁵ **Lopez Gomes da Silva v. Portugal**, Appl. No. 37698/97, Judgement of 28 September 2000.

ihlaline hükmedilmiştir.²⁷⁶ *Dąbrowski* kararında, Mahkeme, bir gazetecinin, belediye başkan yardımcısını “belediye başkanı-hırsız” olarak tasvir etmesinden dolayı hüküm giymesinde ihlal bulmuştur.²⁷⁷

Muhalafet görüşü, Mahkeme’nin söz konusu romanı, saf bir kurgu olarak olmadığı, gerçek karakterler ve olaylar barındırdığı yönündeki değerlendirmesini yerinde bulmamıştır. Gerçek bir roman, belgesel-filmlerin kurgu olması gibi çoğunluğu itibarıyla bir roman olarak kalmaktadır. Bunun yanı sıra muhalafet görüşünde, Le Pen’in giydiği hükümler dikkate alındığında aslında yeterli olgusal temelin mevcut olduğu ifade edilmiştir.²⁷⁸

Son olarak muhalafet görüşünde, kullanılan ifadelerin gerçek anlamları ile dikkate alınmaması gerektiği, bu ifadelerin amacının, söz konusu siyasetçinin söylevleriyle takipçilerini, özellikle azınlıklara karşı sert şiddet olaylarına teşvik etmesi olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan bu ifadelerin olgusal temel üzerine kurulan bir değer yargısı olduğu dile getirilmiştir.²⁷⁹

Gerçekten de Mahkeme’nin *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* kararı, ifadelerin kamusal bir figüre yöneltilmesi ve bu kamusal figürün aşırı görüşlerini ifade etmesinden dolayı birçok kez hüküm giymiş olan öncü bir siyasetçi olması ve söz konusu ifadelerin roman gibi sınırlı bir etki yaratan bir araçla yapılması etkenlerinin kararda dikkate alınsa bile etkinliklerini ciddi ölçüde sınırlandırması bakımından eleştirilmesi gereken bir karardır. Üstelik romanın kurgusal niteliğinin bir etken olarak belirtilmemesi, kurgu argümanının varlığına dair ciddi sorunlar oluşturmaktadır.

Kurgu argümanını kullanıldığı konusunda şüphe uyandıran bir diğer karar *İ.A.* kararıdır. Bu vakada başvuru, felsefî ve dini görüşleri barındıran “Yasak

²⁷⁶ **Karman v. Russia**, Appl. No. 29372/02, Judgement of 14 December 2006.

²⁷⁷ **Dąbrowski v. Poland**, Appl. No. 18235/02, Judgement of 19 December 2006.

²⁷⁸ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Bratza, Tulkens ve Šikuta, § 5.

²⁷⁹ **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France**, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Bratza, Tulkens ve Šikuta, § 6.

Tümceler” romanının yayıncısıdır. Başvurucuya, romanda kullandığı ifadelerden²⁸⁰ dolayı “Allah, din, peygamber ve kutsal kitaba” karşı saygısızlık ettiği için cürüm işlediği gerekçesiyle toplamda 3.291.000 TL para cezası verilmiştir. AİHM, bu vakanın, yalnızca onur kırıcı veya şok edici yorumlar veya “provokatif” görüşlerle değil, aynı zamanda Müslümanların peygamberine yapılan çirkin saldırı ile de alakalı olduğunu belirterek madde 10’un ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁸¹ İ.A. kararı, tarihsel olarak *Alınak* kararından sonra gelmesine rağmen Mahkeme, bu kararda ifadeler için kullanılan araç olan romanın kurgusal niteliğinden hiç bahsetmemiştir.

Jelševar ve Diğerleri kabul edilemezlik kararının, kurgu argümanı etrafındaki şüpheleri belirli ölçüde dağıttığı söylenebilir. Bu kararda Mahkeme esas olarak Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı gerekçelendirmenin yerinde ve yeterli olduğu ve söz konusu eserin kurgusal bir eser olduğu gerekçelerine dayanmıştır. Mahkeme bir kurgu olan söz konusu roman karakterlerinin, ortalama bir okuyucu tarafından gerçek karakter olarak anlaşılamayacağını belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, ortalama okuyucu ibaresi ile eserin kurgusal niteliğinin objektif bir şekilde değerlendirme yoluna gitmiştir. Aynı şekilde bu kararda, kurgusal eser olan romanların belirli ölçüde abartı içerebileceği ve romanlarda renkli ve etkileyici bir hayalgücünün kullanılabileceği belirtilerek gerçek olaylara dayanan kurgusal eserlerden mutlak doğrunun/gerçeğin beklenemeyeceği ifade edilmiştir. Yine de bu karar sanatsal ifadenin ters perspektiften bir incelemesini oluşturmaktadır. Bu vakada Anayasa Mahkemesi’nin aksi yönde karar verip, B.M.Z.’nin bir başvuruda yapması ihtimalinde, AİHM’in Anayasa Mahkemesi’nin bu kararını makul bulabileceğini görebilirdik. Ancak bu karardan kesin olarak çıkan sonuç, sanata özgü bir savunma olan kurgunun, demokratik toplumda gereklilik veya ölçülülük/adil denge incelemesinde bir etken olarak karara yansımastır.

²⁸⁰ Yerel mahkemenin alıntılacağı ifadeler şunlardır: “Kuran’da yer alan korku, eşitsizlik, çelişki üçgenini görmüyor musunuz; bana yer solucanını hatırlatıyor. Tanrı dedi ki bütün sözler Tanrı elçisinin kendi sözleridir. Hatta bu sözlerin bir bölümü “Ayşe’nin koinunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” İ.A. v. Turkey, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 December 2005, § 13.

²⁸¹ İ.A. v. Turkey, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 December 2005, § 5-13, 29-32.

Genel olarak bakıldığında, kurgu argümanının Mahkeme tarafından istikrarsız bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme, *Lindon*, *Otchakovsky-Laurens* ve *July* kararında bir siyasetçiye yöneltilen ifadeler bakımından kurgu savunmasını neredeyse hiç dikkate almazken, *Jelševár* ve *Diğerleri* kararında özel bir kişiye yönelen ifadeler bakımından kurgu savı, açıkça dayanaktan yoksunluk sonucuna ulaşırken temel teşkil etmiştir. Bu bakımdan bu argümanın daha istikrarlı bir şekilde Mahkeme kararlarına yansması gerekmektedir.

b. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Korunmasında Standart Değişimi Mi?

Sanata özgü korumaların gündeme geldiği 2000’li yıllardan sonra, AİHM’in bazı kararlarına bakıldığında, sanatsal ifade özgürlüğünün korunmasında bir standart değişimi göze çarpmaktadır. Bu kararlara geçmeden önce Türkiye aleyhine verilen üç ihlal kararından bahsetmek gerekir.

(1) Standart Değişimini Önceleyen Kararlar

Ulusoy ve Diğerleri vakasında, ‘Teatra Jiyana nü’ (Yeni Yaşam Tiyatrosu) tiyatro topluluğunda bulunan başvurucular, Kürtçe bir piyes olan ve başvuruculara göre hiçbir siyasi mesaj içermeyen, deliler arasında geçen olayları konu alan ‘Komara Dinan Sermola’ (Deliler Cumhuriyeti) adlı bir oyunu sahnelemekteydi. Bu oyun aynı zamanda Ankara Tiyatro Festivali’nde de sahnelenmiştir. Ankara Yenimahalle Belediyesi 29 Kasım 1999 tarihinde, Kemal Ulusoy’un talebi üzerine oyunun 4-5 Aralık 1999 tarihleri arasında belediyenin tiyatro sahnesinde oynanmasına mücade etmişti. Kemal Ulusoy 30 Kasım 1999 tarihinde, yürürlükteki mevzuat uyarınca Yenimahalle Belediyesi tarafından oyunun sahnelenmesine izin verildiği hususunda Ankara Valiliğini bilgilendirmiştir. Ankara Valiliği 3 Aralık 1999 tarihli bir mektupla izin talebinin reddedildiği hususunda Kemal Ulusoy’a tebligatta bulunmuştur. Başvurucular bu ihtilafı idare mahkemesine taşımışlardır. Valilik 6 Ocak 2000 tarihli layihasında, oyuncuların adli sicil kayıtlarını ve PKK yanlısı faaliyetleri nedeniyle takibata uğramış olmalarını gözönünde bulundurarak söz konusu piyesin oynanmasının kamu düzeni açısından sakıncalı olduğunu savunmuştur. İdare mahkemesi kamu düzeni gereklerine istinaden başvuranların taleplerini 20 Eylül 2000 tarihinde reddetmiştir. raportör hakim, Türk Hukuku’nda bir sanat eserinin temsilini önceden yasaklanabilmesini mümkün kılan ya da tiyatro

oyunlarında Türkçe'den başka bir dil kullanılmasını yasaklayan bir kural olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasını talep etmesine karşın Danıştay, kararın, yasalara ve yargılama usullerine uygun bir biçimde alındığı gerekçesiyle söz konusu kararı oy çokluğuyla onamıştır.²⁸²

AİHM, Taraf Devletin, izlediği meşru amaçları kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi olarak belirledikten sonra, demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Mahkeme öncelikle Valilik tarafından verilen ret kararının sadece ilgili yasa hükümlerine atıfta bulunmakla yetindiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra bu tiyatro topluluğunun Ankara Tiyatro Festivali'nde bir oyun oynadığı hususuna Hükümetin itiraz etmediği tespit edilmiştir. Mahkeme, oynamasına izin verilmeyen oyuna dair Hükümet'in bir delil başlangıcı bile sunmadığını belirtmiştir.²⁸³

Mahkeme, ret kararının oyuncuların adli sicillerinin kamu düzeni açısından tehdit teşkil ettiği gerekçesiyle verildiği kabul edilse dahi idare mahkemesi tarafından benimsenen kararın, kendisinde, oyunda Kürtçe'nin kullanılmasının kamu düzeninin görebileceği muhtemel zararı artırıcı bir nitelik taşıdığına dayandığı izlenimini uyandırdığını dile getirmiştir. Mahkeme, raportör hakiminin Türk Hukukunda bir sanat eserinin temsilini önceden yasaklanmasına imkan veren ve oyunlarda Türkçe'den başka bir dil kullanılmasını yasaklayan kanuni bir dayanağın bulunmadığı görüşünü vurgulamıştır.²⁸⁴

Mahkeme, hukukilik testini demokratik toplumda gereklilik testine taşımıştır. Mahkeme'ye göre, ulusal makamların takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama biçimi Türk Hukuku'nda yeterince açık bir şekilde tanımlanmamış ve bu tür sınırlamaların olası suistimaline karşı uygun koruma sağlamadığını belirtmiştir. Mahkeme aynı zamanda başvuruçular tarafından sahneye konan oyunun yasaklanmasını haklı

²⁸² **Ulusoy and Others v. Turkey**, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007, § 6-16.

²⁸³ **Ulusoy and Others v. Turkey**, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007, § 37, 45-49.

²⁸⁴ **Ulusoy and Others v. Turkey**, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007, § 52.

kılacak nitelikte potansiyel olumsuz bir etkiye sahip olmadığını dile getirmiştir. Bu bakımdan oybirliğiyle madde 10'un ihâl edildiğine karar vermiştir.²⁸⁵

Mahkeme, bu vakada verdiği ihlal kararında, hukukilik incelemesindeki öngörülebilirlik ve açıklık ilkesinin yerine getirilmediğine ve ulusal makamların yaptığı değerlendirmelerin ve gerekçelendirmelerin yerinde ve yeterli olmadığına dayanmaktadır.

Yine aynı tarihte kararı verilen *Kar ve Diğerleri* vakasında, başvuruçular, 20 Mart 1997 ve 8 Nisan 1997 tarihleri arasında, “Bir Hak Düşmanı” isimli oyunda oyuncu olarak yer almışlardır. Oyun, Türkiye’nin çeşitli il ve ilçelerinde sekiz defa sahnelenmiştir. Bazı gazeteler ve televizyonlar oyun ile ilgili haber yapmışlardır. Hürriyet gazetesi, başvuruçular tarafından sahnelenen oyun nedeniyle Refah Partisi ve Lideri Necmettin Erbakan’ı sert bir şekilde eleştiren bir komutana atıfta bulunarak “Komutanı İsyan Ettiren Tiyatro” manşetini geçmiştir. DGM Cumhuriyet Savcısının oyun ile ilgili yürüttüğü ceza soruşturması gereği dört başvuruçucu da birisi bir gün sonra olmak üzere 24 Nisan 1997’de gözaltına alınmıştır. Başvuruçular “silahlı kuvvetlere karşı halkı silahlı ayaklanmaya teşvik etmek” suçu ile suçlanmışlardır. Başvuruçular, oyunda ayaklanmaya teşvik olarak yorumlanabilecek bir şey olmadığını belirtmişlerdir. Ancak, hakim, tutuklu yargılanmalarını emretmiştir. Başvuruçular, oyunun “Zargonya” isminde hayal mahsulü bir ülkede geçtiğini ve Türkiye ile bir alakası olmadığını; oyunda geçen diyalogların “sanatsal olaylar” olduğunu ve oyunun bazı ifadeler ve görüşler içerdiğini; ancak, bunları silahlı ayaklanmaya teşvik olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı yönünde mahkeme önünde savunma yapmışlardır. 11 Eylül 1997 tarihinde, ilk derece mahkemesi, başvuruçuları, “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi, diğer bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme” (Ceza Kanunu madde 312/II) suçundan suçlu bulmuş ve iki yıl dört ay hapis cezasına ve para cezasına hükmetmiştir. Oyun yazarı için üç yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Temyiz üzerine verilen kararlar Yargıtay’a iki kez gönderildikten sonra bu kararlar bozulmuştur. Nihayetinde yerel mahkeme oyundaki bazı

²⁸⁵ **Ulusoy and Others v. Turkey**, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007, § 53-55.

ifadelerin²⁸⁶ Devlet'in silahlı güçlerine karşı halkın silahlanması gerektiği yönünde Müslümanlara bir mesaj verdiğine, bir askeri darbe ihtimalinden bahsedilerek ordunun ezici bir grup olarak gösterildiğine ve Silahlı Kuvvetler mensuplarının dinsiz veya diğer dinlere bağlı insanlar olarak anıldığına dayanarak başvuruçuları Ceza Kanunu madde 312/II'de tanımlanan suçtan mahkum etmiş ve başvuruçuların her birini beş yıl altı ay hapis cezasına ve 4.729.999 Lira (söz konusu zamanda yaklaşık 12 Amerikan Doları'na karşılık gelmektedir) para cezasına çarptırmıştır. Bu karara karşı yapılan temyiz talebini Yargıtay reddetmiştir.²⁸⁷

AİHM, Taraf Devletin, izlediği meşru amaçları kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi olarak belirledikten sonra, demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Mahkeme, sekiz kere sahnelenen oyunun sınırlı bir etkide bulunacağını kaydetmiştir. Mahkeme, verilen 5 yıl 6 aylık hapis cezasının aşırı ağır olduğuna karar vermiş ve gerçekleştirilen müdahale ile izlenilen meşru amaç arasından bir orantı olmadığına hükmetmiştir. Bu bakımdan oybirliğiyle madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸⁸

Mahkeme, *Kar ve Diğerleri* vakasında ihlal kararı verirken esas olarak verilen cezanın orantısızlığına dayanmıştır. Bu bakımdan, bu ağırlıkta bir ceza, Sözleşme'nin ortaya koyduğu asgari standartlara aykırı olduğu gözlemlenmektedir.

Bahsedilmesi gereken üçüncü karar *Akdaş* kararıdır. Bu vakada başvuruçusu Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in "*Les onze mille verges*" isimli erotik romanının, "On Bir Bin Kırbaç" başlığıyla Türkçeye çevrilmiş halini yayıncısıdır. Roman, açık saçık cinsel münasebet sahnelerini, sadomazoşizm, vampirizm ve pedofili, vb. gibi çeşitli yöntemlerle betimlemektedir. Yayınevi, kitapta Michael

²⁸⁶ Yerel mahkemenin dikkate aldığı ifadeler şunlardır:

"- Allah kitap'ta başka nelerden bahsetmiştir? Silahlanıp Devlet'e karşı ayaklanmaktan bahsetmiş midir?

-Eğer o Devlet, Allah'ın kurallarına göre yönetmiyor ve bunun yerine dilediği gibi kanunlar kabul ediyorsa, bu kanunları itaat etmeye zorlamak için vatandaşları üzerinde uyguluyorsa, itaat etmemeleri halinde silah kullanımına başvuruyorsa, o zaman evet, aynı Devlet'in yaptığı gibi." **Kar and Others v. Turkey**, Appl. No. 58756/00, Judgement of 3 May 2007, § 23.

²⁸⁷ **Kar and Others v. Turkey**, Appl. No. 58756/00, Judgement of 3 May 2007, § 5-25.

²⁸⁸ **Kar and Others v. Turkey**, Appl. No. 58756/00, Judgement of 3 May 2007, § 40, 46, 48-49.

Wyss'in illüstrasyonlarına da yer vermiştir. İstanbul Savcılığı, Ceza Kanununun 426/I ve 427/II hükümleri uyarınca, toplumun cinsî arzularını tahrik ve istismar edici nitelikte müstehcen ve ahlak dışı yayınlar nedeniyle başvuranın mahkumiyetini talep etmiştir. Başvurucu mahkeme önünde kitabın, esas olarak, mübalağa, grotesk, metafor gibi yazım tekniklerinin kullanıldığı edebi bir eser, bir kurgu olduğu yönünde bir savunma yapmıştır. Yerel mahkeme, başvurucuyu, hapis cezasına çevrilebilir bir ceza olan 1.179.000.000 eski Türk lirası (TRL) “ağır” para cezasına mahkûm etmiş ve ayrıca kitabın tüm baskılarına toplatılmasına ve toplanan kitapların imha edilmesine karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararı, ceza miktarındaki yanlış hesaplama dolay bozması üzerine yerel mahkeme, ağır para cezasını 684.000.000 TRL (yaklaşık olarak 1.100 Avro) olarak belirlemiştir. Yargıtay, ihtilaf konusu eserin baskılarının imha edilmesine ilişkin kısmını, 2003 yılında yapılan yasama değişikliği gereğince bozmuş ve kararın geri kalan kısmını onamıştır.²⁸⁹

Mahkeme, Taraf Devletin izlediği meşru amacı ahlakın koruması olarak belirlemiş ve Handyside kararındaki retoriği tekrarlamıştır. Buna göre ahlakın gerekleri konusundaki görüşler dönemden döneme ve ülkeden ülkeye değişmektedir ve Taraf Devletten, ülkelerindeki kültürel, dini, medeni ya da felsefi farklı toplulukların varlığı göz önünde bulundurması talep edilmektedir. Bu bağlamda hakkın sınırlandırılmasında ulusal makamların ulusalüstü makamlara nazaran daha iyi konumda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, aynı zamanda ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin aynı zamanda bu hakkın içeriğinde bulunan görev ve sorumlulukları üstlendiğini dile getirmiştir.²⁹⁰

Mahkeme akabinde, söz konusu eserin ilk defa 1907 Fransa'da yayınlandığını, o dönemde çok açık saçık olduğu gerekçesiyle olay yarattığını ve bu kitabın daha sonra baskı ve internet üzerinden birçok dilde yayınlandığını ve 1993 yılında “*La Pléiade*” koleksiyonuna dâhil edildiğini kaydetmiştir. Mahkeme bu bağlamda ahlaki alanda Taraf Devletlere bir takdir marjı bıraksa da eserin ilk defa yayınlanmasının üzerinden bir asırdan fazla süre geçtiğini, çok sayıda ülkede çeşitli

²⁸⁹ **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010, § 2-12.

²⁹⁰ **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010, § 22-24.

dillerde yayınlanmasını ve Taraf Devletin müdahalesinden onlarca yıl önce “*La Pléiade*”a dâhil edilerek tasdik edilmesini demokratik toplumda gerekliliği etkileyecek bir etken olarak kaydetmiştir. Bu bağlamda, AİHM, ahlak konusunda Taraf Devletlere tanınan takdir marjının, Avrupa Edebiyatının mirası ile sınırlandırmıştır. Mahkeme, Taraf Devletin Avrupa Edebi mirasına dahil olan bir eserin herhangi bir dilde erişimine engel olamayacağını belirtmiştir. Bu gerekçelerle, Mahkeme zorunlu sosyal bir ihtiyaca yanıt vermediği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, eserin tüm baskılarına el konulmasına ve ağır para cezasından ibaret olan müdahalenin, hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. Böylece, oybirliğiyle madde 10’un ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁹¹

Mahkeme’nin bu vakada ihlal kararını verirken, bir ölçüde ölçülülük ilkesinden dayansa da büyük ölçüde söz konusu olay yaratan eserin yayınlanmasının üzerinden çok zaman geçtiğine, birçok dilde yayınlandığına dayandığına ve “*La Pléiade*” koleksiyonuna dahil edilmesine dolayısıyla eserin Avrupa Edebi mirasına dahil olmasına dayanmıştır. Kanımca, burada AİHM’in kullandığı ‘Avrupa Edebi mirası’ ibaresi, demokratik toplumda gerekliliği etkileyen etkenlerden biri olan Avrupa konsensüsüne denk düşmektedir. Mahkeme, bunu açıkça belirtmese de eserin birçok dilde yayınlandığının ve dolayısıyla Avrupa değerler bütünü içerisinde yer aldığına dille getirilmesi bu etkene işaret etmektedir. Bununla birlikte hangi eserlerin Avrupa Edebi mirasında yer alacağına ilişkin herhangi bir kriter ortaya konmaması, Mahkeme’nin dayandığı bu savı subjektifleştirmekte ve eleştiriye açık hale getirmektedir. Burada özellikle “*La Pléiade*” koleksiyonun objektif bir şekilde oluşturulmayan bir koleksiyon olduğuna yönelik eleştiriler söz konusu olmaktadır.²⁹² Ancak karara bakıldığında özellikle eserin ilk yayınından itibaren uzun bir süre geçmesi ve birçok dilde yayınlanması, Avrupa Edebi mirası için objektif bir kriter olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

²⁹¹ **Akdaş v. Turkey**, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010, § 25-29.

²⁹² Kejanlıoğlu, **a.g.t.**, s. 121-122; Aslı Topukçu, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014/I, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan C.I, pp.561-590, s. 578.

(2) Standart Değişimine İşaret Eden Kararlar ve Antitezi

Sanatsal ifade özgürlüğünün, Sözleşme sistemi içerisinde koruma standardını gösteren karar *Kaos GL* kararıdır. Bu vakada, başvuru, 1994 yılından beri Türk LGBT topluluğun ilgilendiren konularını ele alan, üç aylık olarak yayınlanan *Kaos GL* ismindeki dergidir. Savcılık, “Cinselliğin görselliği, görselliğin cinselliği: pornografi” konulu derginin 28. sayısının 3 nüshasına el koymuştur. Bu sayı, bazılarına göre açık resimlerin bulunduğu, homoseksüalite ve pornografi hakkında yazılar ve röportajlar içermektedir. Savcılığın aynı gün talebi üzerine, Sulh Ceza Mahkemesi, yayınlanan bazı yazı ve resimlerin genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle derginin 28. sayısının tüm nüshalarının toplatılmasına karar vermiş ve bu karar icra edilmiştir. Başvurucunun itirazı üzerine Asliye Ceza Mahkemesi, dosyanın içeriğini ve Sulh Ceza Mahkemesi’nin gerekçesini dikkate alarak, toplatma kararının usul ve kanuna uygun olduğunu belirtmiştir. Bundan ayrı olarak, Savcılık, başvuru derneğın başkanını ve derginin yazı işleri müdürünü basın yoluyla müstehcen görüntüler yayımlamakla suçlamıştır. Savcılık bu suçlamayı, özellikle derginin 15. sayfasında yayımlanan cinsel organları görünen iki erkek arasındaki bir cinsel eylemi gösteren Taner Ceylan’ın “Taner Taner” isimli resmine²⁹³ dayanarak yapmış ve herhangi bir bilirkişi incelemesinin gerekmediği kanaatine ulaşmıştır. Nitekim bu resim, içeriği antipornografik olan bir yazıda yer almıştır. Asliye Ceza Mahkemesi öncelikle, resmi yapan kişinin beyanlarını, dosyanın içeriğini ve Yargıtay’ın konuya ilişkin yerleşik içtihadını göz önünde bulundurarak, derginin 18 yaşından küçük olanlara yönelik bir uyarıyla birlikte yayımlanması gerektiği kanısına varmıştır. Aynı mahkeme ardından, söz konusu suçu oluşturan unsurların bir araya gelmediği, zira derginin nüshalarına yayımlanmadan önce el konulduğu kanaatine varmıştır. Bu kararı da Yargıtay onamıştır.²⁹⁴

Mahkeme, öncelikle bu vakaya uygulanacak genel ilkeleri belirlemiştir. AİHM, sanatsal ifadenin söz konusu olduğunu tespit ettikten sonra sanatçının da madde 10/II’de belirtilen görev ve sorumluluklara sahip olduğunu dile getirmiştir. Mahkeme ayrıca Müller kararında ahlakın korunmasına ilişkin içtihadını gözden

²⁹³ Resim için bkz. <http://tanerceylan.com/works/taner-taner/> (Çevrimiçi: 15.04.2018)

²⁹⁴ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 7-18.

geçirmiş ve yeniden ahlakın korunması bakımından hakkın sınırlandırılmasında ulusal makamların daha iyi konumda olduğunu ifade etmiştir. Devamında AİHM, bilginin kısa bir süre için olsa bile yayınlanmasının gecikmesinin, bilginin değerinin ve yararının büyük ölçüde azalmasına sebep olabileceğini belirtmiştir.²⁹⁵

Mahkeme, meşru amacı, ahlakın korunması olarak belirledikten sonra demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Burada Mahkeme, öncelikle ulusal mahkemelerin gerekçelerini göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir. Ancak dergilerin nüshalarının toplatılmasıyla ilgili kararda derginin ilgili sayısında yer alan hangi yazı ya da hangi resmin ne sebeple genel ahlaka zarar verdiğini belirlemek mümkün değildir. Mahkeme, Sulh Ceza Mahkemesi'nin toplatma kararında, hakimin, derginin içeriğinin genel ahlakın korunması ilkesine uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemeye özen gösterdiğinin söylenemeyeceğini ve Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararının da herhangi bir ayrıntı ve gerekçe içermediğini beyan etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, ulusal mahkemelerin söz konusu nüshanın beş yıldan fazla bir süre boyunca toplatma ve el koyma tedbirini meşrulaştırmak için yerinde ve yeterli bir gerekçelendirmede bulunmadığını ifade etmiştir.²⁹⁶

Mahkeme ayrıca resim ile ilgili değerlendirmelerde de bulunmuştur. Buna göre AİHM, söz konusu resim, entelektüel ve sanatsal niteliğine rağmen bilgi sahibi olmayan bir toplumun duyarlılığını zedeleyecek nitelikte olduğunun değerlendirilebileceğine ve LGBT topluluğunun cinselliğini konu edinen yazıların içeriği ve kullanılan bazı resimlerin açık niteliği dikkate alındığında, bu sayının, toplumun belirli bir zümresini hedefleyen spesifik bir yayın olarak değerlendirilebileceğine kanaat getirmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, bazı kişi gruplarının ve özellikle reşit olmayanların bu yayına erişimini önlemek için alınan tedbirlerin zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğini belirlemiştir.²⁹⁷

²⁹⁵ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 47-50.

²⁹⁶ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 55, 57-58.

²⁹⁷ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 59-60.

Bununla beraber AİHM, burada verilen cezanın niteliği ve ağırlığını dikkate alınacağını belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu zorunlu sosyal ihtiyacı kabul edilebilir bulsa da bu zorunlu sosyal ihtiyacın, derginin bu sayısına erişiminin engellenmesini meşrulaştırmayacağına karar vermiştir. Bu bağlamda Mahkeme, daha az sınırlayan bir tebdire başvurma retoriğine başvurmuştur. Söz konusu sayının tüm nüshalarının toplatılmasına nazaran 18 yaş sınırı konması veya 18 yaşın altında olan kişilere yönelik bir uyarı içeren özel bir ambalaj içerisinde ve hatta büfelerden geri çekilerek satma yükümlülüğü gibi daha hafif nitelikte tedbirlerin uygulanmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, Yargıtay kararından sonra ilgili nüshaların iadesi varsayılsa bile derginin yayınlanmasında meydana gelen beş yıl yedi aylık gecikmenin izlenen meşru amaç ile orantılı olmadığına karar vererek oybirliğiyle madde 10'un ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁹⁸

Kararda da görüldüğü üzere, Mahkeme ihlal kararı verirken bir yandan müdahaleyi ulusal makamların gerekçelendirmesinin yerinde ve yeterli olmadığı diğer yandan daha az sınırlayan müdahalenin yapılmadığı gerekçelerine dayanmıştır. Nitekim önce ulusal makamların gerekçelendirmesinin yerinde ve yeterli olmadığını bulguladıktan sonra Mahkeme'nin vakayı incelemeye devam etmesi, burada ihlal kararının esas olarak ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan gereklilik ilkesine dayandığını göstermektedir. Bu bakımdan Mahkeme'nin ilk dönem kararları ile *Kaos GL* kararı arasında bir karşılaştırma yapıldığında, sanatsal ifadenin Sözleşme çerçevesinde korunmasında açık bir şekilde standart değişimi gözlemlenmektedir. Nitekim Mahkeme'nin bazı kararlarında da bu husus gözlemlenmektedir. *Perrin* kararında Mahkeme siyasal ifade ile sanatsal ifadeyi aynı kapsam içerisinde değerlendirmiş ve caydırıcı etkinin söz konusu olabilmesi için siyasal veya sanatsal ifadenin bulunması gerektiğine karar vermiştir.²⁹⁹ Aynı şekilde *Jelševar ve Diğerleri* kararında Mahkeme, sanatsal ifadenin Sözleşme çerçevesinde yüksek derecede bir

²⁹⁸ **Kaos GL v. Turkey**, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016, § 61-63.

²⁹⁹ **Perrin v. the United Kingdom**, Appl. No. 5446/03, Decision of 18 October 2005, D(2).

korumadan yararlanacağını ifade etmiştir.³⁰⁰ *Kaos GL* ve bu kararlara dayanarak, bir standart değişiminin meydana geldiği ileri sürülebilir.

Bununla beraber, Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili verdiği son kararlardan biri olan *Sinkova* kararı, bu standart değişiminin bir antitezini ortaya koymaktadır. Ancak *Sinkova* kararına değinmeden önce, kısaca *Murat Vural*, *Mariya Alekhina ve Diğerleri* ve bu konuda verilen son karar olan *Mătăsaru* vakalarına değinmek gerekmektedir.

Murat Vural vakasında, başvuru, Atatürk'e kızgın olduğu gerekçesiyle ikisi aynı tarihte olmak üzere farklı tarihlerde dört Atatürk büstünün üzerine boya dökme eylemini gerçekleştirmiştir. Beşinci kez bu eyleme teşebbüs ederken yakalanmıştır. Başvuru ifadesinde, eylemlerini Atatürk'e karşı "sevgisizliğini" ifade etmek amacıyla gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür. Yapılan cezai yargılama sonucunda başvurucuya on üç yıl bir ay hapis cezası verilmiş ve başvuru cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, seçimlerde oy kullanmaktan ve seçimlere katılmaktan, bunun yanı sıra dernek, parti, sendika ve kooperatif yönetiminden men edilmiştir.³⁰¹

Mahkeme, Atatürk'ün modern Türkiye'de ikon niteliğinde bir şahsiyet olduğunu ve Türkiye Meclisi'nin Atatürk'ün anısına hakaret ve Türk toplumun duygularını zedelemek ile oluşan fiilleri cezalandırmayı tercih ettiğini dikkate almıştır. Ancak Mahkeme, başvurucuya on üç yıldan fazla hapis cezası verilmesini ve bunun neticesinde başvurunun on bir yılı aşkın bir süre oy kullanamamasını, aşırı ağır olarak nitelemiştir. Mahkeme, "ilke olarak, şiddet içerikli olmayan barışçıl ifade biçimlerinin hapis cezası verilmesi tehdidine tabi kılınmaması gerektiğini" dile getirmiştir. Başvurunun kamu malına zarar vermesine karşılık olarak hapis cezasının öngörülmesinin ağır olduğunu belirtmiştir.³⁰²

Mahkeme, cezanın ağırlığı dolayısıyla ulusal makamlar tarafından söz konusu müdahaleyi gerekçelendirerek meşrulaştırmanın yerinde ve yeterli olup olmadığını incelemeye gerek olmadığını kaydetmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurunun

³⁰⁰ **Jelševar and Others v. Slovenia**, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, § 33.

³⁰¹ **Murat Vural v. Turkey**, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21October 2014, § 7-21.

³⁰² **Murat Vural v. Turkey**, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21October 2014, § 65-66.

Atatürk'ün şahsına duyduğu kızgınlığını ifade etmesinin veya Kemalist ideolojiyi eleştirmesinin “hakaret” anlamına gelip gelmediğinin ya da yerel makamların başvuranın ifade özgürlüğünü göz önünde bulundurup bulundurmadığının incelenmesinin de gerekli olmadığını beyan etmiştir. Bu gerekçeyle Mahkeme, oybirliğiyle madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰³

Bu kararda, Mahkeme'nin hükmettiği ihlal için yalnızca müdahalenin ağırlığına dayandığı görülmektedir. Başvurucunun gerçekleştirdiği eylem aslında performans sanatı içerisinde değerlendirilebilir. Bununla birlikte kararda, genel olarak ifade şekilleri belirtilse de, başvurucunun gerçekleştirdiği bu eylemin hangi tip ifade kategorisine girdiğini belirtildiğine rastlanmamaktadır. Bu bakımdan bu kararı direkt olarak sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmek yerinde değildir. Ancak Mahkeme, 2018'de verdiği *Sinkova ve Mariya Alekhina ve Diğerleri* kararlarında, benzer bir eylemi sanatsal ifade kapsamı içerisinde değerlendirmiştir. Bu bakımdan, *Murat Vural* kararı direkt olarak sanatsal ifade özgürlüğü kararları içerisinde değerlendirilemese de Mahkeme'nin *Sinkova ve Mariya Alekhina ve Diğerleri* vakalarındaki içtihatlarını değerlendirirken temel alınacak olan karar olarak ortaya çıkmaktadır.

Sinkova kararına değinmeden önce son karar olan *Mariya Alekhina ve Diğerleri* kararına değinmek gerekir. Bu vakadaki başvuruçular, Rus, feminist, punk grubu olan *Pussy Riot* grubunun üyeleridir. Grup, kamusal alanda doğaçlama bir şekilde performans göstermektedir. Başvuruçulara göre, eylemleri, Rus Ortodoks Kilisesi ve onun lideri Psikopos Kirill'e yönelen eleştirel bir tutumdan kaynaklanmaktadır. Grup, “Punk Yakarış - Bakire Meryem, Putin'i Baştan Sav” (“*Punk Prayer - Virgin Maryi Drive Putin Away*”) adlı şarkılarının performansını ilk olarak, Moskova'daki bir bölgenin Epiphany Katedrali'nde, elbiseler içinde ve kar maskesi giyerek gerçekleştirmişlerdir. Bu performanslarını da videoya kaydedip, internete yüklemişlerdir. Bununla ilgili polise herhangi bir şikayet olmamıştır. Grup aynı performansı Saviour Katedrali'nde, içeride birkaç kişinin bulunduğu sırada gerçekleştirmek istemişlerdir. Diğerinden farklı olarak bu performansa gazetecileri

³⁰³ **Murat Vural v. Turkey**, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21October 2014, § 67-68.

ve medyayı da davet etmişlerdir. Ancak, grubun bu girişimi katedral nobetçileri tarafından zor kullanılarak engellenmiş ve performans yalnızca bir dakikanın biraz üzerinde gerçekleşmiştir. Bu performans da kayda alınmıştır. Başvurucular hakkında, bu ikinci girişimleri dolayısı ile ‘dinsel nefret kastı ile ağırlaştırılmış holiganlık suçu’ndan ceza soruşturması başlatılmıştır. Soruşturmada, 5 uzmandan alınan iki ayrı uzman görüşü, başvurucuların gerçekleştirdiği performansın böyle bir suç oluşturmadığı yönünde olurken, üç uzman tarafından hazırlanan üçüncü uzman görüşü, performans ve video kaydının bu suçu oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Yerel mahkeme, üçüncü görüşe dayanarak başvurucuları suçlu bulmuş ve 2 yıl hapis cezasına mahkum etmiştir. Bununla birlikte birinci ve ikinci başvuru yaklaşık 1 yıl 9 aylık bir hapis yattıktan sonra af sonucunda serbest kalırken, üçüncü başvuru, yaklaşık 7 ay hapis yattıktan sonra af sonucunda serbest kalmıştır. Savcılığın başvurusu sonrasında, yerel mahkeme, ‘Riot in Russia, Putin Wet Himself’; ‘Kropotkin Vodka’; ‘Death to Prison, Freedom to Protest’; ‘Release the Cobblestones’ ve ‘Punk Prayer – Virgin Mary, Drive Putin Away’ performanslarını aşırı bulmuş ve bu performanslara erişimi sınırlandırmıştır. Üçüncü başvuru, yerel mahkemeden bu yargılamaya katılma talep etmişse de, yerel mahkeme, başvurucuya davada taraf sıfatı vermemiş ve başvurucunun menfaatinin bulunmadığını dile getirmiştir. Üçüncü başvurunun bu kararı temyiz başvurusu da davada taraf olmadığı için aynı mahkeme tarafından reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi üçüncü başvurunun yargılamaya katılma hakkının bulunmadığını kabul etmiştir.³⁰⁴

AIHM, burada öncelikle ifade türünü ve tipini belirlemiştir. Buna göre başvurucuların Saviour Katedrali’nde gerçekleştirdikleri performansın, Rusya’da devam eden siyasi sürece karşı bir cevap olduğunu, sözlü ve davranışsal bir ifade olduğunu ve hem siyasi hem de sanatsal ifade olduğunu belirlemiştir.³⁰⁵

Mahkeme, diğerlerinin hakkının korunması meşru amacının bulunduğunu tespit ettikten sonra³⁰⁶ demokratik toplumda gereklili incelemesine geçmiştir.

³⁰⁴ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 6-80.

³⁰⁵ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 205-206.

³⁰⁶ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 210.

Demokratik toplumda gereklilik incelemesini yaparken, öncelikle bazı genel ilkeleri belirlemiş ve vakayı ifade özgürlüğü bakımından iki ayrı başlık altında incelemiştir.

AİHM, başvurucuların eylemlerinin Rusya'daki siyasal durum ve parlamenter ve başkanlık erkinin kullanılması hakkındaki tartışmaya katkı sağladığı ifade etmiştir. Bu bağlamda, kamu menfaati ile ilgili siyasal konuşma veya tartışmalardaki sınırların dar bir alanda kalacağını dile getirmiştir.³⁰⁷ Dahası Mahkeme, kamunun serbestçe girebildiği bir mülkiyette yapılan sanatsal bir performansın veya siyasal bir konuşmanın, o yerin işlevine bağlı olarak bazı davranış kurallarını gerektirebileceğini kaydetmiştir. Bu bakımdan, Epiphany Katedrali'nde gerçekleştirilen aynı performans için herhangi bir soruşturma başlatılmamasına rağmen Saviour Katedrali'nde gerçekleştirilen performansın kabul edilen davranış kurallarını ihlal edebileceğinin dikkate alınarak belirli cezaların meşrulaştırılabileceğini ifade etmiştir.³⁰⁸

Ancak başvurucuların herhangi bir dini hizmeti bölmemesine ve herhangi bir kimseye veya kilise malına zarar vermemesine rağmen yukarıda belirtilen hapis cezalarına maruz kalmalarını AİHM aşırı ağır olarak yorumlamıştır. Akabinde ise ulusal mahkemelerin sunduğu gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığını incelemeye geçmiştir.³⁰⁹

AİHM, yerel mahkemenin, başvurucuların eylemlerinin, bir grup insanın hislerini incitip aşağıladığı ve dini nefret ve düşmanlık kastına sahip olduğu sonucuna ulaştığını kaydetmiş ve ifadelerin, şiddet, nefret ve hoşgörüsüzlüğü meşrulaştırılmasında daha önceki vaka hukukunda birden çok etken belirlediğini ifade etmiştir.³¹⁰

³⁰⁷ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 212.

³⁰⁸ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 213-214.

³⁰⁹ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 215.

³¹⁰ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 216-217.

Bu etkenlerden birincisi, ifadelerin gergin bir siyasal veya sosyal arka plana sahip olup olmadığıdır.³¹¹ İkinci etken, ifadelerin, adil olarak yorumlandığında, doğrudan veya dolaylı olarak şiddet çağrısında bulunup bulunmadığı veya şiddetin, nefretin veya hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılabilmesi olarak görülüp görülemeyeceğidir.³¹² Üçüncü etken, ifadelerin ifade ediliş biçimi ve zararlı bir sonuca yol açma potansiyelidir.³¹³ Mahkeme, bu etkenlerin herhangi birisini tek başına belirleyici olarak değerlendirmek yerine hepsini karşılıklı etkileşim içerisinde değerlendirmektedir.³¹⁴

AİHM, bu kararda sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili çok önemli bir uluslararası rapora atıf yapmıştır. 7 Eylül 2012 tarihli İnsan Hakları Konseyi kararı 16/4, A/67/357'ye uygun olarak sunulan ve Frank La Rue tarafından hazırlanan

³¹¹ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 218. Mahkeme'nin atıf yaptığı diğer kararlar için bkz. **Zana v. Turkey**, Appl. No. 18954/91, Judgement of 25 November 1997, § 57-60; **Sürek v. Turkey (No. 1)**, Appl. No. 26682/95, Judgement of 8 July 1999, § 52, 62; **Sürek v. Turkey (No. 3)**, Appl. No. 24735/94, Judgement of 8 July 1999, § 40; **Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey**, Appl. No. 22147/02; 24972/03, Judgement of 23 January 2007, § 33; **Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey (No. 2)**, Appl. No. 38991/02, Judgement of 17 February 2009, § 28; **Seolas and Others v. France**, Appl. No. 15948/03, Judgement of 10 July 2008, § 38-39; **Le Pen v. France**, Appl. No. 18788/09, Decision of 20 April 2010; **Balsytė-Lideikienė v. Lithuania**, Appl. No. 72596/01, Judgement of 4 November 2008, § 78.

³¹² **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 219. Mahkeme'nin atıf yaptığı diğer kararlar için bkz. **Incal v. Turkey**, Appl. No. 22678/93, Judgement of 9 June 1988, § 50; **Sürek v. Turkey (No. 1)**, Appl. No. 26682/95, Judgement of 8 July 1999, § 62; **Özgür Gündem v. Turkey**, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, § 64; **Gündüz v. Turkey**, Appl. No. 35071/97, Judgement of 4 December 2003, § 48, 51; **Seolas and Others v. France**, Appl. No. 15948/03, Judgement of 10 July 2008, § 39-41; **Balsytė-Lideikienė v. Lithuania**, Appl. No. 72596/01, Judgement of 4 November 2008, § 79-81; **Féret v. Belgium**, Appl. No. 15615/07, Judgement of 16 July 2009, § 69-73; **Hizbu ut-Tahrir v. Germany**, Appl. No. 31098/08, Judgement of 12 June 2012, § 73; **Kasymakhunov and Sabatalov v. Russia**, Appl. No. 26261/05; 26377/06, Decision of 14 March 2013; **Fáber v. Hungary**, Appl. No. 40721/08, Judgement of 24 July 2012, § 52, 56-58; **Vona v. Hungary**, Appl. No. 35942/10, Judgement of 9 July 2013, § 64-67.

³¹³ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 220. Mahkeme'nin atıf yaptığı diğer kararlar için bkz. **Karataş v. Turkey**, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999, § 51-52; **Féret v. Belgium**, Appl. No. 15615/07, Judgement of 16 July 2009, § 76; **Gündüz v. Turkey**, Appl. No. 35071/97, Judgement of 4 December 2003, § 43-44; **Fáber v. Hungary**, Appl. No. 40721/08, Judgement of 24 July 2012, § 44-45; **Vona v. Hungary**, Appl. No. 35942/10, Judgement of 9 July 2013, § 64-69.

³¹⁴ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 221. Mahkeme'nin atıf yaptığı diğer kararlar için bkz. **Perinçek v. Switzerland**, Appl. No. 27510/08, Judgement of 15 October 2015, § 208.

düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının tanınması ve korunması konusunda Özel Raportör Raporu'na atıf yapmıştır. AİHM, bu rapordaki, sanatsal ifadenin, kendi sanatsal değerine ve bağlamına atıf yapılarak değerlendirilmesi gerektiği, sözelimi sanatın, şiddeti, ayrımcılığı veya düşmanlığı teşvik etme kastı olmaksızın, güçlü duyguların uyandırılmasında kullanılabileceği ifadelerine atıf yapmıştır.³¹⁵ AİHM'in rapordaki bu ifadelere atıf yapması sanatsal ifade özgürlüğü açısından çok değerlidir. Zira burada sanatsal ifadenin, sanata özgü bağlamda korunması ön plana çıkmaktadır. Böylece sanatsal ifade korunmasında, ortodoks ifade özgürlüğü korumasından çıkılabileceğinin sinyalleri verilmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün korunması için uluslararası standartlara göre, cezai yaptırım şeklindeki ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlandırmaların yalnızca nefretin teşviki vakalarında kabul edilebilir olduğunu ifade etmiştir.³¹⁶

Mahkeme, sonrasında başvuruçuların, gerçekleştirdikleri performans dolayısıyla hapis cezası almalarını, madde 10 bakımından incelemiştir. AİHM, başvuruçuların katedraldeki hareketlerinin birçok kişi tarafından saldırgan olarak algılanabileceğini kaydetmekle birlikte, vaka hukukunu ve ifade özgürlüğünü korunmasında yukarıda bahsedilen uluslararası standartları dikkate alarak, yerel mahkemelerin analizinde, başvuranların davranışlarının dini nefrete tahrik olarak tanımlanmasına olanak sağlayacak herhangi bir unsur ayırt edememekte olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, başvuruçuların performansları bağlamında bir değerlendirmede bulunmadığını dile getirmiştir. Ulusal mahkemelerin, başvuruçuların eylemlerinin şiddet çağrısı veya şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılması olarak yorumlanıp yorumlanmadığını incelemeyi ve aynı zamanda söz konusu eylemlerin zararlı sonuçlara yol açıp açmayacağını da sorgulamadıklarını bulgulamıştır.³¹⁷

Dahası Mahkeme, başvuruçuların eylemlerinin, ne şiddetin unsurlarını içerdiğini ne de şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü meşrulaştırdığını belirtmiştir.

³¹⁵ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 222.

³¹⁶ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 223.

³¹⁷ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 225-226.

Buna dayanarak Mahkeme, *Murat Vural* kararına atıf yaparak, ilke olarak barışçıl ve şiddet içermeyen formdaki ifadelerin, hapis cezası hükmüne maruz kalmaması zorunluluğunu belirtmiş ve eklemiştir: “ifade özgürlüğüne cezai yaptırım şeklindeki müdahaleler caydırıcı etkiye sahip olabilir.”³¹⁸ Mahkeme, ulusal mahkemelerin, ceza hükmü ve hapis cezasını meşrulaştırmak için yerinde ve yeterli gerekçeler ileri süremediğini ve bu yüzden müdahale ile meşru amaç arasında orantı olmadığını belirterek madde 10’un ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹⁹

AİHM, başvurucların performanslarının video kayıtlarının yasaklanması ile ilgili değerlendirmesini ayrı bir başlık altında incelemiştir. Mahkeme, Taraf Devlet’in dayandığı meşru amacı diğerlerinin ahlakını ve hakkını korumak olarak belirlemiştir.³²⁰

AİHM, öncelikle yerel mahkemenin uzman raporunu değerlendirmede başarısız olduğunu, yalnızca dil uzmanının sonuçlarını onayladığını bulgulamıştır. İkinci olarak yerel mahkemelerin, videoların hangi kısımlarının meri kanunlar bakımında sorunlu olduğunu açıklamadığını belirtmiştir. AİHM, ulusal mahkemeler tarafından sunulan gerekçelerin eksikliğinin ışığında, uygulanan standartların, madde 10 ile uygun olduğuna ikna olmamıştır. Bu bağlamda, ulusal mahkemeler, ‘yerinde ve yeterli’ gerekçe sunmada başarısız olduğunu tespit etmiştir.³²¹

Dahası AİHM, başvurucların, söz konusu videoların yasaklandığı yargılamadan haberdar edilmedikleri gibi katılma başvurularının üç kademeli yargılamada da reddedildiğini ifade etmiştir. Mahkeme, meri hukukun başvuruclara bu yargılamaya katılma imkanı tanımadığını ifade etmiştir. Başvurucların, ilgili yargılamada, iddialara etkili itiraz etme imkanından yoksun olmalarının madde 10 ile uyuşmadığını belirterek, Sözleşme kapsamında Taraf Devletlere usuli yükümlülüğün

³¹⁸ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 227.

³¹⁹ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 228-230.

³²⁰ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 259.

³²¹ **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 262-264.

söz konusu olduğunu ortaya koymuştur. AİHM bu hususlara dayanarak, ikinci kez madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.³²²

Mariya Alekhina ve Diğerleri kararı bu çalışma kapsamında savunulan, sanata özgü korumalar bakımından, önemli bir farklılık veya bir kopuş oluşturmamıştır. Zira Mahkeme, daha vakaya konu ifadeyi tanımlarken, bunun hem siyasal hem de sanatsal bir ifade olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, burada sanatsal ifade yalnızca sanatsal ifade bağlamında korunmamış aynı zamanda siyasal ifadeye tanınan koruma argümanlarından da yararlanmıştır. Bununla birlikte, AİHM'in Frank La Rue tarafından hazırlanan Rapora atıf yapması, Raporda ortaya konan, sanatsal ifade özgü korumalar bakımından büyük önem taşımaktadır. Raporda yukarıda da ifade edildiği üzere sanatsal ifadenin, sanatsal değerinin ve bağlamının dikkate alınarak incelenmesi gereğini belirtmesi ve sanatın şiddeti veya nefreti teşvik etme kastının bulunmadan güçlü duygular uyandırabileceğinin belirtilmesi ve en önemlisi AİHM'in bu ifadelere atıf yapması, bu ifadeleri herhangi bir şekilde değerlendirmese de büyük önem arz eder. Nitekim, Mahkeme'nin cezai hükümlerin uygulanmasının caydırıcı etki oluşturabileceğini belirtmesi, sanatsal ifadenin korunmasında, koruma standartlarının gelişimini pekiştirebilir.

Mătăsaru vakasında, daha önceden de polisler, savcılar ve hakimler tarafından işlendiği iddia edilen yolsuzluk ve görevi kötüye kullanma fillerini protesto eden başvuru, her yıl savcıların veya polislerin mesleki tatilleri sırasında canlı hayvanlar, tuvaletler, karikatürler ve maskeler içeren protestolar düzenlemektedir. Yargılamaya konu olayda başvuru, Cumhuriyet Başsavcılığı önünde tek kişilik bir gösteri düzenlemiştir. Başvurucuya göre, protesto eyleminin amacı, kamuoyunun yolsuzluğa ve Cumhuriyet Başsavcılığına siyasetçiler tarafından yapılan kontrolün dikkatini çekmektir. Başsavcılığın merdivenlerine iki büyük tahta heykel yerleştirerek protesto gösterisine başlamıştır. İlk heykel, başına takılı yüksek rütbeli bir politikacının yüzünün resmini gösteren erekte bir penisi temsil ediyordu. İlk heykel beyaz yakalı, kravatlı ve iki metre ölçüsündedir. İkinci heykel labia (dudaklar) arasında üst düzey savcılarının resimlerinin yer aldığı büyük bir vulvayı

³²² **Mariya Alekhina and Others v. Russia**, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018, § 265-269.

temsil etmektedir. Başvurucu ayrıca erkek üreme organları şeklinde balon şişirmiş ve onları ağaca bağlamıştır. Bu protesto başlangıçta birkaç polis memuru tarafından farkedilmiş ve çeşitli gazeteciler başvurucu ile röportaj yapmıştır. Sonrasında ise polis tarafından heykeller kaldırılmış ve başvurucu yakalanmıştır. Başvurucu holiganlık suçu ile itham olunmuştur. Yapılan yargılama sonucunda yerel mahkeme, başvurunun benzer fiillerden aldığı para cezaları ve bu cezaların etkili olmadığı gerekçesiyle, başvuruycuyu 2 yıllık hapis cezasına mahkum etmiş ve bu ceza 3 yıllık denetim süreli olarak ertelemiştir. Yerel mahkeme, başvurunun fiillerinin ahlaksız olduğuna karar vermiştir, çünkü kamuoyunda, çocuklar da dahil olmak üzere herkes tarafından görülebilecek müstehcen heykelleri sergilemiştir. Temyiz üzerine Yargıtay, temyizi reddetmiş ve başvurucu da sanatsal ifade özgürlüğü ve dolayısıyla AİHS madde 10'un ihlal edildiği, heykellerin müstehcen olmadığı ve protestonun yapıldığı zamanda çocukların okulda olduğu gerekçeleriyle Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme ise kanuni gerekçelerle başvuruyu reddetmiştir.³²³

AİHM, müdahalenin hukukiliğini ve başkalarının itibarını koruma meşru amacını tespit ettikten sonra demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Mahkeme, öncelikle ulusal mahkemelerin AİHS madde 10'u başvurunun davranışlarına uygulanmamasına karar verdiklerini ve bu karara katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ulusal mahkemelerin, dahil olan farklı menfaatların uygun bir şekilde dengelenmediğini ve ertelenen bir hapis cezası şeklinde ağır bir yaptırım uyguladıklarını kaydetmiştir. Mahkeme, vakanın şartlarının, bir hapis cezasının verilmesi için herhangi bir gerekçe göstermediğini ifade etmiştir. Bu tür bir yaptırımın, doğası gereği, yalnızca başvurucuya olumsuz tepkiler vermekle kalmayıp, diğer insanlar üzerinde de caydırıcı etki yaratabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, cezanın ertelenmiş olmasının bu sonucu etkilemeyeceğini dile getirmiştir. Bu yüzden, AİHM, müdahalenin, doğası gereği ve yerel makamlarca uygulanan meşru amaca yönelik olarak açıkça ölçüsüz olduğunu beyan etmiştir.

³²³ **Mătăsaru v. the Republic of Moldova**, Appl. No. 69714/16; 71685/16, Judgement of 15 January 2019, § 6-14.

Mahkeme gerekli sınırlamanın ötesine geçilmesi gerekçesiyle madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.³²⁴

Bu kararların anti-tezi niteliğini taşıyan *Sinkova* vakasında, başvuru olayların gerçekleştiği sırada kışkırtıcı kamusal performanslarıyla bilinen “St Luke Brotherhood” isimli sanatsal grubun bir üyesidir. Başvuru ve diğer üç grup üyesi ile birlikte, İkinci Dünya Savaşı’nda can veren, Meçhul Asker (*Unknown Soldier*) de dahil olmak üzere 32 askerin mezarının bulunduğu Ebedi Zafer Anıtı’na (*Eternal Glory Memorial*) gitmişlerdir. Başvuru, kızartma tavasını çıkarmış ve içine birkaç yumurta kırarak, Meçhul Asker Anıt-Mezarı’nda bulunan Ebedi Alev (*Eternal Flame*) üzerinde kızartmaya başlamıştır. İki arkadaşı da ona katılmış ve şiş üzerinde sosis kızartmaya başlamışlardır. Diğer arkadaşı ise bu esnada bu eylemi filme almıştır. Sonrasında iki polis memuru yaklaşmış ve davranışlarının uygun olmadığı yönünde yorumda bulunmuşlar ve başkaca herhangi bir müdahalede bulunmamışlardır. Başvuru, aynı gün içinde St Luke Brother adına bu videoyu internete yüklemiş ve bu video eşlik eden bir yazı eklemiştir. Bu yazıda, değerli doğal gazın 53 yıldan beri Zafer Anıtı’nda amaçsız bir şekilde yandığı, bu zevkin vergi ödeyenlere aylık 300.000 Ukrayna Grivnası (yaklaşık olarak 10 Euro) olarak malolduğu, bu rakamın yalnızca bir ‘ebedi alev’ pagan tapınağı ile oluştuğu ve Ukrayna’da bunlardan binlerce bulunduğu belirtilmiştir. Yazının devamında St Luke Brotherhood’un, insanların ‘ebedi alev’i kullanmaları gerektiğini gösteren bir protesto eylemi gerçekleştirdiği ve Ukrayna Komünist Partisi temsilcilerinden bu talebi yerine getirilmesi isteği belirtilmiştir. Yapılan şikayetler üzerine soruşturma başlatılmış, başvurunun ikametinde bulunamaması üzerine polis tarafından aranıyor olarak ilan edilmiş, hakim, mahkeme nezdinde incelenmesi için başvurunun gözaltına alınmasına karar vermiştir. 29 Mart 2011’de başvuru yakalanmıştır. Bu arada Kyiv Bölge Meclisi’nden iki vekil başvurunun yeterli usuli davranışlarına ilişkin kişisel garanti vermişler ve başvurunun serbest bırakılmasını istemişlerdir. Yerel mahkeme, başvurunun firari olduğunu ve eğer tutuksuz yargılanırsa gerçeğin üstünü örtbileceği gerekçesiyle tutuklu olarak

³²⁴ **Mătăsaru v. the Republic of Moldova**, Appl. No. 69714/16; 71685/16, Judgement of 15 January 2019, § 32-37.

yargılanmasına karar vermiştir. 30 Haziran 2011’de başvurunun talebi üzerine yerel mahkeme başvurucuyu serbest bırakmıştır. Yerel mahkeme yaptığı yargılama sonucunda, 4 Ekim 2012’de başvurunun kasıtlı eylemlerinin Meçhul Askerin mezarına ve faşistlerden Ukrayna’yı ve Kyiv’i kurtaran ve can veren askerlerinin anısına saygısızlık teşkil ettiği ve eylemlerini protesto olarak sunmasının eylemlerinin cezalandırılmasından kaçma çabası olduğu gerekçesiyle başvurucuyu Meçhul Asker Anıt-Mezarı’na saygısızlıktan suçlu bulmuş ve üç yıllık hapis cezasına mahkum etmiş ve cezanın ertelenmesine hükmetmiştir. Bu bakımdan, başvurunun iki yıl içerisinde suç işlemezse bu ceza uygulanmayacaktır. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla kararı temyiz etmiştir. İstinaf Mahkemesi, failin kastına/gayesine bakılmaksızın bir anıt-mezara saygısızlığın birden fazla ifadelerde meydana gelebileceği ve ifade özgürlüğü hakkının sınırsız olmadığını, söz konusu vakada başvurucuya yapılan müdahalenin hukuka uygun ve meşru amaca sahip olduğunu belirtmiştir. Böylece istinaf talebini reddetmiştir.³²⁵

Mahkeme, bu vakada Taraf Devlet tarafından izlenilen meşru amaçları, ahlakın korunması ve diğerlerinin haklarının korunması olarak belirlemiştir. Demokratik toplumda gereklilik incelemesinde Mahkeme ilk olarak burada sanatsal ifadenin söz konusu olduğunu tespit etmiş ve sanatçıların da madde 10/II’de belirtilen görev ve yükümlülöklere tabi olduğu belirtmiştir.³²⁶ Akabinde AİHM, gerçekleştirilen müdahalenin, izlenilen meşru amaçla orantılı olması ve ulusal makamlar tarafından gerekçelendirilerek meşrulaştırılmasının yerinde ve yeterli olması gereklerini arayacağını ifade etmiştir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal makamların madde 10 mevcut olan ilkelere uygun standartları uyguladığına kanaat getirmesi gerektiğini dile getirmiştir. Mahkeme ayrıca, müdahalenin ölçölü olduğuna karar verirken, yargılamanın adillliğini, sağlanan usuli garantileri ve verilen cezanın ağırlığını bir etken olarak dikkate alacağını belirtmiştir.³²⁷

³²⁵ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 6-39.

³²⁶ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 103-104.

³²⁷ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 105-106.



Resim - 3.3: Ebedi Alev ve Anıt-Mezarlar³²⁸

Başvurucunun sanatsal performansı ile bir yandan devlet tarafından doğal gazın müsrif bir şekilde kullanılmasını diğer yandan savaş gazilerinin yoksul yaşam standardına devletin gözünü kapatması protesto etmek amacıyla olduğunu düşündüğünü Mahkeme kaydetmiştir. Bununla beraber AİHM, vakada başvurunun görüşlerini açıkladığı veya sert bir dil ile açıkladığı için mahkum olmadığını, onun mahkumiyetinin belirli bir eylemi belirli bir yerde gerçekleştirmesi ile söz konusu olduğunu ifade etmiştir.³²⁹

Mahkeme, yargılamanın adil olması ve sağlanan usuli garantiler bakımından, ulusal makamların ilgili olayların değerlendirmesinde bir hatada bulunduğunu veya ulusal hukukun yanlış bir şekilde uyguladığını akla getiren herhangi bir hususun bulunmadığını dile getirmiştir.³³⁰

Mahkeme, başvurunun kendisi tarafından ileri sürülen, hareketlerinin anıtlar onurlandırılan kişilere karşı aşağılayıcı olarak yorumlanamayacağı görüşüne katılmadığını belirtmiştir. AİHM, birçok kültür ve dinde ebedi alevin uzun süredir devam eden bir gelenek olduğunu, çoğunlukla ulusal bir öneme sahip bir kişiyi veya olayı abideleştirmeyi amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme burada, başvurunun, ceza kanununu ihlal etmeden ve can veren askerlerin hatırasını aşağılamadan, devletin gaz kullanımı politikasını veya savaş gazilerinin ihtiyaçlarına karşılık verme

³²⁸ Bu fotoğraflar için bkz. <https://www.unian.info/society/1382852-ukraine-officials-lay-flowers-at-tomb-of-unknown-soldier.html> (Çevrimiçi: 16.04.2018)

³²⁹ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 107-108.

³³⁰ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 109.

politikası ile ilgili görüşlerini ifade etme veya samimi bir protesto içinde göstermesi bakımından birçok elverişli seçeneğin bulunduğunu belirtmiştir.³³¹

Mahkeme ayrıca cezanın ağırlığını da kararına bir etken olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu vakayı cezanın ağırlığı bakımından Murat Vural kararından ayırmıştır. Mahkeme'ye göre Murat Vural kararında on üç yıllık bir ceza ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu iken mevcut vakada başvurucuya tecil edilmiş ceza verilmiş ve başvurucu cezayı çekmemiştir.³³²

AİHM, bütün koşulları dikkate aldığı anda, şikayet edilen sınırlamanın, başvurucunun ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olduğunu belirterek 3'e karşı 4 oyla madde 10'un ihlal edilmediğine karar vermiştir.³³³

Bu karar birçok açıdan eleştiriye mahkumdur. Nitekim karara eklenen üç hakimin katıldığı muhalefet görüşü önemli noktalara değinmiştir. Muhalif görüşe göre, Mahkeme'nin çoğunluğu, videonun dağıtılmasından dolayı değil başvurucunun Ebedi Alev üzerinde yumurta kızarttığı için cezalandırıldığına inandığını halbuki olayda bu eylem gerçekleştirilirken polislerin sadece uyarıda bulunduğu, bu videonun internete yüklenene kadar bir soruşturma başlatılmamıştır.³³⁴

Muhalif görüş, hem Mahkeme hem de ulusal makamlar tarafından, söz konusu eylemlerin, hicivsel bir ifade teşkil etmesinin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Başvurucu izleyicinin dikkatini amaçtan, amacın sosyal içeriğine çekerek hicivsel bir ifade oluşturmuştur. Başvurucunun ve ona katılanların eylemleri kaba ve saygısız bir hiciv niteliğindedir. Azınlık görüşe göre Mahkeme, başvurucunun planladığı mesajı ve amacı görmezden gelmiştir. Azınlık görüşü, ayrıca hızlı gelişen dünyada belirli bir amacı veya düşünceyi duyurmak isteyenlerin, olabileceğinden

³³¹ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 110.

³³² **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 111.

³³³ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, § 112-113.

³³⁴ **Sinkova v. Ukraine**, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay, s. 23.

daha büyük dikkat çeken ve daha geniş bir tartışmayı tetikleyen sembolik eylemleri ve gösterileri kullanmalarının şaşırtıcı olmadığını dile getirmiştir.³³⁵

Muhalefet görüşü, *Eon* kararına atıf yaparak,³³⁶ mevcut vakada, başvurucunun eylemlerine yönelen bir cezanın, hicivsel ifade üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğini belirtmiştir. Buna göre, hicivsel ifade kamuyu ilgilendiren konuların açık tartışmasında önemli bir rol oynamakta ve aynı zamanda demokratik toplum için vazgeçilmez bir husus olmaktadır.³³⁷

Muhalefet görüşü, Mahkeme'nin *Murat Vural* kararındaki “barışçıl ve şiddet içermeyen ifade biçimlerinin hapis cezasının uygulanması tehdidine maruz kalmaması gerektiği” içtihadını³³⁸ hatırlatmıştır. Azınlık görüşü ayrıca *Dmitriyevskiy* kararına atıf yaparak bir gazetecinin, nefret veya düşmanlığı teşvik ettiği için 2 yıl hapis cezasına mahkum olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi ve dört aylık şartlı tahliye uygulanması karşısında Mahkeme'nin gazetecinin mahkum olması ve hükmün ağırlığının caydırıcı etki doğurabileceği gerekçesiyle madde 10'un ihlaline karar verdiğini³³⁹ hatırlatmıştır.³⁴⁰

Sonuç olarak muhalefet görüşünde bulunan yargıçlar, ulusal makamların yeterli olmayan değerlendirmelerde bulunduğu, ifadenin hicivsel niteliğinin dikkate alınmadığı ve başvurucuya verilen ceza hükmünün ölçüsüz olduğu gerekçeleriyle bu vakada madde 10'un ihlal edildiğini beyan etmişlerdir.³⁴¹

³³⁵ *Sinkova v. Ukraine*, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay, s. 24-25.

³³⁶ *Eon v. France*, Appl. No. 26118/10, Judgement of 14 March 2013, § 61.

³³⁷ *Sinkova v. Ukraine*, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay, s. 25-26.

³³⁸ *Murat Vural v. Turkey*, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21 October 2014, § 66.

³³⁹ *Dmitriyevskiy v. Russia*, Appl. No. 42168/06, Judgement of 3 October 2017, § 117.

³⁴⁰ *Sinkova v. Ukraine*, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay, s. 25-26.

³⁴¹ *Sinkova v. Ukraine*, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay, s. 26.

Gerçekten de Mahkeme'nin *Murat Vural* kararında koyduğu içtihat ile açıkça çeliştiği görülmektedir. *Murat Vural* vakasında olduğu gibi *Sinkova* vakasında da başvuru barişçıl ve şiddet içermeyen bir şekilde düşüncelerini ifade etmiştir. Hatta *Murat Vural* vakasının aksine, burada başvuru bir kamu malına da zarar vermemiştir. Ancak Mahkeme, üç yıllık ceza ile birlikte verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını madde 10'da belirlenen ilkelere uygun bulmuştur. Bu husus, Mahkeme'nin barişçıl ve şiddet içermeyen ifade biçimlerinin, hapis cezası *tehdidine* maruz kalmaması gerektiği içtihadıyla açık bir şekilde çelişmektedir. Fakat Mahkeme sadece ceza miktarı veya türü farklı olduğu için bu vakayı, *Murat Vural* kararından ayırmıştır. Nitekim Mahkeme, başvuru verili cezadan hiçbirisini çekmediği gerekçesiyle bu ayrımı gerçekleştirmiştir. Ancak başvuru, bu vakada üç aya yakın tutuklu kalmıştır. Mahkeme bu hususa kararında hiç değinmemiştir. Bu bakımdan AİHM'in bu kararı ciddi bir eksiklik içermektedir.

Mahkeme'nin *Sinkova* vakasını, *Murat Vural* vakasından ayırmasıyla birlikte *Murat Vural* kararında belirttiği üzere,³⁴² ulusal makamların, söz konusu müdahaleyi gerekçelendirmelerinin yerinde ve yeterli olup olmadığını ve başvuru gerçektelediği eylemin, "saygısızlık" anlamına gelip gelmediğinin ya da yerel makamların başvuru ifade özgürlüğünü göz önünde bulundurup bulundurmadiğinin incelemesi gerekmektedir. Muhalefet görüşünün de belirttiği üzere ulusal makamlar, başvuru ifadesinin hicivsel bir çerçevede ele almamıştır. Bu bakımdan, Mahkeme'nin ulusal makamların yaptığı değeriendirmeyi eksik bulması gerekirdi. Aynı şekilde ulusal makamlar müdahaleyi gerçekleştirenken, başvuru ifade özgürlüğünü dikkate alıp almadıklarını incelemesi gerekmektedir. *Sinkova* vakasında, istinaf mahkemesi, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını, yapılan müdahalenin kanuna uygun ve meşru amaca sahip olduğunu belirtmiştir. Nitekim *Sinkova* kararında, istinaf mahkemesinin ifade özgürlüğü bakımından başka bir değeriendirmesine rastlanmamaktadır. Bu haliyle yapılan incelemede, istinaf mahkemesinin sadece kanuna uygunluk ve meşru amaç denetimi yapması, ifade özgürlüğünün gerçekte dikkate alındığını göstermemektedir. Bu bağlamda istinaf mahkemesinin, AİHM'in demokratik toplumda gereklilik

³⁴² **Murat Vural v. Turkey**, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21October 2014, § 68.

hususunda vaka hukukunda ortaya koyduğu ilkelere benzer standartları uygulaması gereklidir. Ancak elde mevcut olan verilerde, istinaf mahkemesinin böyle bir değeriendirme yaptığı görülmemektedir. Bu bakımdan, Mahkeme'nin aynı zamanda bu hususu dikkate alması, gereklilik incelemesinde bir etken olarak ortaya koyması gerekirdi. Bu bakımdan AİHM'in ihlal bulgulamadığı *Sinkova* kararı yerinde değildir. Nitekim Mahkeme, vakadaki unsurları birbirine benzeyen *Mătăşaru* kararında bu yanlıştan dönmüş ve caydırıcı etki doktrinine atıf yaparak ihlal kararı vermiştir.



SONUÇ

Bu çalışmada, ortaya konan esas tez, AİHM'in, AİHS çerçevesinde, sanatsal ifade özgürlüğüne sağladığı korumanın belirlenmesi ve bu korumanın yeterli olmadığıdır. Gerçekten sanatsal ifade özgürlüğünde, AİHM'in ifade özgürlüğünde belirlediği kaidelerinin dışına çıkmaması ve dolayısıyla benimsediği ortodoks tutum, Taraf Devletlerin müdahalelerine ve/veya ihlallerine karşı, sanatsal ifadenin korunmasında bazı aksaklıklara yol açmaktadır.

Sanatın sahip olduğu bireysel ve toplumsal boyut, gerek bireyin kendisine gerekse eserin muhataplarına yaptığı katkı, sanatı sınırlanması neredeyse imkansız bir konumda olduğu savını ortaya çıkarmaktadır. Bununla beraber, sanat eserini meydana getiren herhangi bir kişi, çeşitli suç tiplerini oluşturduğu gerekçesiyle cezalandırılabilen veya yaptırıma uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, en azından bir yargılama makamı önüne gelen bir eserin, sanatsal bir eser olup olmadığının incelenmesi ve eğer bir sanat eseri ise onun sanatsal niteliğinin daha dikkatli bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

Sanat, içeriğine dahil ettiği yarıtcılık süreci bakımından, kendini özel kılmaktadır. Bireyin içine girdiği bir yaratıcı süreç içerisinde meydana getirdiği eser, onun kendi iç dünyasını, özgür ve özgün bir şekilde dışavurumunu oluşturmakta ve kendi benliğini, kişiliğini oluşturması bakımından önemli bir husus teşkil etmektedir. Ancak bir sanat eseri sadece onu meydana getirenler bakımından değil aynı zamanda o esere muhatap olan kişiler bakımından da büyük bir önem arz etmektedir. Sanat eseri ile karşılaşan kişilerde görülen hüznün, neşe, coşku, tikslenme gibi duygular, aslında sanatın insan ruhunun biricik esin kaynağı olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır.

Aynı şekilde sanatsal ifade, insanoğlunun, rasyonel olmayan yapısını ortaya koyması bakımından, diğer ifade tiplerinden ayrılmaktadır. Sanatsal ifade, mantıksal ve doğrusal bir idrak ile kavranması zor olan değerleri, sanat eserini meydana getiren kişinin, yüksek idrakiyle ifade edilmesi aracılığıyla kavranabilmesi ve hissedilebilmesi/sezilebilmesi ile eserin izleyicilerine ve/veya dinleyicilerine kendi benliklerini, varoluşlarını bütüncül bir şekilde kavrama olanağı sunar.

Nitekim sanat, sanatçıların veya sanat eserini meydana getiren kişilerin kendi zihinlerinin özgür ve özgün bir şekilde nesneleşmiş, maddeleşmiş halidir. “Sanatçı, yaşadığı çağa ve topluma, sanatsal eylemin temelini oluşturan genel ve özel sanat geleneklerine ne denli bağlı olursa olsun, hep kendine özgü bir sanat anlayışının ödünsüz bir uygulayıcısı olacaktır.”¹ Bu bağlamda sanatçı ve sanat eserini meydana getiren kişi, toplumun kurallarından arı ve özgür olarak kendisini ifade etmektedir. Böylece, toplumun olağan kurallarına bağlı olmayan bir özgürlük alanı oluşturulmaktadır. Nitekim bununla bağlantılı olarak sanat ve hukuk kavramlarının temelinde süregelen ve süregidecek olan bir çatışma söz konusu olduğu belirtilebilir. Bir toplumun, temsilcileri aracılığıyla yürürlüğe koyduğu yasalar, kaçınılmaz bir şekilde o toplumun benimsediği muhafazakar görüşü, inancı yansıtacaktır. Sanat ise kendisini toplumun koyduğu kurallar ile bağlı görmez, o daha özgün ve daha ilerici bir yaklaşımla kendisini dışavurur. Bu bakımdan sanat kavramı temel olarak döneminin hukukuyla çelişki içerisinde olacaktır.

Bir sanat eserinin sahip olduğu subjektiflik unsuru ise diğer eser ve ifadelere göre doruk noktadır. Tartışmalı bir eserin yorumu, birçok kişinin sahip olduğu entelektüel kapasiteye göre değişebilmektedir. Bu bakımdan, bir sanat eserinin ulusal güvenliğe, kamu güvenliğine, ahlakın korunmasına ve başkalarının dini duygularına ve kişilerin itibarına verdiği zarar daha sınırlı, şiddete daveti daha anlaşılmalıdır. Çoğunluğun bir eseri belirli bir şekilde yorumlaması, o eserin çoğunluğun belirlediği anlamla anlamlandırılması gerekli kılmaz. Zira sanat eseri, onu meydana getiren kişinin düşünceleri ve hisleriyle yoğrulmuş olarak oluşturulmuştur. Bu bakımdan, bir yargılamada, sanat eserinin daha dikkatli değerlendirilmesi ve hakimnin veya jürinin sanat uzmanlarına danışması gereklidir.

Sanat olgusuna ilişkin belirtilen tüm bu hususlar, sanatın nevi şahsına münhasır, *sui generis*, niteliğini ortaya koymaktadır. Sanatın bu özgün niteliğinin gerek yasakoyucular gerekse yargı makamları tarafından dikkate alınmaması, söz konusu sanat eserinin yanlış bir şekilde değerlendirilmesine yol açabilir. Kişinin ortaya koyduğu bir eserin sanatsal niteliğinin o dönem içerisinde yargı makamları

¹ Mehmet Semih Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.61, Sayı 7-9, 1987, pp. 521-533, s. 525.

veya kamu makamları tarafından kavranamaması sanat bakımından birincil tehlikeyi oluşturmaktadır.

Sanatsal ifade, gerek ulusal gerekse de ulusüstü makamlar nezdinde bir sanat konsepti içerisinde değerlendirilmeyip ifade özgürlüğünün genel/ortodoks kaideleri içerisinde değerlendirildiğinde, sanatsal ifade özgürlüğünün öznelerinin gerçek anlamda korunmamasına yol açılmaktadır. Bu bağlamda, bu tez kapsamında ortaya çıkan ilk sonuç, sanatsal ifade ile ilgili olan kararlarda, AİHM'in benimsediği ortodoks yaklaşımdan çıkıp sanat konseptine ağırlık vermesi gereğidir.

AİHM'in sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili ilk dönem kararlarına bakıldığında, sanatsal ifadenin sınırlı bir etki doğurması, ölçülülük değerlendirmesinde önemli bir etken olarak ele alınmıştır. Sanatsal ifade, gerçekten de gerek kitlesel ve yazılı basına gerekse de görsel medyaya nazaran çok sınırlı bir etki doğurmaktadır. Bu itibarla, sanatsal ifade, ulusal ve kamusal güvenliğe daha sınırlı bir tehdit içermekte, sanatsal ifadenin kullanılması ile özel yaşamın korunması hakkı ve din, vicdan ve düşünce özgürlüğü hakkı ile çatışmasında, başkalarının haklarına sınırlı bir etkide bulunmaktadır. Sınırlı etki unsurunun ağırlığı, *Müller-Otto-Preminger-Wingrove* vakalarında görülme de *Karataş* kararı ve sonrasında bu etkenin ağırlığı açığa çıkmıştır. Bununla birlikte, AİHM, sanatsal ifadeyi, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından, Taraf Devletlerden beklediği asgari standartların içinde görmediği, özellikle Komisyon-Mahkeme çatışmalarında açık olarak görülmektedir. Böylece, özellikle siyasal ifadelerin sanatsal bir araçla ifade edildiği durumlarda sınırlı etkinin ağırlığı daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

AİHM'in 2000'li yıllardan sonra geliştirdiği sanata özgü argümanlar olan hiciv ve kurgu argümanları sanatsal ifadenin korunmasında önemli bir adımdır. Bununla beraber, bu argümanların AİHM'in ölçülülük değerlendirmesinde ne derecede önemli bir etken olarak ortaya çıktığı hususunda, bazı sorunlar bulunmaktadır. Kurgu argümanının kullanıldığı vakalarda, Mahkeme bu argümana ilişkin çok sınırlı değerlendirmelerde bulunmuştur. Hatta *Lindon*, *Otchakovsky-Laurens* ve *July* vakasında kurgu argümanı, sanatsal ifade özgürlüğünden yararlananlar açısından hiçbir koruma sağlamamıştır. *Jelševar* ve *Diğerleri* kararı

kurgu argümanın en geniş şekilde kullanıldığı karardır. Ancak burada başvuru, ilgili kitabın, özel yaşamın korunması hakkını ihlal ettiğini ileri sürenler tarafından yapılmıştır. Dolayısıyla ulusal makamların sanatsal ifadeden yana tutumları söz konusu olmuştur. Bu yüzden, sanatsal ifadeye müdahalenin söz konusu olacağı bir sonraki vakada kurgu argümanın dar veya geniş olarak mı kullanılacağı tahmine konu olamamaktadır. Hiciv argümanın Mahkeme'nin içtihatlarında gerçekten önemli bir etken olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme, hiciv argümanına dayanarak, sanatsal ifadeyi çok geniş bir şekilde yorumlamakta, hükümeti eleştiren bir gazete makalesini bile sanatsal ifade içerisinde değerlendirebilmektedir. Nitekim Mahkeme, hicivsel ifadeyi, siyasal bir eleştirinin veya tartışmanın arkaplanına karşı gerçekleştirilen sanatsal bir yatırım olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla, burada hiciv argümanın bilhassa siyasal ifade ile sanatsal ifadenin sentezlerinden oluşan bir ifadeyi koruduğu görülmektedir. Böylece, hicivsel ifade mevzu bahis olduğunda, Mahkeme'nin sağladığı koruma, salt sanatsal ifadeye sağlanmamaktadır. Mahkeme'nin bu tutumu hiciv argümanını, sanata özgü bir koruma unsuru olmasının dışına itebilmektedir. Nitekim, *Sinkova* kararında Mahkeme'nin hiciv retoriğine başvurmaması da bu korumanın Mahkeme tarafından kullanılmasında istikrarsız bir görüntü çizmektedir. Bu bakımdan, hicvin tekrardan sanatsal konsept içine uyarlanması, kurgunun ölçülülük değerlendirmesindeki etkisinin artırılması ve sanata özgü yeni argümanların ileri sürülmesi gereği, bu çalışma kapsamında ortaya çıkan bir diğer sonuçtur.

Akdaş, Perrin ve Kaos GL kararları, Mahkeme'nin sanatsal ifade bağlamında koruma standartlarını daha da yükselttiğini gösteren kararlardır. Gerçekten de *Akdaş* ve *Kaos GL* vakalarında, müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmesi, ihlal kararının temel dayanaklarından biridir. Nitekim *Perrin* kararında da caydırıcı etki doktrininden yararlanacak olan ifadeler arasında siyasal ifadenin yanı sıra sanatsal ifadelerin sayılması gerçekten de bir standart değişikliğini ortaya koymaktadır. 2018 yılında verilen *Mariya Alekhina ve Diğerleri* kararı, gerek Frank La Rue'nun raporunda belirtilen sanatın kendine içkin anlamda korunma gereğine atıf yapması gerekse caydırıcı etki doktrinini uygulaması büyük önem arz etmektedir. *Mātāsaru* kararında caydırıcı etki doktrininin kullanılması ile sanatsal ifadeye yönelen

müdahalelerin daha sıkı bir şekilde denetlenmesi gereği teyit edilmiştir. Bununla beraber, yine 2018 yılında verilen *Sinkova* kararı, standart değişimi hipotezini tekrardan sorgulatmaktadır. Gerçekten de Mahkeme, *Sinkova* kararında, hem sanatsal ifade ile ilgili önceki kararlarında belirlenen standarda aykırı olan hem de genel olarak önceki içtihatlarıyla -özellikle *Murat Vural* içtihadıyla- çelişen bir karar vermiştir. Bu kapsamda, Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğü için belirlediği koruma standardında halen bir muamma mevcuttur. Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili içtihatlarında hakim olan bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasının mecburiyeti, bu çalışma kapsamında ortaya çıkan bir diğer sonuçtur.

Genel olarak, Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin içtihatları, sanatsal bağlam ile bağlantı kuramamakta ve bundan dolayı da bu alanda belirsiz bir koruma sağlamakta ve tutarsız kararlara yol açmaktadır. Sonuç olarak, sanatsal ifade özgürlüğü vakalarında Mahkeme'nin vereceği kararlara ilişkin bir öngöründe bulunmak güç olmaktadır. Bu olumsuz sonucu gidermek için alınabilecek en etkili önlem ise AİHM'in sanatsal ifadeye dışarıdan değil içeriden, yani sanata özgü bir perspektif edinmesidir. Böylece, Mahkeme, sanatın içsel ve içeriksel anlamını ihmal etmeyecek ve sanatsal ifadeyi, sanatsal değerinden dolayı sanata özgü unsurlar ile koruyarak, öngörülebilir ve tutarlı bir yaklaşım sergileyecektir.

KAYNAKÇA

- Adler, Amy: “What’s Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression”, **California Law Review**, Vol. 84, No. 6, December 1996, pp.1499-1572
- Ağaoğulları, Mehmet Ali;
Zabcı, Filiz Çulha;
Ergün, Reyda: **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2009
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: “**Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 1-2, 1991
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2013
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2013
- Akad, Mehmet;
Dinçkol, Bihterin Vural;
Bulut, Nihat: **Genel Kamu Hukuku**, 10.Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2014
- Akandji-Kombe, Jean-François: **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to Implementation of European Convention on Human Rights**, Belgium, Council of Europe,

2007

Alexy, Robert: **A Theory of Constitutional Rights**, New York, Oxford University Press, 2010

Anderson, Benedict: **Imagined Communities: Reflections on the Origin and the Spread of Nationalism**, 3. Edition, London Verso, 2006

Arai-Takahashi, Yutaka: **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2002

Aristotle: **Poetics**, Trans. by Joe Sachs, Newburyport, Focus Publishing, 2006

Arseven, Celâl Esad: **“Sanat”**, Sanat Ansiklopedisi, Cilt IV, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1952

Atalay, Esra: **“Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”**, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, Sayı 2, 2004, pp. 1-28

Ateş, Mustafa: **Fikri Hukukta Eser**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2007

Attorney General’s Commission
on
Pornography: **Final Report: July 1986**, U.S. Department of Justice, Washington

- Balkin, J. M.: “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, **The Yale Law Journal**, Vol. 104, No. 7, 1995, pp. 1935-1990
- Barak, Aharon: **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- Barendt, Eric: **Freedom of Speech**, Oxford, Oxford University Press, 2007
- Bell, Clive: Art, New York, Frederick A. Stokes Company Publisher, 1913
- Bingöl, Bilge: “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(2), 2011, pp.92-139
- Bollinger, Lee C.: **The Tolerant Society**, 2.Baskı, New York, Oxford University Press, 1988
- Brems, Eva: “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, **Zeitschrift Fur Ausländisches Offentliches Recht und Volkerrecht**, 56, 1996, pp. 230-314
- Brown, Gillian;
Yule, George: **Discourse Analysis**, New York, Cambridge University Press, 1983

- Burdeau, Georges: **Demokrasi: Sentetik Bir Deneme**, Çev. Bülent Nuri Esen, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Matbaası, 1964
- Bychawska-Siniarska, Dominika: **Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, 2017
- Carol, Noël: **Art in Three Dimensions**, New York, Oxford University Press, 2010
- Chapion, Cheryl A.: “Clinical Perspective on the Relationship between the Pornography and Sexual Violence”, **Pornography: Social Science, Legal, and Clinical Perspectives**, Ed. by Edward Donnerstein, Cheryl A. Champion, Cass R. Sunstein, Cathrine A. MacKinnon, *Law&Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 4, Issue 1.
- Christoffersen, Jonas: **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Colingwood, R. G.: **The Principle of Art**, London, Oxford University Press, 1938
- Court, John H.: “Sex and Violence: A Ripple Effect”, **Pornography and Sexual Aggression**, Ed. by Neil M. Malamuth, Edward Donnerstein,

Orlando, Academic Press, 1984

Danto, Arthur C.: **The Transfiguration of Commonplace**, Cambridge, Harvard University Press, 1981

Davis, Howard: **Human Rights Law**, 3.Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013

Dickie, George: “Defining Art”, **American Philosophical Quarterly**, Vol.6, No.3, 1969, pp.253-256

Dickie, George: **The Art Circle**, New York, Haven Publications, 1984

Doctrow, E. L.: “Address to the Students of the Tisch School for the Arts”, **Artistic Citizenship: A Public Voice for the Arts**, Ed. by Mary Schmidt, Randy Martin, New York, Routledge, 2006

Donnelly, Jack: **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995

Donnerstein, Edward: “Pornography: Its Effect on Violence Against Women”, **Pornography and Sexual Aggression**, Ed. by Neil M. Malamuth, Edward Donnerstein, Orlando, Academic Press, 1984

Dostoyevsky, Fyodor: **The Brothers Karamazov**, 3. Edition, New York, Bantam Dell, 2003

Douzinas, Costas: “The Aesthetics of Law”, **The Trials of Art**, Ed.

by Daniel McLean, London, Ridinghouse, 2007

Dönmezer, Sulhi: **Basın Hukuku**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977

Duverger, Maurice: **Siyasi Partiler**, Çev. Ergün Özbudun, 4. basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993

Dworkin, Andrea: **Pornography: Men Possessing Women**, Toronto, Perigee Trade, 1981

Dworkin, Andrea: “Suffering and Speech”, **In Harm’s Way: The Pornography Civil Rights Hearings**, Ed. by Catharine A. MacKinnon, Andrea Dworkin, Cambridge, Harvard University Press, 1997

Eberle, Edward J.: “**Art and Speech**”, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, Vol. 11, Issue 1, 2007, Article 2

Edwards, David: **Art Therapy**, London, SAGE Publications, 2004

Eide, Asbjørn: **The Right to Adequate Food and Free from Hunger**, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1992/12, 28 June 1999

Einstein, Albert: “The World As I See It”, **Living Philosophies**, New York, Simon and Schuster, 1931

Emerson, Thomas I.: “Toward a General Theory of the First Amendment”, **Yale Law Journal**, Vol. 72, 1963,

pp. 877-956.

Erdoğan, Mustafa:

İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Orion Kitabevi, 2012

Erözden, Ozan:

Ulus-Devlet, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008

Ersoy, Ayla:

Sanat Kavramlarına Giriş, İstanbul, Hayalperest Yayınevleri, 2016

Ersoy, Vesile Setenay:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, (Danışman: Mehmet Semih Gemalmaz), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010

Evrigenis, Dimitrios:

“Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 3, 1982, pp. 121-139

Farago, France:

Sanat, 3.Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2017

Feinberg, Joel:

Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 4, 2.Baskı, New York, Oxford University Press, 1990

Gaze, Beth:

“Theories of Free Speech, Pornography and

Sexual Equality”, **Freedom of Communication**,
Ed. by Tom Campell, Wojciech Sadurski,
Darthmouth Publishing, 1994

Gemalmaz, H. Burak:

Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta, 2009

Gemalmaz, Mehmet Semih:

Devlet, Birey ve Özgürlük, 3.Bası, İstanbul,
Legal, 2016

Gemalmaz, Mehmet Semih:

“Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk - I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.61, Sayı 7-9, 1987, pp. 521-533

Gemalmaz, Mehmet Semih:

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri,
Cilt 2, İstanbul, Legal, 2010

Gemalmaz, Mehmet Semih:

Ulusalüstü İnsan Hakları Genel Teorisine Giriş, C.2, 8.Bası, İstanbul, Legal, 2012

Gombrich, E. H.:

The Story of Art, New York, Phaidon
Publishers, 1951

Gözler, Kemal:

İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin Basın
Yayın Dağıtım, 2017

Gözübüyük, A. Şeref;

Gölcüklü, Feyyaz:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi,
11.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016

- Greer, Steven: **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, New York, Cambridge University Press, 2006
- Greer, Steven: **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council Europe, Council Europe Publishing, 2000
- Grimm, Dieter: “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, **University of Toronto Law Journal**, 57, pp. 383-397
- Gün, Burhan: **Telif Hakları ve Sinema**, İstanbul, BSB Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği, 2015
- Harris, David;
O’Boyle, Michael;
Warbrick, Colin: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013
- Hill, Adrian: **Art Versus Illness**, London, Allen and Unwin, 1948
- İçel, Kayıhan: **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1968
- Janis, Mark W.;
Kay, Richard S.;
Bradley, Anthony W.: **European Human Rights Law: Text and Materials**, 3.Baskı, New York, Oxford University

Press, 2008

Kaboğlu, İbrahim Ö.:

Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013

Kanadoğlu, Korkut:

“Sanat Özgürlüğü”, **Hukuk ve Sanat**, Ed. by Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2017

Kant, Immanuel:

Critique of Judgment of, 2.Edition, Trans. by James Creed Meredith, New York, Oxford University Press, 2007

Kapani, Münci:

Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993

Karan, Ulaş:

Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk, İstanbul, Siyah Bant, 2013

Kearns, Paul:

Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure, Oxford, Hart Publishing, 2013

Kejanlıoğlu, Atagün Mert:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü”, (Danışman: Demirhan Burak Çelik), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017

Kennedy, John F.:

“**Poetry and Power**”, The Atlantic, February

1964

- Kenny, John Eugene: “The Chicano Mural Movement of the Southwest: Populist Public Art and Chivano Political Activism”, University of New Orleans Theses and Dissertations, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006
- Klatt, Matthias;
Meister, Moritz: **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Lankford, E. Louis: “Artistic Freedom: An Art World Paradox”, **The Journal of Aesthetic Education**, Vol. 24, No. 3, Autumn, 1990, pp. 15-28
- Lavrysen, Laurens: “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, **Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century**, Ed. by Yves Haeck, Eva Brems, New York, Springer, 2014
- Leach, Philip: **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3.Edition, New York, Oxford University Press, 2011
- Levison, Jerrold: **Contemplating Art: Essays in Aethetics**, New York, Oxford University Press, 2006
- Levinson, Jerrold: “Erotic Art and Pornographic Pictures”, **Philosophy and Literature**, Vol. 29, No.1, 2005,

pp. 228-240

Levison, Jerrold: “Refining Art Historically”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol.47, No.1, 1989, pp.21-33

Lind, Richard: “The Aesthetic Essence of Art”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol. 50, No. 2, 1992, pp. 117-129

Locke, John: **A Letter Concerning Toleration and Other Writings**, Ed. by Mark Goldie, Indianapolis, Liberty Fund, 2010

Lowe, James Joseph Greaves: “Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, The University of Edinburgh, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016

MacCallum, Gerald C.: “Negative and Positive Freedom”, **The Philosophical Review**, Vol. 76, No. 3, 1967, pp. 312-334

MacKinnon, Catharine A.: “The Roar on the Other Side of Silence”, **In Harm’s Way: The Pornography Civil Rights Hearings**, Ed. by Catharine A. MacKinnon, Andrea Dworkin, Cambridge, Harvard University Press, 1997

MacKinnon, Catharine A.: **Toward a Feminist Theory of the State**, Cambridge, Harvard University Press, 1989

- Maes, Hans: “Who Says Pornography Can’t Be Art?”, **Art and Pornography: Philosophical Essays**, Ed. by Hans Maes, Jerrold Levinson, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Mahoney, Paul: “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, **Human Rights Law Journal**, Vol.11, 1990, pp.57-88
- Mahoney, Paul: “**Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?**” **Human Rights Law Journal**, 1998
- Mahoney, Paul: “Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments”, **European Human Rights Law Review**, 1997, pp.364-379
- Malamuth, Neil N.: “Rape Fantasies as a Function of Exposure to Violent Sexual Simuli”, **Archives of Sexual Behavior**, Vol. 10, No.1, 1981, pp.33-47
- Mapplethorpe, Robert: **The Black Book**, Munich, Schirmer/Mosel Verlag GmbH, 2010
- Meiklejohn, Alexander: **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, 3.Bask1, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2004

- Meiklejohn, Alexander: “The First Amendment Is an Absolute”, **The Supreme Court Review**, Vol. 1961, 1961, pp.245-266
- Mill, John Stuart: **Hürriyet Üstüne**, Çev. M. Osman Dostel, 2.Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2009
- Milton, John: **Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing**, Maryland, Arc Manor, 2008.
- Mowbray, Alastair: **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights**, 3.Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Mowbray, Alastair R.: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Portland, Hart Publishing, 2004
- Murdoch, Jim: **Freedom of Thought, Conscience and Religion: A Guide to Implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe, 2007
- Murphy, Jeffrie: “Freedom of Expression and the Arts”, **Arizona State Law Journal**, Vol. 29, pp. 549-568
- Neilson, Jennifer A.: “Artistic Expression, Aesthetic Value and the Law”, (Danışman: Kathleen Higgins), Graduate

School of University of Texas Austin,
Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011

O'Donnell, Thomas A.: “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 4, No. 4 (Winter, 1982), pp. 474-496

Öncü, Gülay Arslan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011

Paul, James C. N.;
Schwartz, Murray L.: **Federal Censorship**, New York, Free Press of Glencoe, 1961

Plato: **Laws**, Vol. II, Trans. by R. G. Bury, London, William Heinemann, 1926

Polymenopoulou, Eleni: “Does One Swallow Make a Spring?: Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Vol. 16, 2016, pp.511-539

Poggi, Gianfranco: **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014

Read, Herbert: **The Meaning of Art**, 3.Edition, New York, Praeger Publisher, 1972

- Reid, Karen: **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, 4.Edition, London, Sweet&Maxwell, 2011
- Richards, David A. J.: **Free Speech and The Politics of Identity**, New York, Oxford University Press, 1999
- Rokkan, Stein;
Urwin, Derek: **Economy, Territory, Identity: Politics of West European Peripheries**, London, SAGE Publications Ltd, 1983
- Saavedra, Miguel de Cervantes: **La Mancha'lı Yaratıcı Asilzade Don Quijote**, C.I-II, Çev. Roza Hakmen, 21.Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2016
- Sadurski, Wojciech: **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002
- Sağlam, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982
- Scanlon, Thomas: "A Theory of Freedom of Expression", **Philosophy&Public Affairs**, Vol. I, No. 2, 1972, pp. 204-226
- Schabas, William A.: **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, New York, Oxford University Press, 2015

- Schauer, Frederick: **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002
- Scheffler, Uwe: “Sanat ve Sanat Özgürlüğü: Cezalandırılabilirlik Hakkında Belirsiz İki Kavramının Hüküm Vermesi Gerekli İse”, Çev. Yener Ünver, **Sanat ve Ceza Hukuku**, Ed. by Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2018
- Scheffler, Uwe: ““Zürih Grafiticisi” Vakası”, Çev. Ramazan Barış Atladı, **Sanat ve Ceza Hukuku**, Ed. by Yener Ünver, Ankara, Seçkin, 2018
- Shelton, Dinah; Gould, Ariel: “Positive and Negative Obligations”, **Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Ed. by Dinah Shelton, New York, Oxford University Press, 2015
- Schlesinger, George: “Aesthetic Experience and the Definition of Art”, **British Journal of Aesthetic**, Vol. 19, No.2, 1979, pp. 167-176
- Schnetz, Martina: **The Healing Flow: Artistic Expression in Therapy: Creative Arts and the Process of Healing: An Image/Word Approach Inquiry**, London, Jessica Kingsley Publishers, 2005
- Schutter, Oliver: “The Protection of Social Rights by the European

- Court of Human Rights”, **Social Economic and Cultural Rights**, Ed. by P. Van der Auweraert, J. Sarkin, J. Vande Lanotte, T. De Pelsmaker, Portland, Marklu Publishers, 2002
- Shiner, Larry: **Sanatın İcadı: Bir Kültür Tarihi**, 4.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2017
- Showers, H. Robert: “Pornography Harms Society”, **Pornography: Opposing Viewpoitns**, Ed. by Helen Cothran, San Diego, Greenhaven Press, 2002
- Shue, Henry: **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, New Jersey, Princeton University Press, 1980
- Stecker, Robert: **Aesthetics and the Philosophy of Art: An Introduction**, 2.Edition, Plymouth, Rowman&Littlefield Publishers, 2010
- Steiner, Wendy: **The Scandal of Pleasure: Art in an Age of Fundemantalism**, Chicago, University of Chicago Press, 1995
- Sunstein, Cass R.: “Pornography and the First Amendmant”, **Duke Law Journal**, 1986, pp. 589-627
- Şahin, Kemal: **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009

- Tanasescu, Simina: “Artistic Freedom and Its Limitations”, **Romanian Journal of Comparative Law**, No.1, 2011, pp. 9-53
- Tanör, Bülent: **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1994
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4.Baskı, İstanbul, Arıkan, 2005
- Tolstoy, Leo: **What is Art?**, Trans. by Aylmer Maude, New York, Funk&Wagnalls Company, 1904
- Tomkins, Calvin: **Duchamp: A Biography**, New York, Henry Holt and Company, 1996
- Topukçu, Aslı: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014/I, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan C.I, pp.561-590
- Tosun, Seyfullah: **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018
- Tunalı, İsmail: **Grek Estetik’i: Güzellik Felsefesi, Sanat Felsefesi**, 3.Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1983
- Turhanlı, Turgut: “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü”, **Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**,

İstanbul, Siyah Bant, 2013

Uygun, Oktay:

Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, 2.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014

Uygun, Oktay:

Devlet Teorisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014

Uygun, Oktay:

Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011

Weber, Eugen:

Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France 1870-1914, Stanford, Stanford University Press, 1976

Weinstein, James:

“Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, **Virginia Law Review**, Vol. 97, Issue 3, pp. 491-514

Weitz, Morrist:

“The Role of Theory in Aesthetics”, **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Vol.15, No.1, 1956, pp.27-35

White, Robin C. A.;

Ovey, Clare:

The European Convention on Human Rights, 5.Edition, New York, Oxford University Press, 2010

Wojnarowicz, David:

“Post Cards from America: X-Rays from Hell”,

Witnesses: Against Our Vanishing, Organized by Nan Goldin, Artists Space, November 16,1989-January 6, 1990

Yürüşen, Melih:

“Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. by Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003

Ziff, Paul:

“The Task of Defining a Work of Art”, **The Philosophical Review**, Vol.62, No.1, 1953, pp.58-78

Zillmann, Dolf;

Bryant, Jennings:

“Pornography, Sexual Callousness, and the Trivialization of Rape”, **Journal of Communication**, Autumn, 1982, pp.10-21

Žižek, Slavoj:

Sanat: Konuşan Kafalar, 2.Baskı, İstanbul, Encore, 2014

Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights, DH(56) 15, 17 August 1956

Preparatory Work on Article 18 of the European Convention on Human Rights, CDH(75) 11, 10 March 1975

KARAR DİZİNİ
AİH KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI

- A -

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Appl. No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, Judgement of 28 May 1985

Aguilera Jiménez and Others v. Spain, Appl. No. 28389/06; 28955/06; 28957/06; 28959/06; 28961/06; 28964/06, Judgement of 08 December 2009

Airey v. Ireland, Appl. No. 6289/73, Judgement of 9 October 1979

Akdaş v. Turkey, Appl. No. 41056/04, Judgement of 16 February 2010

Alınak v. Turkey, Appl. No. 40287/98, Judgement of 29 March 2005

Ali and Ayşe Duran v. Turkey, Appl. 42942/02, Judgement of 08 July 2008

Altuğ Taner Akçam v. Turkey, Appl. No. 27520/07, Judgement of 25 October 2011

Aquilina and Others v. Malta, Appl. No. 28040/08 14 June 2011

Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/94, 08 July 1999

Amihalachioaie v. Moldova, Appl. No. 60115/00, Judgement of 20 April 2004

Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Appl. No. 73049/01, Judgement of 11 January 2007

Autronic AG v. Switzerland, Appl. No. 12726/87, Judgement of 22 May 1990

Axel Springer AG v. Germany, Appl. No. 39954/08, Judgement of 7 February 2012

A. v. the United Kingdom, Appl. No. 25599/94, Judgement of 23 September 1998

- B -

Balsytė-Lideikienė v. Lithuania, Appl. No. 72596/01, Judgement of 4 November 2008

Barfod v. Denmark, Appl. No. 11508/85, Judgement of 22 February 1989

Barthold v. Germany, Appl. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985

Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, Appl. No. 23536/94; 24408/94, Judgement of 08 July 1999

Beganovic v. Croatia, Appl. 46423/06, Judgement of 25 September 2009

Berrehab v. the Netherlands, Appl. No. 10730/84, Judgement of 21 June 1988

Bladet Tromsø and Stensas v. Norway, Appl. No. 21980/93, Judgement of 20 May 1999

Bowman v. United Kingdom, 141/1996/760/961, Judgment of 19 February 1998

Boyle and Rice v. the United Kingdom, Appl. No. 9659/82; 9658/82, Judgement of 27 April 1988

Brasilier v. France, Appl. No. 71343/01, Judgement of 11 April 2006

Brogan and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Judgement of 28 November 1988

Burden v. the United Kingdom, Appl. No. 13378/05, Judgement of 29 April 2008

Burghartz v. Switzerland, Appl. No. 16213/90, Judgement of 22 February 1994

Busuioc v. Moldova, Appl. No. 61513, Judgement of 21 December 2004

B. v. France, Appl. No. 13343/87, Judgement of 25 March 1992

- C -

Campbell v. the United Kingdom, Appl. No. 13590/88, Judgement of 25 March 1992

Casado Coca v. Spain, Appl. No. 15450/89, Judgement of 24 February 1994

Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, Judgment of 23 April 1992

Ceylan v. Turkey, Appl. No. 23556/94, Judgement of 08 July 1999

Chauvy and Others v. France, Appl. No. 64915/01, Judgement of 29 June 2004

Chorherr v. Austria, Appl. No. 13308/87, Judgement of 25 August 1993

Christine Goodwin v. the United Kingdom, Appl. No. 28957/95, Judgement of 11 July 2002

Cossey v. the United Kingdom, Appl. No. 10843/84, Judgement of 27 September 1990

Cumpănă ve Mazăre v. Romania, Appl. No. 33348/96, Judgement of 17 December 2004

C.J., J.J. and E.J. v. Poland, Appl. No. 23380/94, Decision of 16 January 1996

- D -

Dąbrowski v. Poland, Appl. No. 18235/02, Judgement of 19 December 2006

De Haes and Gijssels v. Belgium, Appl. No. 1998392, Judgement of 24 February 1997

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Appl. No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Judgement of 18 June 1971

Dilipak v. Turkey, Appl. No. 29680/05, Judgement of 15 September 2015

Dmitriyevskiy v. Russia, Appl. No. 42168/06, Judgement of 3 October 2017

Dudgeon v. the United Kingdom, Appl. No. 7525/76, Report of the Commission of 13 March 1980

- E -

Editions Plon v. France, Appl. No. 58148/00, Judgement of 18 August 2004

Eon v. France, Appl. No. 26118/10, Judgement of 14 March 2013

Engel and Others v. the Netherlands, Appl. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976

Eva Molnár v. Hungary, Appl. No. 10346/05, Judgement of 07 October 2008

Evans v. the United Kingdom, Appl. No. 6339/05, Judgement of 10 April 2007

Ezelin v. France, Appl. No. 11800/85, Judgement of 26 April 1991

- F -

Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, Judgement of 24 October 2012

Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey, Appl. No. 22147/02; 24972/03, Judgement of 23 January 2007

Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey (No. 2), Appl. No. 38991/02, Judgement of 17 February 2009

Fatullayev v. Azerbaijan, Appl. No. 40984/07, Judgement of 22 April 2010

Feldek v. Slovakia, Appl. No. 29032/95, Judgement of 12 July 2001

Féret v. Belgium, Appl. No. 15615/07, Judgement of 16 July 2009

Fressoz and Roire v. France, Appl. No. 29183/95, Judgement of 21 January 1999

F. v. Switzerland, Appl. No. 11329/85, Judgement of 18 December 1987

- G -

Glas Nadezhda Eood and Anatoly Elenkov v. Bulgaria, Appl. No. 14134/02, Judgement of 11 October 2007

Galstyan v. Armenia, Appl. No. 26986/03, Judgement of 15 November 2007

Glasenapp v. Germany, Appl. No. 9228/80, Judgement of 28 August 1986

Golder v. the United Kingdom, Appl. No. 445/70, Judgement of 21 February 1975

Goodwin v. the United Kingdom, Appl. No. 17488/90, Judgement of 27 March 1996

Görmüş and Others v. Turkey, Appl. No. 49085/07, Judgement of 19 January 2016

Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, Appl. No. 10890/84, Judgement of 28 March 1990

Guerra and Others v. Italy, Appl. No. 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998

Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, Judgement of 4 December 2003

- H -

Hadjianastassiou v. Greece, Appl. No. 12945/87, Judgement of 16 December 1992

Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976

Hashman and Harrup v. the United Kingdom, Appl. No. 25594/94, Judgement of 25 November 1999

Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, Judgment of 25 August 1998

Hizbu ut-Tahrir v. Germany, Appl. No. 31098/08, Judgement of 12 June 2012

Hrico v. Slovakia, Appl. No. 49418/99, Judgement of 20 July 2004

Huvig v. France, Appl. No. 11105/84, Judgement of 24 April 1990

- I -

Ilascu and Others v. Moldova and Russia, Appl. No. 88787/99, Judgement of 08 July 2004

Incal v. Turkey, 41/1997/825/1031, Judgment of 9 June 1998

Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. Ireland, Appl. No. 55120/00, Judgement of 16 September 2005

Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Appl. No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 17207/90, Judgement of 24 November 1993

Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ukraine, Appl. No. 61561/08, Judgement of 02 June 2016

Inze v. Austria, Appl. No. 8695/79, Judgement of 28 October 1987

Ireland v. the United Kingdom, Appl. No. 5310/71, Judgement of 18 January 1978

- I -

İ.A. v. Turkey, Appl. No. 42571/98, Judgement of 13 September 2005

- J -

Jacobowski v. Germany, Appl. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994

James and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 8793/79, Judgement of 21 February 1986

Jelševár and Others v. Slovenia, Appl. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014

Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, Judgement of 23 September 1994

Jerusalem v. Austria, Appl. No. 26958/95, Judgement of 27 February 2001

Johnston and Others v. Ireland, Appl. No. 9697/82, Judgement of 18 December 1982

J. Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands, Appl. No. 8348/78; 8406/78, Decision of 11 October 1979

- K -

Kaos GL v. Turkey, Appl. No. 4982/07, Judgement of 22 November 2016

Kaperzyński v. Poland, Appl. No. 43206/07, Judgement of 3 April 2012

Kaplan v. Turkey, Appl. No. 56566/00, Judgement of 24 January 2006

Kar and Others v. Turkey, Appl. No. 58756/00, Judgement of 3 May 2007

Karataş v. Turkey, Appl. No. 23168/94, Judgment of 8 July 1999

Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, Appl. No. 53678/00, Judgment of 16 November 2004

Karman v. Russia, Appl. No. 29372/02, Judgement of 14 December 2006

Kasymakhunov and Sabatalov v. Russia, Appl. No. 26261/05; 26377/06, Decision of 14 March 2013

Katamadze v. Georgia, 69857/01, Decision of 14 February 2006

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, Judgement of 07 December 1976

Klass and Others v. Germany, Appl. No. 5029/71, Judgement of 06 September 1978

Kokkinakis v. Greece, Appl. No. 14307/88, Judgement of 25 May 1993

Kosiek v. Germany, Appl. No. 9704/82, Judgement of 28 August 1986

**Krone Verlag GmbH & CoKG and Mediaprint Zeitungs- und Zeit
Schriftenverlag GmbH & CoKG v. Austria**, Appl. No. 42429/98, Decision of 20
March 2003

Kruslin v. France, Appl. No. 11801/85, Judgement of 24 April 1990

Kudrevičius and Others v. Lithuania, Appl. No. 37553/05, Judgement of 15
October 2015

Kuliś and Różycki v. Poland, Appl. No. 27209/03, Judgement of 6 October 2009

Kurt v. Turkey, Appl. No. 24276/94, Judgement of 25 May 1998

- L -

Le Pen v. France, Appl. No. 18788/09, Decision of 20 April 2010

Lawless v. Ireland (No.3), Appl. No. 332/57, Judgement of 01 July 1961

Leander v. Sweden, Appl. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987

Lehideux and Isorni, v. France, Appl. No. 55/1997/839/1045, Judgement of 23
September 1998

Leroy v. France, Appl. No. 36109/03, Judgement of 2 October 2008

Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, Appl. No. 36448/02, Judgement of 22 October 2007

Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986

Lombardo and Others v. Malta, Appl. No. 7333/06, Judgment of 24 April 2007

Lopez Gomes da Silva v. Portugal, Appl. No. 37698/97, Judgement of 28 September 2000

Lucas v. the United Kingdom, Appl. No. 39013/02, Decision of 18 March 2003

- M -

Malone v. the United Kingdom, Appl. No. 8691/79, Judgement of 02 August of 1984

Mamère v. France, Appl. No. 12697/03, Judgement of 07 February 2007

Marais v. France, Appl. No. 31159/96, Decision of 24 June 1996

Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, Judgement of 13 June 1979

Markt Intern Verlag GmbH v. Germany, Appl. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989

Mariya Alekhina and Others v. Russia, Appl. No. 38004/12, Judgement of 17 July 2018

Mățășaru v. the Republic of Moldova, Appl. No. 69714/16; 71685/16, Judgement of 15 January 2019

Mathieu-Mohn and Clerfayt v. Belgium, Appl. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987

McVicar v. the United Kingdom, Appl. No. 46311/99, Judgement of 07 August 2002

Melnychuk v. Ukraine, Appl. No. 28743/03, Decision of 05 July 2005

Moreno Gómez v. Spain, Appl. No. 4143, Judgement of 16 February 2005

Murat Vural v. Turkey, Appl. No. 9540/07, Judgement of 21 October 2014

Murphy v. Ireland, Appl. No. 44179/98, Judgment of 10 July 2003

Müller and Others v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, Judgment of 24 May 1988

Müller Contre la Suisse, Appl. No. 10737/84, Commission Report of 08 October 1986

M.C. v. Bulgaria, Appl. No. 39272/98, Judgement of 04 March 2004

M'Bala M'Bala v. France, 25239/13, Decision of 20 October 2015

- N -

Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweeden, Appl. No. 40397/12, Decision of 19 February 2013

Nemtsov v. Russia, Appl. No. 1774/11, Judgement of 31 July 2014

Nikula v. Finland, Appl. No. 31611/96, Judgement of 21 March 2002

Nikowitz and Verlagsgruppe News GmbH v. Austria, Appl. No. 5266/03, Judgement of 22 February 2007

Nilsen and Johnsen v. Norway, Appl. No. 23118/93, Judgement of 25 November 1999

N. v. Switzerland, Appl. No. 9870/82, Decision of 13 October 1983

- O -

Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey, Appl. No. 24563/94, Decision of 14 January 1998

Osman v. The United Kingdom, Appl. 23452/94, Judgement of 28 October 1998

Otto-Preminger-Institut v. Austria, Appl. No. 13470/87, Judgement of 20 September 1994

Otto-Preminger-Institut v. Austria, Appl. No. 13470/87, Commission Report of 14 January 1993

- Ö -

Öcalan v. Turkey, Appl. No. 46221/99, Judgement of 12 May 2005

Öneryıldız v. Turkey, Appl. No. 48939, Judgement of 30 November 2004

Özgür Gündem v. Turkey, Appl. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000

Özkan v. Turkey, Appl. No. 23886/94, Decision of 05 April 1995

- P -

Palomo Sánchez and Others v. Spain, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, Judgement of 12 September 2011

Paturel v. France, Appl. No. 54968/00, Judgement of 22 December 2005

Pavel Ivanov v. Russia, Appl. No. 35222/04, Judgement of 20 February 2007

Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, Judgement of 15 October 2015

Perna v. Italy, Appl. No. 48898/99, Judgement of 06 May 2003

Perrin v. the United Kingdom, Appl. No. 5446/03, Decision of 18 October 2005

PETA Deutschland v. Germany, Appl. No. 43481/09, Judgement of 8 November 2012

Piermont v. France, Appl. No. 15773/89; 15774/89, Judgment of 27 April 1985

Powell and Rayner v. the United Kingdom, Appl. No. 9310/81, Judgement of 24 January 1990

Primov and Others v. Russia, Appl. No. 17301/06, Judgement of 12 June 2014

- R -

Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, Judgement of 28 November 1984

Rees v. the United Kingdom, Appl. No. 9532/81, Judgement of 17 October 1986

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23 July 1968

Rujak v. Croatia, Appl. No. 57942/10, Decision of 2 October 2012

R. v. the United Kingdom, Appl. No. 10496/83, Judgement of 08 July 1987

- S -

Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands, 38224/03, Judgement of 14 October 2010

Schwabe and M.G. v. Germany, Appl. No. 8080/08; 8577/08, Judgement of 01 December 2011

Selmouni v. France, Appl. No. 25803/94, Judgement of 28 July 1994

Siliadin v. France, Appl. No. 73316/01, Judgement of 26 July 2005

Silver and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983

Sinkova v. Ukraine, Appl. No. 39496/11, Judgement of 27 February 2018

Skalka v. Poland, Appl. No. 43425/98, Judgement of 27 August 2003

Soering v. the United Kingdom, Appl. No. 14038/88, Judgement of 07 July 1989

Soulas and Others v. France, Appl. No. 15948/03, Judgement of 10 July 2008

Sousa Goucha v. Portugal, Appl. No. 70434/12, Judgement of 22 March 2016

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, Appl. No. 7151/75; 7152/75, Judgement of 23 October 1982

Stafford v. the United Kingdom, Appl. No. 46295/99, Judgement of 28 May 2002

Steel and Morris v. the United Kingdom, Appl. No. 68416/01, Judgement of 15 February 2005

Stjerna v. Finland, Appl. No. 18131/91, Judgement of 25 November 1994

Stoll v. Switzerland, Appl. No. 69698/01, Judgement of 10 December 2007

Storck v. Germany, Appl. No. 61603/00, Judgement of 16 September 2005

Sunday Times v. the United Kingdom, Appl. No. 6538/74, Judgement of 26 April 1979

Sürek v. Turkey (No.1), Appl. No. 26682/95, Judgement of 08 July 1999

Sürek v. Turkey (No. 3), Appl. No. 24735/94, Judgement of 8 July 1999

S. v. Switzerland, Appl. No. 12629/87; 13965/88, Judgement of 28 November 1991

- T -

Tatár and Fáber v. Hungary, Appl. No. 26005/08 and 26160/08, Judgement of 12 June 2016

The Observer and Guardian v. the United Kingdom, Appl. No. 13585/88, Judgement of 26 November 1991

Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Appl. No. 13778/88, Judgement of 25 June 1992

Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, Appl. No. 18139/91, Judgement of 13 July 1995

Turhan v. Turkey, Appl. No. 48176/99, Judgement of 19 May 2005

Tyrer v. the United Kingdom, Appl. No. 5856/72, Judgement of 25 April 1978

T. v. the United Kingdom, Appl. No. 24724/94, Judgement of 16 December 1999

- U -

Ulusoy and Others v. Turkey, Appl. No. 34797/03, Judgement of 3 May 2007

- Ü -

Ünal Tekeli v. Turkey, Appl. No. 29865/96, Judgement of 16 November 2004

- V -

Vajnai v. Hungary, Appl. No. 33629/06, Judgement of 08 July 2008

Van den Dungen v. The Netherlands, Appl. No. 22848/93, Decision of 22 February 1995

Van der Mussele v. Belgium, Appl. No. 8919/80, Judgement of 23 November 1983

Vellutini and Michel v. France, Appl. No. 32820/09, Judgement of 6 October 2011

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No.2), Appl. No. 32772/02, Judgement of 30 June 2009

Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, Appl. No. 69354/01, Judgement of 25 January 2007

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, Appl. No. 15153/89, Judgement of 19 December 1994

Vona v. Hungary, Appl. No. 35942/10, Judgement of 9 July 2013

Von Hannover v. Germany (No.2), Appl. No. 40660/08; 60641/08, Judgement of 07 February 2012

Vogt v. Germany, Appl. No. 17851/91, Judgement of 26 September 1995

Vo v. France, Appl. No. 53924/00, Judgement of 08 July 2004

V.D. and C.G. v. France, Appl. No. 68238/01, Decision of 22 June 2006

V. v. the United Kingdom, Appl. No. 24888/94, Judgement of 16 December 1999

- W -

Weeks v. the United Kingdom, Appl. No. 9787/82, Judgement of 2 March 1987

Welsh and Silva Canha v. Portugal, Appl. No. 16812/11, Judgment of 17 September 2013

Wille v. Liechtenstein, Appl. No. 28396/95, Judgment of 28 October 1999

Wingrove v. the United Kingdom, 17419/90, Judgement of 25 November 1996

W. v. the United Kingdom, Appl. No. 9749/82, Judgement of 8 July 1987

- X -

X and Y v. Netherlands, Appl. No. 8978/80, Judgement of 26 Mart 1985

- Z -

Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, Judgement of 25 November 1991

Zarb Adami v. Malta, Appl. No. 17209/02, Judgement of 20 June 2006

Ziemiński v. Poland (No.2), Appl. 1799/07, Judgement of 05 July 2016

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

BVerfGE 30, 173, Judgement of 24 February 1971

BVerfGE, 67, 213, Judgement of 17 July 1984

BVerfGE, 75, 359, Judgement of 3 June 1987

BVerfGE, 1783/05, Judgement of 13 June 2007

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

Bose Corp. v. Consumers Union, 466 US 485, 503 (1984)

Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964)

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)

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

Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)

AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

Valesquez Rodriguez v. Honduras, Judgement of the Inter-American Court of Human Rights of 29 July 1988

WEB SİTELERİ

- <https://www.youtube.com/watch?v=7Me--xHG-mQ> (Çevrimiçi: 18.09.2017)
- <http://www.etymonline.com/index.php?term=art> (Çevrimiçi: 18.09.2017)
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/art> (Çevrimiçi: 18.09.2017)
- <http://www.baat.org/About-Art-Therapy> (Çevrimiçi: 21.09.2017)
- <https://arttherapy.org/> (Çevrimiçi: 21.09.2017); <http://www.baat.org/> Çevrimiçi: 21.09.2017).
- <http://www.museoreinasofia.es/en/collection/artwork/guernica> (Çevrimiçi: 22.09.2017)
- <http://www.museoreinasofia.es/en/collection/artwork/guernica> (Çevrimiçi: 22.09.2017).
- <http://www.gachupines.mx/del-porfirismo-a-la-revolucion-mural-de-david-alfaro-siquieros/> (Çevrimiçi: 23.09.2017).
- <https://www.britannica.com/biography/Porfirio-Diaz> (Çevrimiçi: 23.09.2017).
- <http://www.mexconnect.com/articles/1064-mexican-muralists-the-big-three-oro-zco-rivera-siqueiros> (Çevrimiçi: 23.09.2017)
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017)
- <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017)
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017)
- <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/culture> (Çevrimiçi: 28.09.2017)
- <https://rm.coe.int/168007ff4f> (Çevrimiçi: 28.09.2017).
- <http://t24.com.tr/video/kadikoydeki-gulmen-ve-ozakca-eyleminde-polis-performans-sanatcisini-heykel-sandi,8030> (Çevrimiçi: 15.01.2018)
- <https://www.kultursanatharitasi.com/performans-sanati/> (Çevrimiçi: 30.09.2017)
- <https://www.britannica.com/biography/Marina-Abramovic> (Çevrimiçi: 30.09.2017)
- <http://bianet.org/biamag/sanat/143658-vucudunun-sinirlarini-zorlayan-sanatci> (Çevrimiçi: 30.09.2017)
- <https://www.britannica.com/topic/political-philosophy> (Çevrimiçi: 26.09.2017)
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CC0071&from=FR> (Çevrimiçi: 27.09.2017)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/485/case.html> (Çevrimiçi: 04.10.2017)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html> (Çevrimiçi: 04.10.2017)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html> (Çevrimiçi: 04.10.2017)

<http://www.bl.uk/learning/histcitizen/21cc/struggle/chartists1/historicalsources/source2/reformact.html> (Çevrimiçi: 09.11.2016)

<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/furtherreformacts/> (Çevrimiçi: 09.11.2016)

<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1964/02/poetry-and-power/306325/> (Çevrimiçi: 16.01.2018)

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) (Çevrimiçi:28.01.2018)

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf) (Çevrimiçi: 28.01.2018)

<https://www.etymonline.com/word/nigger> (Çevrimiçi: 08.01.2018)

<http://www.nisanyansozluk.com/?k=zenci> (Çevrimiçi: 08.01.2018)

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/zenci> (Çevrimiçi: 08.01.2018)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html> (Çevrimiçi: 21.10.2017)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html> (Çevrimiçi: 21.10.2017)

<https://rm.coe.int/168007ff4d> (Çevrimiçi: 15.01.2018)

<http://t24.com.tr/video/kadikoydeki-gulmen-ve-ozakca-eyleminde-polis-performans-sanatcisini-heykel-sandi,8030> (Çevrimiçi: 15.01.2018)

<http://www.bbfc.co.uk/case-studies/visions-ecstasy> (Çevrimiçi: 26.04.2018)

<https://charterblog.wordpress.com/2008/02/02/the-right-to-finger/> (Çevrimiçi: 04.04.2018)

<http://tanerceylan.com/works/taner-taner/> (Çevrimiçi: 15.04.2018)

<https://www.unian.info/society/1382852-ukraine-officials-lay-flowers-at-tomb-of-unknown-soldier.html> (Çevrimiçi: 16.04.2018)

<https://photobibliothek.ch/seite012c2.html> (Çevrimiçi: 25.04.2018)

<http://www.spiegel.de/fotostrecke/sprayer-harald-naegeli-schweizer-graffiti-kuenstler-auf-der-flucht-fotostrecke-110430.html> (Çevrimiçi: 25.04.2018)

<http://www.spiegel.de/fotostrecke/sprayer-harald-naegeli-schweizer-graffiti-kuenstler-auf-der-flucht-fotostrecke-110430.html> (Çevrimiçi: 25.04.2018)

<http://www.bbfc.co.uk/case-studies/visions-ecstasy> (Çevrimiçi: 26.04.2018)

