

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

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI
IŞIĞINDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Atagün Mert KEJANLIOĞLU

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

AĞUSTOS 2017

ÖNSÖZ

Bu süreci başından sonuna dek mümkün kılan, ne kadar uçuk olursa olsun her maceraya atılma isteğimi sabırla karşılayan ve desteğini asla eksik etmeyen, lisans eğitimimi bitirdiğim günden beri hem akademik hem de kişisel olarak verdiği desteğin hakkını nasıl ödeyeceğimi bilemediğim değerli tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik hocama çok ama çok teşekkür ederim.

Hocam olduğu için her an şükrettiğim, -ve bazen bunu hak edecek ne yaptığımı bilmediğimden şaşırduğım- üniversiteye her sabah huzurla gidebilmemi mümkün kılan, kendi iş yükünü artırmak pahasına benim bu tezi yazmam için seferber olan değerli kürsü hocam Yrd. Doç. Dr. Emine Karacaoğlu'na ne kadar teşekkür etsem az olur.

Her türlü imkanı seferber ederek bizleri yetiştirmek için elinden gelen hiçbir fedakarlığı esirgemeyen hocam MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Havva Karagöz'e, bu süreçteki tüm desteği ve ilgisi için Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'na, lisans eğitimimin ilk yılından beri desteğini hissettiğim, ne zaman başım sıkışsa tavsiye almak için aradığımda bana sabırla yol gösteren ve zamanımı ayıran hocam Prof. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Bu tezin yazımı sürecindeki iki sohbetimizde değerli öngörüsüyle tezime kısa zamanda çok büyük katkıda bulunan Yrd. Doç. Dr. Bilge Erson Asar'a; en zor zamanda bir kahve ile yüzümüzü güldüren Sena Karaman'a; iyi dileklerini eksik etmeyen ve huzurlu bir çalışma ortamı oluşturmama ellerinden geldiğince katkı sağlayan MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki araştırma görevlisi arkadaşlarım, Cem Uysal, Çakıl Su Civelek, Ebrar Palteki, Ece Alpay ve Nesli Şen Özçelik'e; İLL destekleriyle bu tezi mümkün kılan Ramazan Çelik ve İpek Yazar başta olmak üzere, tüm MEF Üniversitesi Kütüphanesi çalışanlarına; güler yüzü, hoş sohbeti ve samimiyetiyle elinden gelen hiçbir destekten kaçınmayan iyi insan Mehmet Emin Alpaslan'a; bu tezin konu seçimini dahi büyük bir alçakgönüllülükle mümkün kılan, başta üniversitenin bürokratik dehlizlerinde olanlar olmak üzere karşıma çıkan sorunları çözmek için ona her ulaştığımda bana usanmadan yol gösteren ve destek olan sevgili Burcu Alkış'a; göğsünü her türlü angaryaya siper eden, bu önsözdekinden daha fazla teşekkürü hak eden cânım Başak Erdoğan'a; beni kırmayıp Strasbourg'dan bana sayfalarca makale gönderen "çok tatlı arkadaşımız" Beril Önder'e; benimle tezini paylaşan, "yazamıyorum" dediğimde bıkmadan dinleyen ve tavsiyesini eksik etmeyen sabırlı dostum Ali Yalın'a; çeviriye veya dilbilime dair kafama takılan her sorunda bana akıl veren biricik Zeynep Aylin Özyurt'a; tez hallerimi en çok anlayan ve bana yol gösteren "halahanımcım" Prof. Dr. D. Beybin Kejanlıoğlu'na çok teşekkür ederim. Sevgili Ege, Gökova Körfezi ve tüm Cemre Su ekibi de ayrı bir teşekkürü hak ediyor. Enfin, je tiens aussi à remercier Professeure Marie-Anne Cohendet pour ses remarques et ma chère amie Louise Fort.

Canım dostlarım Seda Palanduz'a ve Ceren Mermutluoğlu'na ise her Şeyden önce, bu tez için değil, senelerdir yanımda oldukları için teşekkür ediyorum. Ama bu tez onlar olmasaydı yazılamazdı. Onların bu tezin yazımında bana sağladıkları desteğin ve gösterdikleri sabrın değerini benim katımda sonsuz.

Son olarak sevgili ailem... Canım annem Fűrüzan Kejanlıoğlu ve canım babam Sinan Serdar Kejanlıoğlu bu yolculuğun en çok yük çekenleriydiler ve her zor anımda yanımda oldular. Onların sevgisi olmadan hiçbir Őey mümkün olmazdı. İyi ki varsınız.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vi
RESUME.....	vii
ABSTRACT.....	ix
ÖZET.....	xiv
GİRİŞ	1
I. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMEL KAVRAMI: SANAT	7
A. Tanıma Meydan Okuyan Bir Kavram Olarak Sanat	7
1. Sanat Felsefesi Işığında Sanat Tanımı Arayışı	8
a. Estetik Felsefesinden Etkilenen Sanat Teorileri.....	10
b. Sosyolojik ve Tarihsel Sanat Tanımları	13
2. Hukukta Sanat Tanımının İmkansızlığı.....	16
a. Alman Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sanata Dair Bir Kriter Önerisi	16
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadında Sanat Tanımının Yokluğu.....	18
B. Sanatın Hukuken Korunmasına İlişkin Gerekçeler	20
1. Sanatın Hukuken Korunmasının Felsefî Gerekçeleri	20
a. Sanatın Kişisel Yönüne ve Toplumsal Gerçekle Olan Bağına Ağırlık Veren Görüşler	21
b. Sanatsal İfadeye Özgü Bir Gerekçe: Frankfurt Okulu'nun Yaklaşımında Bir Özgürlük Ütopyası Olarak Sanat	26
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sanatsal İfadeyi Koruma Gerekçesi: Demokratik Toplumda Sanat.....	28
a. İfade Özgürlüğü ve Demokrasi İlişkisi.....	29
b. Sanatsal İfadenin Demokratik Topluma Katkısı	31
II. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI	35
A. Sanat Özgürlüğü ve Sanatsal İfade Özgürlüğünün İlişkisi Sorunu	36
1. Sanat Özgürlüğünün Kapsayıcılığı İddiası	37
a. Kültürel Hak Olarak Sanat Özgürlüğü	37
b. İfade Özgürlüğünün Kapsamının Geniş Yorumu.....	41
2. İfade Özgürlüğü Kapsamındaki Korumanın Kapsayıcılığı	51
a. Korumanın Etkililiği.....	52
b. Sanatsal Korumanın Bulaşıcılığı	54
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sanatsal İfade Özgürlüğünün Kapsamının Sınırları	55
1. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Öznesi Olabilecek Kişiler	56

a. Sanatı Yaratan ve Yayımlarına Katılan Kişiler	57
b. Muhataplar	60
2. Sanatsal İfade Özgürlüğü Hakkının Konu Bakımından Sınırları	61
a. Biçimsel Sınırlar: Eylem İfade Zıtlığı Sorunu ve Performatif Estetik	63
b. İçerik Sınırları: Hakkın Kötüye Kullanılması	69
III. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMA REJİMİ .. 78	
A. Mahkemenin Takdir Marjını Dar Tutma Eğilimi	83
1. Siyasi Bağlamda Sanatsal İfade Özgürlüğü.....	84
a. Sanatsal Biçimin İfadenin Etkisini Azaltması.....	84
b. Sınırlı Etki Ölçütünün Kullanılmadığı Haller	89
2. Kişilik Hakkı ile Çatışan Sanatsal İfade	94
a. Hicvin Koruyucu Etkisi.....	95
b. Kurmacanın Koruyucu Etkisi.....	101
B. Mahkemenin Takdir Marjını Geniş Tutma Eğilimi	109
1. Dini ve Ahlaki Değerlerin Karşısında Sanatsal İfade.....	109
a. Mahkemenin Paternalizme Göz Yuman Yaklaşımı	110
b. Geniş Takdir Marjına Karşı Gelişen Sınırlar: Bir İçtihat Değişikliği mi?	119
2. Mülkiyet Hakkı ile Çatışan Sanatsal İfade	125
a. Yeni Bir Çatışma Alanı: Fikri Mülkiyetin Dayattığı Sınırlar.....	127
b. Taşınmaz Eşyanın Statüsü.....	132
3. İçtihatdaki Boşluk: Pozitif Yükümlülükler	135
SONUÇ	142
KAYNAKÇA.....	146
ÖZGEÇMİŞ.....	163

KISALTMALAR

- ABD:** Amerika Birleşik Devletleri
AİHK: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM: Anayasa Mahkemesi
BD: Büyük Daire
Bkz.: Bakınız
BM: Birleşmiş Milletler
BVerfGE: *Bundesverfassungsgericht* (Alman Anayasa Mahkemesi)
C.: Cilt
Çev.: Çeviren
dn.: Dipnot
E.: Esas Numarası
ed.: Editör
EKOSOK: Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS: Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
FPÖ: *Freiheitliche Partei Österreichs* (Avusturya Özgürlük Partisi)
FSEK: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
haz.: Hazırlayan
Ibid.: *Ibidem* (Yukarıda referans verilen eser)
K.: Karar Numarası
K. T.: Karar Tarihi
LGBT: Lezbiyen Gey Biseksüel Trans
LGBTİ: Lezbiyen Gey Biseksüel Trans İnterseks
m.: Madde
No: Numara
op. cit.: *opus citatum* (Adı geçen eser)
p.: Paragraf
PVSK: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
TDK: Türk Dil Kurumu
S.: Sayı
s.: Sayfa
TRT: Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
v.: *versus* (-e karşı)
vd.: ve devamı
WIPO: *World Intellectual Property Organization* (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

RESUME

Il est difficile de définir l'art. Le moment où le droit rencontre l'art devient un défi pour le droit, car le droit exige de la précision et de la prévisibilité. Ainsi, la liberté d'expression artistique correspond à un champ d'application dont les contours sont difficiles à déterminer.

La Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas d'article exclusivement consacré à la protection de l'art. L'art est protégé dans le cadre de la liberté d'expression selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt *Müller et autres c. Suisse*.

Par conséquent, afin de se concentrer sur la liberté d'expression artistique, le sujet de ce mémoire, nous devons essayer d'établir une définition pour l'art. De nombreux philosophes ont développé des théories pour cela tout au long de l'histoire. Certaines de ces théories ont été influencées par l'esthétique et elles ont défini l'art en faisant référence à la notion de «beauté». Cette perspective est enracinée dans l'approche kantienne à la beauté et à l'esthétique. En outre, il y a eu des théories qui avancent que l'art est une expression des émotions ou qu'une forme significative est ce qui rend l'art distinct d'autres types d'expression. Cependant, il ne semble pas possible de définir l'art avec une telle approche car l'art s'est transformé en contestant la perspective traditionnelle de l'esthétique depuis le 19ème siècle.

Cette approche à l'art contient en même temps le *ready-made* de Duchamp, les performances et les peintures de Picasso. Donc, pour inclure cette transformation de l'art, des définitions sociologiques et historiques ont été développées. George Dickie et Arthur Danto ont défini l'art avec une approche sociologique sur la base de la notion de «*artworld*». Jerold Levinson a développé une approche historique et a contenu dans sa définition à la fois la transformation historique de l'art et l'intention de créer une œuvre artistique.

Il semble difficile d'appliquer ces définitions juridiquement. La Cour constitutionnelle allemande a préféré d'accepter un critère plutôt que de définir l'art. La Cour se fonde sur ce critère et détermine la portée de la disposition constitutionnelle concernant la protection de la liberté artistique. Selon ce critère, si les observations, les impressions et les expériences de son créateur apparaissent par une activité libre et créative, la protection constitutionnelle de la liberté artistique est appliquée en cas d'espèce. Il est possible d'ajuster ces critères selon l'approche actuelle à l'art en ajoutant l'intention du créateur de créer une œuvre d'art. Cependant, il faut souligner que ceci n'est pas une définition, mais seulement une suggestion de critère.

La Cour européenne des droits de l'homme évite de définir l'art, car il n'y a pas d'article protégeant spécifiquement la liberté artistique. Toutefois, dans l'arrêt *Tatar ve Fáber c. Hongrie*, la Cour a rencontré un exemple d'art de performance et a pris

l'intention des requérants de créer une œuvre d'art en considération, bien que son effet sur le raisonnement ait été limité.

En raison de la précision limitée que la définition de l'art fournit, la fonction et les qualités de l'art deviennent plus importantes pour que la raison pour laquelle l'art doit être juridiquement protégé puisse être parfaitement comprise. L'art vaut une protection juridique non seulement pour les justifications générales liées à la liberté d'expression, mais aussi pour ses propres caractéristiques. L'art est un moyen d'exprimer des sentiments et des émotions qui ne peuvent être exprimés d'une autre manière. En outre, comme le montre la *mimesis* d'Aristote, l'art peut être perçu comme un reflet de la société. Par conséquent, le rôle que l'art joue dans la vie individuelle et sociale peut constituer une base suffisante pour sa protection juridique.

L'approche de l'école de Francfort en matière d'art peut constituer une base pour la protection juridique de l'expression artistique. Selon les philosophes de l'école de Francfort, il est possible de percevoir l'art comme un moyen d'imaginer la liberté et de créer un monde dans lequel les problèmes de ce monde réel n'existent pas. C'est la raison pour laquelle l'art est indispensable pour créer un monde où l'on puisse imaginer la liberté.

Étant donné que la Cour européenne des droits de l'homme protège l'art dans le cadre de la liberté d'expression, son approche de l'art est fortement influencée par les justifications générales de la liberté d'expression. Selon la Cour, la liberté d'expression est une nécessité pour l'existence de la démocratie. Cependant, si cette approche est appliquée à la justification de l'expression artistique, elle ne peut pas fournir une protection suffisante de l'expression artistique.

Le champ d'application de la liberté d'expression artistique doit être déterminée afin que nous puissions examiner si la protection fournie par la Cour correspond aux qualités de l'art. Tout d'abord, la relation entre la liberté des arts et la liberté d'expression artistique doit être discutée. La liberté des arts est un droit culturel. Les droits culturels sont une nouvelle catégorie de droits et il est difficile de définir. Le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels peut être un point de départ de cette définition. Les droits culturels protègent beaucoup plus que la liberté des arts. Néanmoins, ils protègent la création artistique.

Le champ d'application de la liberté d'expression artistique peut être identique à celui de la liberté de l'art. Ceci n'est possible que par une large interprétation du champ d'application. L'approche d'Alexy, qui défend une interprétation large du champ d'application, est également compatible avec la Convention et l'approche de la Cour. Dans cette optique, la protection de l'art dans le cadre de la liberté d'expression peut être interprétée comme contenant le processus de création, son effet dans le monde extérieur ainsi que des obligations positives de protection et de promotion de l'art.

La protection de l'art par la liberté de l'expression artistique offre également des avantages. Le fait que la liberté d'expression est un droit de première génération et qu'il existe une jurisprudence solide concernant cette liberté permet aux individus d'avoir une protection plus efficace. En outre, la Cour européenne des droits de

l'homme étend la protection de l'expression artistique à des expressions qui ne sont pas des œuvres d'art mais qui peuvent être considérées comme artistiques.

Le champ d'application de la liberté d'expression artistique peut être examiné d'abord en mettant l'accent sur les personnes qui sont protégées par cette liberté. La Cour offre une portée très large aux personnes qui créent et qui participent à la diffusion de ces œuvres. Les directeurs, les acteurs, les peintres, les écrivains, les éditeurs, les associations qui organisent des projections de films, etc. peuvent bénéficier de la protection de ce droit. *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, une décision récente de la Cour, étendent également cette protection aux personnes qui participent au partage des œuvres d'art en ligne. Enfin, l'interlocuteur de ces créations artistiques bénéficie également de cette protection.

D'autres limites à la liberté d'expression peuvent être présentées sous deux catégories. Premièrement, il peut y avoir des limites formelles. La différence entre l'expression et la conduite peut être la raison de cette limite. Cette limite est problématique surtout en raison de l'art de la performance. Cependant, l'approche de la Cour est généralement positive. Il utilise certains critères, même s'ils ne sont pas très précis, et interprète largement la notion d'expression. Lorsque la Cour rencontre une affaire dans laquelle il y a un art de performance, il est important pour la jurisprudence que la Cour reconnaisse la nature artistique de l'expression.

Une autre limite est l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article, qui définit l'abus du droit comme limite de la protection de la Convention, est utilisé pour exclure le discours haineux et les expressions racistes du champ d'application de l'article 10 de la Convention. L'effet de cette disposition sur l'expression artistique est que les créations artistiques suivant les thèses négationnistes et qui contiennent des discours de haine ne relèvent pas de l'article 10 de la Convention, quelle que soit sa nature artistique.

Enfin, le régime des restrictions à la liberté d'expression artistique sera examiné en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le concept clé de ce régime est la marge d'appréciation. En tant que juridiction internationale, la Cour tente de maintenir un équilibre entre la souveraineté des États et la protection des droits de l'homme en appliquant la doctrine de la marge d'appréciation. Cette doctrine est fréquemment utilisée dans les jugements et les décisions liées à la liberté d'expression artistique.

En ce qui concerne les restrictions imposées à la liberté d'expression artistique, la Cour tient la marge d'appréciation étroite pour les expressions dans le contexte politique ou les expressions en conflit avec les droits de la personnalité. L'expression artistique est particulièrement protégée en raison de son effet limité, en particulier dans les cas d'incitation à la violence. En outre, la Cour tient compte du fait que l'art est principalement un moyen pour l'expression des émotions. Toutefois, la Cour préfère ne pas utiliser ce critère dans certaines circonstances. Les expressions qui peuvent être perçues comme une glorification directe du terrorisme ne bénéficient pas de cette protection, surtout si elles sont publiées dans un journal ou un autre moyen de communication de masse. Dans d'autres cas, la Cour n'a pas besoin de recourir à ce critère car l'expression n'incite pas à la violence en premier lieu.

Lorsque l'expression artistique entre en conflit avec les droits de la personnalité, la Cour offre une protection en double sens dans le cadre de la liberté d'expression artistique. Le premier est la protection de la satire. Selon la jurisprudence établie de la Cour depuis l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler*, la satire est un commentaire social et artistique qui contient une exagération et que les restrictions à la satire doivent être soigneusement examinées. Ainsi, la Cour attribue un statut spécial à la satire. Une autre protection concerne les œuvres de fiction. Lorsque la Cour examine l'attribuabilité des expressions diffamatoires utilisées dans la fiction à de vrais êtres humains, elle offre une certaine protection à la fiction. Cependant, plus les liens entre la vie réelle et la fiction sont serrés, plus la protection liée à la fiction diminue.

Un autre droit qui entre en conflit avec la liberté d'expression artistique est le droit de propriété. Ce droit est lié à l'expression artistique principalement en raison des droits de propriété intellectuelle. Le développement de la technologie et le fait que l'art devient une marchandise augmente les cas dans lesquels ces deux droits entrent en conflit. Les États membres jouissent d'une marge d'appréciation assez large pour équilibrer ces deux droits. Comme il y a très peu de jugements concernant cette question, il est difficile d'en tirer une conclusion définitive. En outre, il peut être nécessaire d'équilibrer la liberté d'expression artistique et le droit de propriété ou l'esthétique dans l'espace public. Encore une fois, la marge est large dans les deux cas. Enfin, les critères dans l'affaire *Appleby* devraient également s'appliquer dans les cas concernant l'expression artistique.

Enfin, il existe un écart dans la jurisprudence concernant les obligations positives. L'effet horizontal du droit est également valable pour les expressions artistiques. En outre, la jurisprudence relative à la protection de l'auteur de l'expression doit être appliquée dans les cas d'expression artistique. Cependant, il ne semble pas possible que la Cour développe une jurisprudence relative aux obligations positives en matière de soutien financier pour l'art et les artistes.

Pour conclure, malgré les incohérences et les échecs antérieurs, la Cour saisit le *modus operandi* de l'art plus précisément et offre une meilleure protection pour l'art.

ABSTRACT

It is difficult to define what art is. The moment when law meets art becomes a challenge for law, as it requires precision and foreseeability. Thus, freedom of artistic expression, as it is studied under freedom of expression for the purposes of human rights law, corresponds to an area of liberty that is hard to define the contours.

The European Convention on Human Rights does not contain an article relating to the protection of the arts. Art is protected within the scope of the freedom of expression according to the established case law of the European Court of Human Rights since *Müller and others v. Switzerland* judgment.

Therefore, in order to focus on freedom of artistic expression, which is the subject of this dissertation, we should make a definition of the art. Many philosophers have developed theories to define art throughout the history. Some of these theories were influenced by aesthetics and art was defined with reference to the notion of “beauty”. This understanding is rooted in the Kantian approach to beauty and the aesthetics. In addition, there have been some theories which put forward that art is an expression of feelings or that a significant form is what makes art distinct from other types of expression. However, it does not seem possible to define art with such an approach as art has transformed by challenging the traditional understanding of aesthetics since 19th century.

This understanding of arts contains the ready-made of Duchamp, performance arts and paintings of Picasso at the same time. In this vein, some sociological and historical definitions have been developed. George Dickie and Arthur Danto defined art with a sociological approach on the basis of the notion of “artworld”. Jerold Levinson has developed a historical approach and contained in his definition both the historical transformation of the art and the intention to create an artistic piece.

It seems difficult to apply these definitions legally. German Constitutional Court preferred accepting a criteria rather than defining art. The Court relies on this criteria and determines the scope of the constitutional provision regarding the protection of the artistic freedom. According to this criteria, if the observations, impressions and experiences of its creator becomes apparent by a free and creative activity, the constitutional protection of artistic freedom is applied in the case. It is possible to adjust this criteria with today’s understanding of art by adding the creator’s intention to make art. However, it must be emphasized that this is not a definition but only a suggestion of criteria.

European Court of Human Rights avoids defining art, as there is no article protecting specifically artistic freedom. However, in the *Tatár ve Fáber v. Hungary* judgment, the Court came across an example of performance art and it has taken

intention of the applicants to create an art work into account, even though its effect to the reasoning was limited .

Because of the limited precision that the definition of art provides, the function and qualities of art becomes more important so that the reason why art should be protected legally can be understood fully. Art is worth a legal protection not only for general justifications related to freedom of expression but also for its own specific features. Art is a medium for expressing feelings and emotions that can not be expressed in any other way. In addition, as Aristotle's *mimesis* shows us, art can be perceived as a reflection of society. Therefore, the role that art plays in both individual and social life may provide sufficient basis for its legal protection.

Frankfurt School's approach to art may provide a foundation to the legal protection of artistic expression. According to philosophers of Frankfurt School, it is possible to perceive art as a medium to imagine liberty and to create a world in which the problems of this world does not exist. This is the reason why art is indispensable to create a world where we can imagine liberty.

As European Court of Human Rights protects art within the scope of freedom of expression, its approach to art is highly influenced by general justifications of freedom of expression. According to the Court, freedom of expression is a necessity for the existence of democracy. However, if this approach is applied to the justification of artistic expression, it may not provide a reasonable protection of artistic expression.

The scope of the freedom of artistic expression must be determined so that we could examine if the protection provided by the Court fits to the qualities of the art. First, the relation between freedom of arts and freedom of artistic expression needs to be discussed. Freedom of arts is a cultural right. Cultural rights is a new category of rights and it is hard to define. United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights may be a starting point for this definition. Cultural rights protect a lot more than freedom of arts yet they still provide protection for artistic creation.

The scope of the freedom of artistic expression is identical with the freedom of art. This is only possible by a wide interpretation of the scope. Alexy's approach, which defends a wide interpretation of the scope is also compatible with the Convention and the approach of the Court. In this vein, the protection of the art within the scope of freedom of expression may be interpreted to contain the creation process, its effect in the outer world as well as positive obligations to protect and promote art.

Protecting art by the means of freedom of artistic expression provides some benefits too. The fact that freedom of expression is a first generation right and that there is a solid case law regarding this freedom allows individuals to have a more effective protection. In addition, European Court of Human Rights extends the protection of artistic expression to expressions which are not work of art but may be considered as artistic.

The scope of the freedom of artistic expression may be examined firstly by focusing on the people who are protected by this freedom. The Court draws a very wide scope for the people who creates and who participates into the diffusion of

these works. Directors, actors, painters, writers, editors, associations who organizes film screenings etc. may benefit from the protection of this right. *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, a recent decision by the Court, also extend this protection significantly to the people who participate to the sharing of art works online. Finally, the interlocutor of these artistic creations also benefits from this protection.

Other limits to the freedom of expression may be presented under two categories. Firstly, there may be formal limits. The difference between expression and conduct may be the reason of this limit. This limit is problematic especially because of the performance art. However, the Court's approach is generally favorable. It uses some criteria, even though they are not very precise, and it interprets the notion of expression quite widely. When the Court comes across with a case in which there is a performance art, it is important for the case law that the Court recognizes the artistic nature of the expression.

Another limit is article 17 of the European Convention on Human Rights. This article, which sets the abuse of the right as a limit of Convention's protection, is used to exclude the hate speech and racist expressions from the scope of the article 10 of the Convention. The effect of this provision on artistic expression is that artistic creations which deny the existence of the Holocaust and contain hate speech do not fall within the scope of article 10 of the Convention regardless of its artistic nature.

Finally, the restrictions imposed on the freedom of artistic expression under the case law of the European Court of Human Rights will be examined. The key concept of this restrictions' regime is the margin of appreciation. As an international jurisdiction, the Court tries to maintain a balance between the sovereignty of the States and the protection of human rights by applying the margin of appreciation doctrine. This doctrine is frequently used in judgments and decisions related to the freedom of artistic expression

Regarding the restrictions imposed on the freedom of artistic expression, the Court holds the margin of appreciation narrow for the expressions within the political context or the expressions in conflict with the personality rights of others. Artistic expression is protected more because of its limited effect especially in the cases about incitement to violence. In addition, the Court takes into account the fact that art is mostly an expression of emotions. However, the Court prefers not to use this criteria in certain circumstances. Expressions which may be perceived as a direct glorification of terrorism do not benefit from this protection especially if they are published in a mass media outlet. Sometimes, the Court does not need to resort to this criteria as the expression does not incite to violence in the first place. When the artistic expression enters into conflict with the personality rights, the Court provides two protection within the scope of the freedom of artistic expression. The first one is the protection that it provides to the satire. According to the established case law of the Court since the *Vereinigung Bildender Künstler* judgment, satire is a social and artistic commentary which contains exaggeration and the restrictions on satire should be examined carefully. Thus, the Court attributes a special status to satire. Another protection concerns the works of fiction. When the Court examines the attributability of defamatory words used in fiction to real people, it provides a certain protection to the fiction. However, if the ties between the real life and the fiction increase, the protection related to the fiction diminishes.

Another right that enters into conflict with freedom of artistic expression is right to property. This right is related to artistic expression mostly because of the intellectual property rights. Development of technology and the fact that art becomes a commodity increases the instances in which these two rights get into conflict. Member states enjoy a wide margin of appreciation for balancing these two rights. As there are very few judgments on this issue, it is hard to arrive a definitive conclusion. In addition, it may be necessary to balance freedom of artistic expression and right to property or aesthetics in public space. Again, the margin is wide in both cases. Finally, the criteria in Appleby case should also be applicable in freedom of artistic expression cases.

Finally, there is a gap in the case law regarding positive obligations. The horizontal effect of the right is also valid for artistic expressions. In addition, the case law related to the protection of the author of the expression must be applied in artistic expression cases. However, it does not seem possible that the Court develops a case law on positive obligations regarding financial support for the art and the artists.

To conclude, despite earlier inconsistencies and failures, the Court captures the *modus operandi* of art more accurately and provides a better protection for the art.

ÖZET

Sanat tanımlanması oldukça zor bir kavramdır. Hukukun sanat ile karşı karşıya geldiği noktalar ise, hukukun belirlilik ihtiyacı nedeniyle hukukun sanat ile imtihan edildiği anlar haline gelebilmektedir. İnsan hakları hukukunda ifade özgürlüğü kapsamında ele alınan sanatsal ifade özgürlüğü de bu nedenle tanımlanması zor bir özgürlük alanına işaret etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de sanata dair ayrı bir düzenleme içermemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Müller ve diğerleri/İsviçre kararından beri yerleşmiş içtihadı uyarınca sanatsal ifade, ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır.

O halde bu çalışmanın konusu olan sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin bir değerlendirme yapabilmek adına öncelikle sanatın ne olduğuna dair bir tanım yapılması gerekmektedir. Tarih boyunca sanatın nasıl tanımlanacağına dair birçok teori ortaya atılmıştır. Bunların bir kısmı estetikten yoğun biçimde etkilenmiş, sanatı güzellik kavramı ile tanımlamaya çalışmıştır. Bu anlayışın kökeninde Immanuel Kant'ın güzellik ve estetik anlayışı vardır. Bunun yanında sanatın duyguların ifadesi olduğunu veya belirli bir formun sanatın ayırt edici özelliği olduğu yine ileri sürülen teoriler arasındadır. Fakat sanatın sadece bu yolla tanımlanması mümkün görünmemektedir. Zira sanat 19. yüzyıldan itibaren klasik estetik anlayışına meydan okuyarak değişmiştir.

Bu sanat anlayışı Duchamp'ın hazır nesnelere de performans sanatını da Picasso'nun tablolarını da kapsamaktadır. Bu doğrultuda sosyolojik ve tarihsel bazı teoriler geliştirilmiştir. George Dickie et Arthur Danto sanat dünyası kavramına dayanarak sanatı sosyolojik bir yaklaşımla tanımlamışlardır. Jerold Levinson ise tarihsel bir yaklaşım getirerek hem sanat kavramının tarihsel değişimini kapsayan hem de sanatı yaratmanın sanat yaratma niyetini dikkate alan bir tanım geliştirmiştir.

Bu tür tanımları hukuken benimsemek zor görünmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi de sanatı tanımlamak yerine genel bir kriter benimsemiştir. Mahkeme bu kritere dayanarak sanat özgürlüğüne ilişkin anayasa maddesinin uygulama alanını belirlemektedir. Buna göre, eğer yaratıcısının izlenimleri, gözlemleri ve deneyimleri, özgür ve yaratıcı bir eylemle doğrudan görünür hale geliyorsa sanat özgürlüğüne ilişkin koruma uygulanabilmektedir. Kanaatimizce bu kritere aynı zamanda kişinin sanat eseri oluşturma niyeti eklenirse, bu durumda günümüz sanat anlayışını yansıtan bir kriter oluşacaktır. Fakat belirtelim ki bu bir sanat tanımı değil, sadece bir kriter önerisidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sanata özel bir özgürlük tanımlanmış olmadığından bir sanat tanımı yapmaktan kaçınmaktadır. Fakat Mahkemenin performans sanatının bir örneği ile karşı karşıya

kaldığı *Tatár ve Fáber/Macaristan* kararında Mahkeme başvuruçuların sanatsal yaratım iradesini sınırlı da olsa dikkate almıştır.

Sanatı tanımlamanın verdiği bu kısıtlı belirlilik nedeniyle sanatsal ifadenin ne olduğu kadar sanatın neden hukuken korunması gerektiği önem kazanmaktadır. Bu sebeple sanatın niteliklerini incelemek gerekir. Sanat genel ifade özgürlüğüne ilişkin gerekçelerin yanında aynı zamanda kendine özgü nitelikleriyle de önemlidir. Sanatın kişilerin başka yollarla ifade edemedikleri duyguların ifadesi için bir mecra olduğu söylenebilir. Bunun yanında Aristo'nun mimemis kavramından hareketle, sanat toplumun aynası olarak da görülmektedir. Dolayısıyla sanatın hem bireysel hem de toplumsal hayat açısından oynadığı işlev onu hukuken korunan bir özgürlük haline getirmek için yeterli olabilir.

Frankfurt Okulu'nun sanata bakış açısı bu açıdan sanata has bir nitelik bulmak için bir temel oluşturabilmektedir. Sanatın özerkliğinden yola çıkarak sanatın özgürlüğü hayal etmek, var olan dünyanın yanlışlarının olmadığı bir dünya yaratmak için alternatif bir başlangıç noktası olarak görmek mümkündür Frankfurt Okulu'nun düşünürlerine göre. İşte bu nedenle sanat, özgürlüğü hayal edebildiğimiz bir dünya yaratmak için vazgeçilmezdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise sanatı ifade özgürlüğü kapsamında koruduğundan sanata öncelikle ifade özgürlüğünün genel gerekçeleri üzerinden yaklaşmaktadır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü öncelikle demokrasi için büyük önem arz eder. İfade özgürlüğü gerçekten de demokrasinin var olması için şarttır. Ancak sanat için demokratik toplumdaki önem gerekçesi sanatın bireysel yönüne az önem vermesi nedeniyle sanat içinde yeterince makul bir koruma sağlayamaz.

Sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi bu özgürlüğün sanata tanıdığı korumanın yukarıda açıkladığımız üzere sanatın niteliklerine uygun olup olmadığının için değerlendirilmesi şarttır. Bunun için öncelikle sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğünün ilişkisinin belirlenmesi gerekir. Sanat özgürlüğü kültürel bir hak olarak tanımlanmaktadır. Kültürel haklar yeni ortaya çıkmış bir kategori olarak tanımlı zor bir kategoridir. Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesi kültürel hakları tanımlamada bir başlangıç noktası olabilir. Kültürel haklar sanat özgürlüğünü aşıya da onu kapsarlar.

Sanatsal ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki kapsamı ise sanat özgürlüğü ile ortaktır. Bu kapsamın geniş yorumu ile mümkündür. Kapsamın geniş yorumlanmasını savunan Alexy'nin görüşü Sözleşme'nin sistematığına de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımına da uygundur. Bu doğrultuda sanatın ifade özgürlüğü kapsamında korunması hem sanatın yaratım sürecini, hem etki alanını hem de sanata ilişkin pozitif yükümlülükleri de kapsayacak biçimde yorumlanabilir.

Sanatın sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında korunması bazı faydalar da sağlamaktadır. İfade özgürlüğünün hakkında birçok karar bulunan ve pratiği oturmuş bir birinci kuşak hakkı olması korumanın daha etkili olmasını sağlamaktadır. Aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sanatsal ifadeye tanıdığı bu korumayı bazen sanat eserlerinin dışında da kullanabilmektedir.

Sanatsal ifade özgürlüğünün Mahkeme içtihadındaki kapsamı ise öncelikle kişi bakımından incelenebilir. Sanatın yaratıcısı ve yayımına katılan kişiler açısından Mahkeme oldukça geniş bir kapsam belirlemektedir. Yönetmenler, oyuncular, ressamalar, yazarlar, kitap editörleri, film gösterimi yapan dernekler vb. herkes sanatsal ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabilmektedir. Mahkemenin yakın tarihli kararlarından Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç ise internet ortamında sanatsal içerikteki eserlerin paylaşımına katkıda bulunan kişileri de koruma kapsamına dahil ettiğinden önemlidir. Son olarak bu eserleri muhatapları da bu korumadan faydalanmaktadır.

Konu bakımından getirilecek sınırlar ise iki şekilde görülebilir. Bunlardan ilki biçimsel sınırdan kaynaklanır. İfade ile eylem arasındaki farklılık ifade özgürlüğü için bir sınır olabilir. Sanatsal ifade özgürlüğü açısından bu durum özellikle performans sanatı açısından sorun yaratır. Fakat Mahkemenin bu konuya yaklaşımı genel olarak olumludur. İfade ve eylem arasındaki zıtlığı aşmak üzere belirsiz de olsa bazı kriterler kullanmakta ve ifade kavramını geniş yorumlamaktadır. Mahkemenin performans sanatının bir örneği ile karşı karşıya kalması durumunda ifadenin sanatsallığına daha ağırlık vermesi sanatın işleyişine uygun bir koruma sağlamak için önemlidir.

Bir diğer sınır ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesidir. Hakkın kötüye kullanılmasını bir sınır olarak belirleyen bu madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamasında başta Yahudi soykırımını inkar edenler olmak üzere nefret söylemlerini ve ırkçı ifadeleri ifade özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarmak için kullanılmaktadır. Bunun sanatsal ifadeye etkisi ise nefret söylemi içeren ve Yahudi soykırımına ilişkin inkâr içeren ifadeleri sanatsal nitelikte olsa dahi maddenin koruması kapsamı dışında bırakmak olmuştur.

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında getirilen sınırlama rejimi incelenecektir. Bu rejimin en temel kavramı takdir marjı kavramıdır. Uluslararası bir yargı organı olan Mahkeme, devletlerin egemenliği ile hakların korunması arasından bir denge kurabilmek adına takdir marjı doktrinini geliştirmiştir. Bu doktrin sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarda sıkça kullanılmaktadır.

Sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlanmasında Mahkeme siyasi bağlamda ve kişilik hakları ile dengelemede devletlerin takdir marjını kısıtlı tutmaktadır. Siyasi bağlamda sanatsal ifade, özellikle şiddete teşvikle ilgili olarak yarattığı sınırlı etki nedeniyle daha fazla korunmaktadır. Bunun yanında sanatsal ifadenin duyguları dışı vurma amacı da dikkate alınmaktadır. Ancak Mahkeme bazı durumlarda bu sınırlı etki ölçütüne başvurmamaktadır. Doğrudan terör övgüsü olarak algılanabilecek ifadeler özellikle kitle iletişim araçlarıyla paylaşıldığında bu etki bertaraf olmaktadır. Bazen Mahkeme sanatsal ifadede şiddete teşvik olarak görülebilecek hiçbir unsur görmediğinde de yine bu sınırlı etki ölçütünü kullanmayabilmektedir.

Sanatsal ifade kişilik hakları ile çatışmaya girdiği zaman ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında iki farklı koruma sağlamaktadır. Bunlardan ilki Mahkemenin hicve sağladığı korumadır. Vereinigung Bildender Künstler kararından beri yerleşmiş olan Mahkeme içtihadına göre hiciv abartı içeren bir sanatsal bir sosyal yorum yöntemidir ve buna yapılan müdahaleler daha sıkı denetlenmelidir. Bu kapsamda Mahkeme hicve özel bir statü atfetmiş ve

koruma altına almıştır. Bir diğer koruma ise kurmacaya ilişkin korumadır. Mahkeme kurmaca kapsamında söylenen sözlerin gerçek hayattaki bir kişiye atfedilebilirliğini incelemiştir ve kurmacaya belli derecede bir koruyucu statü sağlamıştır. Fakat, Mahkemeye göre kurmacanın gerçekle olan bağı arttıkça, sanatsal ifadeye tanınan koruma azalmaktadır.

Mahkemenin takdir marjını geniş tuttuğu kararlara gelince bunların içinde öncelikle ahlakın ve dini değerlerin korunmasına ilişkin olanlar dikkat çekmektedir. Mahkeme için ahlak veya dini değerlerin korunmasında üye devletler arasında bir oйдаşma yoktur. Bu nedenle devletlere tanınan takdir marjı geniştir. Bu yaklaşım sanatın toplumsal değerlere meydan okuyan yaklaşımını anlamakta yetersizdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belli bir ahlak veya din anlayışı dayatmamaktadır. Fakat Mahkemenin bu alanda kendine koyduğu sınırlar aslında devletlerin paternalist bir yaklaşım benimsemelerini mümkün kılmaktadır. Fakat Mahkeme son zamanlarda bu yaklaşımına bazı sınırlar getirmektedir. Bunlardan ilki Akdaş kararında görülmüştür. Mahkeme bu kararda “Avrupa edebi mirası” kavramını kullanmış ve kültüre erişim hakkını andıran bir yaklaşım benimsemiş, bu miras kapsamında kalan eserlere erişimin engellenmesinin adeta hakkın özüne dokunduğuna karar vermiştir. Bir diğer değişim sinyali ise Kaos GL kararındadır. Bu kararda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sınırlama ahlakın korunmasına ilişkin olsa dahi eski kararlarından farklı bir yöntem izlemiştir. Mahkeme bu kararda ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapmış. Her ne kadar açıkça belirtmemiş olsa da aslında takdir marjını dar tutmuştur.

Sanatsal ifade özgürlüğünün çatışmaya girdiği bir diğer hak ise mülkiyet hakkıdır. Bu hakkın sanatsal ifadeyle en çok ilgili olan boyutu şüphesiz ki fikri mülkiyettir. Fikri mülkiyet hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğü giderek daha fazla karşı karşıya gelmektedir. Bunun sebebi sanatın ekonomik bir değer haline gelmesi ve internetin sağladığı imkanlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise sanatsal ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyetin dengelenmesi konusunda devletlere geniş bir takdir marjı tanımıştır. Mahkemenin bu konuda verdiği kararların azlığı kesin bir yargıya ulaşmamızı engellemektedir. Bunun dışında sanatsal ifade özgürlüğü doğrudan mülkiyet hakkı ile veya kamusal estetikle de çatışabilir. Mahkeme bu iki kapsamda da takdir marjını geniş tutmaktadır. Ayrıca, Mahkemenin kamuya açık özel mülkiyetin ifade özgürlüğü için kullanımında Appleby kararı ile getirdiği kriterlerin ise sanatsal ifade özgürlüğü için de geçerli olduğunu kabul etmemiz gerekir.

Son olarak, pozitif yükümlülükler hakkında ise içtihatla bir boşluk vardır. Mahkemenin ifade özgürlüğü için tanıdığı yatay etki sanatsal ifade özgürlüğü için de elbette geçerlidir. Bunun yanında ifade sahibinin korunmasına yönelik içtihat da sanatsal ifade özgürlüğü için uygulama bulacaktır. Ancak sanatın desteklenmesi veya korunmasına ilişkin bir pozitif yükümlülüğün Mahkeme tarafında geliştirilmesi yakın gelecekte mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak, Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğü ile sanata tanıdığı koruma bazı eksiklikler barındırsa da giderek genişlemekte ve Mahkeme sanatın gereklerine giderek daha duyarlı hale gelmektedir.

GİRİŞ

“Bilimin, sanat aşkını neşteri altına yatırarak hazzı öldürebilmesine ve anlatmaya gücü yeterken duyguyu iletmekte yetersiz kalmasına yönelik bir korku (...) meşru olabilir.”¹ diyor Pierre Bourdieu. Gerçekten de sanatın dışında kalarak sanata dair bir söz söylemek isteyen her araştırmacının karşı karşıya kaldığı en ciddi korkunun bu olduğu söylenebilir. Çünkü bir araştırmacının ulaşmaya çalıştığı belirliliğin aksine, Tolstoy’un ressam Bryullov’a atfettiği sözde özlü bir biçimde söylendiği gibi, “Sanat, işte tam da o belli belirsizin, hayal meyalın başladığı yerde başlar.”²

Araştırmanın alanı hukuk, hele ki insan hakları ve anayasa hukuku olunca bu endişe daha da büyüyor. Çünkü anayasacılığın vazgeçilmez bir parçası olan hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararlarında belirttiği gibi belirlilik ilkesini de içeriyor³. Aynı şekilde insan hakları hukukuna ve bu araştırmanın özelinde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatlarına baktığımızda sınırlanabilir haklardan olan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin de kanunen öngörülmesi gerektiğini görüyoruz. Bu unsur da ifade özgürlüğüne yapılacak bir “müdahalenin öngörülebilir ve belirlenebilir olması”nı gerektiriyor⁴. Nitekim, sanatsal ifade özgürlüğünü ve dolayısıyla onun sınırlanabilirliğini de tartışacak olan bu araştırma, bir hukuk tezi olarak bu belirlilik ihtiyacından muaf değil.

Oysa sanat, gerçekten de daha tanımından başlayarak insanı belirsizlikle imtihan ediyor. Sanatın kelime tanımına baktığımızda, TDK Türkçe Sözlük “bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu

¹ Pierre Bourdieu, **Les règles de l’art**, Paris : Éditions du Seuil, Ocak 2015, s. 13.

² Lev Nikolayeviç Tolstoy, **Sanat Nedir?**, Çev. Mazlum Beyhan, İstanbul : Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Eylül 2007, s. 136.

³ AYM, E.2005/5, K. 2008/93, K. T. 17.04.2008.

⁴ AİHM, Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1) (6538/74), 24.04.1979, p. 49.

anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık.”⁵ tanımını veriyor. Bu tanımdan yola çıkarak “Ben üzgünüm” derken kullanılan dilin başlı başına sanat olduğu sonucuna ulaşmamız mümkün olsa da bu ifadenin kendi başına sanatlı olduğunu iddia etmek elbette ki mümkün değil. Tanımın ikinci kısmında alternatif olarak sunulan “üstün yaratıcılık” ifadesi ise sanatın tanımının belirsizleştiği noktalardan birini ifade ediyor. Üstün yaratıcılık vurgusu, günlük hayatımızda kullandıklarımızı aşan bir ifade biçimine ve yine bu ifade biçimini ortaya çıkaracak bir yaratıcı güce işaret ediyor. Fakat bir yaratının ne zaman sanat sayılacağı noktaya ulaştığını söylemek başlı başına büyük bir soru.

Ayrıntılı olarak ele alınmasını tezin ilk bölümüne bıraktığımız bu soruyu cevaplamadan önce bir belirlilik getirmek adına en azından sanatın türlerini genel olarak belirlemek faydalı olacaktır. En basit yaklaşımla sanatın yedi dalı olduğu söylenebilir: resim, heykel, mimari, müzik, edebiyat, tiyatro ve sinema⁶. Ancak bu tipolojinin var olan tek tipoloji olduğunu da söylemek mümkün değildir. Zira görüldüğü üzere böyle bir sınıflandırma opera gibi karma bazı sanatları kategori dışında bırakmaktadır. Sanat türlerini zamansal ve mekânsal bir sınıflandırmayla; mekânsal yani görsel sanatlar (resim, heykel, mimarlık vb.), zamansal yani işitsel sanatlar (edebiyat, müzik) ve karma nitelikteki, hem zamansal hem mekânsal sanatlar (tiyatro, dans, opera) olarak ayırmak da mümkündür⁷. Bir başka ayırım, müzik, biçimleyici sanatlar (resim, heykel, mimarlık), edebiyat (şiir, hikaye/roman, piyes), sahne sanatları (dans ve bale, mim sanatı, tiyatro, opera/operet) ve görüntü sanatları (karikatür, perde sanatları, sinema) şeklinde yapılabilir⁸. Görüldüğü üzere sanatın kendi tanımı kadar, türlerine ilişkin de oturmuş bir sınıflandırmadan bahsetmek mümkün değildir. Yine de bu sınıflandırmaların hepsi aşağı yukarı en başta geçen bu yedi ana dalı kapsamakta, sadece alt türler olarak başka türleri de ayrıca belirtmektedir. Ancak bu sınıflandırmaya girmemiş olan, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaygınlaşan performans sanatı ve bilgisayar teknolojilerinin

⁵ Türk Dil Kurumu, “Sanat” Başlığı, **TDK Büyük Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.598d8485687788.91990505 (Erişim tarihi : 11.08.2017)

⁶ Ahmet Şişman, **Sanata ve Sanat Kavramlarına Giriş**, İstanbul: Yaz Yayınları, 2006, s. 16-32’den aktaran Vesile Setenay Ersoy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi- İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı), İstanbul, Ağustos 2010, s. 4.

⁷ Nejat Bozkurt, **Sanat ve Estetik Kuramları**, 11. Basım, Bursa: Sentez Yayıncılık, Mayıs 2014, s. 22.

⁸ Ömer Naci Soykan, **Estetik ve Sanat Felsefesi**, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, Ocak 2015, s. 229-375.

ortaya çıkmasıyla birlikte değişen yaratım teknikleri, yeni sanat türlerinin de doğmasının mümkün olduğunu göstermektedir⁹. Bu çalışmanın kapsamında ise yedi ana sanat dalı dışında, karikatür, dans ve bale, opera ve performans sanatı da bir sanat türü olarak değerlendirilecektir.

Hukukun sanat karşısında nasıl bir tanımlama yöntemi belirleyeceği sorununun yanında hukukun kendi terminolojisini de belirlemek gerekiyor. Bu çalışmanın adından da anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanata ilişkin korumayı ifade özgürlüğü üzerinden geliştirdiğini görüyoruz¹⁰. Peşinen söylemek gerekir ki bu çalışma özelinde sanatsal ifade özgürlüğü teriminin tercih edilmesinin temel sebebi de Sözleşme'nin ve Mahkemenin sanata ilişkin koruma alanını ifade özgürlüğü üzerinden geliştirmiş olmasıdır. Çalışmanın konusu da sanatsal ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ışığında incelenmesiyle sınırlı olduğundan böylesi bir terminolojinin en tutarlı terminoloji olduğunu düşünüyoruz.

Ama şüphesiz ki sanatı, ifade özgürlüğünün kapsamı dışında başlı başına bir özgürlük alanı olarak da görmek mümkün. Nitekim 1982 Anayasası'nın benimsediği yöntemin de bu olduğunu görüyoruz. Anayasa'nın 27. maddesi sanat özgürlüğünü, bilim özgürlüğüyle birlikte fakat düşünceyi açıklama özgürlüğünden ayrı olarak koruma altına alıyor. Karşılaştırmalı hukuk açısından baktığımızda da örneğin İsviçre Anayasası'nın 21. maddesinde sanat özgürlüğü ayrı bir özgürlük olarak tanımlanıyor. Almanya ve İspanya'nın Anayasalarında ise sanat ve bilim özgürlüğü, ifade özgürlüğüne ilişkin bir madde altında düzenlenmekle birlikte, ayrı bir fıkrada yer alıyor. Dolayısıyla, bu anayasaların sanat için ifade özgürlüğünden ayrı bir koruma alanının tanınmasına olanak sağladığını söylemek mümkün. Zaten Alman Anayasa Mahkemesinin yorumu da sanat özgürlüğünü ayrı bir özgürlük olarak tanımlamak yönünde şekilleniyor¹¹. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Belçika'da ve Fransa'da ise anayasalar sanata dair ayrı bir düzenleme

⁹ Bozkurt, **op. cit.**, s. 23.

¹⁰ AİHM, Müller ve diğerleri/İsviçre (10737/84), 24.05.1988, p. 27.

¹¹ Bilge Bingöl, "Sanat Özgürlüğü", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2011, s. 133.

içermiyor; ancak uygulamada tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı üzere sanat, ifade özgürlüğü kapsamında korunuyor¹².

Uluslararası hukuk belgelerinde de sanata ilişkin düzenlemeler değişiklik gösteriyor. Bölgesel bir insan hakları koruma mekanizması olan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de tıpkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi sanatı açıkça korumaya almadığını, Mahkemenin ise Sözleşme'nin 13. maddesindeki ifade özgürlüğü hükmünü sanatsal ifadeyi kapsayacak biçimde yorumladığını tespit edebiliyoruz¹³. Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü koruyan 19. maddesinde ise sanatın bu kapsamda korunacağı ayrıca belirtiliyor ve Sözleşme'nin yorumunda da sanatsal ifadenin çeşitli biçimlerinin, farklı aracı mecralardaki paylaşımları dahil olmak üzere bu hükmün koruması altında olduğu ifade ediliyor¹⁴. Ancak bu hüküm de sanatı ayrı bir rejime tabii tutmayı sadece ifade özgürlüğünün kapsamına açıkça almakla yetiniyor¹⁵. BM Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesi ise, ifade özgürlüğü ile sanata dair korumayı yakın tutan bu sistematığın önemli bir istisnasını teşkil ediyor. Çünkü Sözleşme, sanatı kültürün bir parçası olarak, kültürel yaşama katılma ve kişinin yarattığı bilimsel, edebi veya sanatsal üründen doğan maddi ve manevi çıkarların korunmasından yararlanma hakkı kapsamında ayrıca koruma altına alıyor¹⁶.

Sanata dair özgürlük düzenlemelerinin nasıl ortaya çıktığına bakacak olursak sanat özgürlüğünü, yine bilim özgürlüğüyle birlikte, düzenleyen ilk anayasanın 1919 Weimar Anayasası olduğunu görüyoruz. Bu Anayasa'nın 142. maddesindeki hüküm, sanatsal ifadeye serbesti tanımının ötesinde devlete de sanatı ve bilimi geliştirme ödevi yüklüyor¹⁷. Türk hukukunda ise 1982 Anayasası'ndan önce ilk defa 1961 Anayasası'nın 21. maddesinde sanat özgürlüğü yine bilim özgürlüğüyle ortak olarak sanat ve bilim özgürlüğü adı altında ayrı bir özgürlük olarak düzenleniyor.

¹² Simina Tanasescu, "Artistic Freedom and Its Limitations", **Romanian Journal of Comparative Law**, C. 2, S. 1, 2011, s. 15.

¹³ Ersoy, **op. cit.**, s. 79.

¹⁴ Aslı Topukçu, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan), C. 1, S. 1, 2014, s. 565.

¹⁵ Tanasescu, **op. cit.**, s. 19.

¹⁶ Topukçu, **op. cit.**, s. 565.

¹⁷ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, İstanbul: BDS Yayınları, 3. Basım, 1994, s. 90.

Peki sanata ilişkin böyle bir ayrı koruma ihtiyacı nereden kaynaklanıyor? Tarihsel olarak Almanya ve İtalya’da İkinci Dünya Savaşı öncesinde devletin sanata uyguladığı baskı ve sanatı bir propaganda aracından ibaret görmesi bu ayrı koruma alanının yaygınlaşmasına şüphesiz ki katkıda bulunmuştur¹⁸. Tanör’ün belirttiği üzere hukuki olarak da, sanatın genellikle daha üstün bir fikir açıklama biçimi olduğundan hareketle; ifade özgürlüğünden daha farklı, kendi gereklerine uygun, sınırlamanın daha istisnai olduğu bir hukuki rejim benimsemenin daha yerinde olduğu düşünülmüştür¹⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise belirttiğimiz üzere, sanata ayrı bir koruma maddesi tahsis etmediğine göre, sanatın Sözleşme tarafından nasıl korunduğu ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından anlaşılabilir. İşte bu nedenle sanatsal ifade özgürlüğünün Sözleşme’deki korunma rejimini belirlerken yol göstericimiz Sözleşme’nin 10. maddesinden çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıdır. Dolayısıyla, bu durumun dayattığı bazı metodolojik sonuçlar da olacak ve sanatsal ifade özgürlüğünün konusunun, kapsamının ve sınırlama rejiminin tespiti için Sözleşme’nin 10. maddesinden çok, Mahkemenin bu maddeyi nasıl yorumladığına odaklanmamız gerekecektir. Ancak sanatsal ifade özgürlüğüne sağlanan koruma Mahkemece genişletilmiş olsa bile, bu korumayı sağlayan normun Sözleşme’nin 10. maddesinden türetildiğini de unutmamak gerekir. Bu çerçevede, bu maddenin sanatsal ifade için sağlayabileceği korumaya Mahkemeden farklı şekillerde yaklaşıp yaklaşamayacağı hususuna da elbette yer verilecektir. Ancak konu sınırı itibariyle, sadece Mahkemenin sanatsal ifade özelinde karşılaştığı sorunlara dair bir değerlendirme yapılacaktır. Mahkemenin gündemine taşınmamış olan ancak Türk hukukunda sanatsal ifadeyle ilgili olarak gündeme gelmiş meseleler de yine çalışma kapsamının kural olarak dışında kalmaktadır. Türk hukukundaki – veya bazı durumlarda yabancı devletlerin hukuklarındaki – uygulamalara Mahkeme içtihadıyla ilişkili olduğu ve AİHM kararlarının yorumuna doğrudan katkı sağladığı ölçüde yer verilecektir.

Bu konuya Mahkemenin içtihadı ışığında yaklaşmak, Mahkemenin hak ve özgürlüklere ilişkin benimsediği teorik yaklaşımın da bu çalışma kapsamında genel

¹⁸ Bingöl, **op. cit.**, s. 117.

¹⁹ Tanör, **op. cit.**, s. 90-91.

olarak benimsendiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin, bu çalışma özelinde ise ifade özgürlüğünün, devlete sadece müdahaleden kaçınma biçiminde bir negatif yükümlülük yüklediği yönündeki bir görüşü kabul etmemiz mümkün olamaz. İfade özgürlüğü kapsamında sanatsal ifade özgürlüğü için de devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri olabilir²⁰. Aynı şekilde, bu hakkın sadece dikey etkiyle sınırlı olarak yorumlanamayacağını, Mahkemenin de kabul ettiği üzere²¹ bireyler arası ilişkileri de kapsayan yatay etkisinin de mevcudiyetini kabul etmekteyiz. Bu doğrultuda bu özgürlük, sadece bir özgürlük değil, bir haktır ve sadece kişilere serbest bırakılan bir alanı ifade etmez, hakkın koruduğu menfaatleri devletten ve üçüncü kişilerden talep edebilme yetkisi de verir²².

İfade özgürlüğünün ülkemizde giderek daha çok tartışılan bir konu haline geldiği açıktır. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün nispeten daha az çalışılan bu alanında bir inceleme yapmak ve bu incelemeyi bireysel başvuru ile birlikte Türk anayasa hukukunda uygulaması daha da genişlemiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında gerçekleştirmek sanatın hukuki korumasını netleştirebilmek için de gereklidir. Ancak burada sorulması gereken soru sanata ilişkin açıkça özel bir koruma getirmemiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, AİHM'nin yorumu ışığında sanatın özgür kılınması için yeterli bir koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Bu sorunun cevabını bulabilmek için ise, üç aşamalı bir inceleme yapılacaktır. Öncelikle sanatsal ifade özgürlüğünün temel kavramı olan sanat ve sanatın neden bir özgürlüğün konusu olması gerektiği incelenecektir (I). Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün konusunu ve kapsamını nasıl belirlediğinin; sanatsal ifadenin de bunun içinde nerede durduğunun ortaya konması gerekir (II). Son olarak da sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlandırılma rejimini açıklığa kavuşturup sanata ilişkin korumanın kapsamının belirlenmesi ve değerlendirilmesi mümkün olacaktır (III).

²⁰ David J. Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley/ Colin Warbick/ Ursula Kilkelly/ Peter Cumper/ Yutaka Arai/ Heather Green, **Harris&O'Boyle & Warbick Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 504-505.

²¹ Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, Oxford/ New York: University Press, 2011, s. 379.

²² Şule Özsoy, "Türkiye'de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2008, s. 27.

I. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMEL KAVRAMI: SANAT

Sanatsal ifade özgürlüğünün çerçevesini çizebilmek için öncelikle “sanat”ın bir tanımını yapmanın ne derece mümkün olduğunu araştırmak gerektiği açık. Bununla birlikte, sanatın neden hukuken korunmaya değer olduğunu, bir özgürlük alanı olarak tanınmasının gerekçelerini de ortaya koymalıyız. Çünkü bir özgürlüğün konusunu oluşturan kavramın tanımı ancak bu kavramın neden korunması gerektiğine dair felsefi bir gerekçe çizilecek olursa hukuki bir çerçeve tam olarak çizilmiş olur. Sanat için ise bu daha da önemlidir. Çünkü ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere sanat hukuken tanımlanması zor olan bir kavram. Bu nedenle, bir özgürlüğün konusunu oluşturmasında tanımı kadar, neden bir özgürlüğün konusu olması gerektiği de önem arz ediyor. Tanımın yol göstermekte eksik kaldığı noktada eldeki diğer felsefi dayanak sanatın işlevi olabiliyor. Bu nedenle öncelikle bir “sanat” tanımının mümkün olup olmadığı tartışılacak (A), sonra da sanatın nitelikleri ışığında, sanatın korunması için ileri sürülen gerekçeler değerlendirilecektir (B).

A. Tanıma Meydan Okuyan Bir Kavram Olarak Sanat

“Sanat nedir?”. Soru oldukça kısa ve sade olsa da tatmin edici bir cevap bulmak oldukça çetrefilli bir iş. Yukarıda gördüğümüz üzere Türkçe Sözlük bize oldukça muğlak ve ölçüt olarak kullanımı oldukça zor bir tanım sunuyor. O halde sanat kavramını anlamak için sanat felsefesine yönelmemiz ve bu kavrama dair ileri sürülen teorileri kısaca incelememiz gerekiyor ki bu özgürlüğün kapsamını nasıl tanımlayabileceğimize dair bir fikir elde edelim (1). Ardından, hukukun nasıl bir sanat tanımı benimsemesi gerektiğini de ancak bu bilgilerin ışığında tartışmamız mümkün olacaktır. (2)

1. Sanat Felsefesi Işığında Sanat Tanımı Arayışı

Sanatın ne olduğu konusunda elbette yüzyıllardır ileri sürülen fikirler, felsefenin çoğu alanında olduğu üzere Antik Yunan'a kadar izlenebiliyor. Antik Yunan'a baktığımızda sanatın *mimemis* kavramı vasıtasıyla açıklanmaya çalışıldığını görüyoruz²³. Temelde taklit anlamına gelen bu kavram, Antik Yunan Felsefesi'nde "yansıtma kuramı" olarak ifade edilen bir sanat anlayışına temel oluşturuyor. Bu teori, basitçe doğanın ve nesnelere dünyasının sanat için bir model oluşturduğunu ve sanatın da bu modelin bir taklidi olduğunu ileri sürüyor²⁴. Platon *Devlet*'inde sanatçıların toplumdaki yerini tartışırken sanata dair görüşlerini de paylaşmayı ihmal etmiyor. Platon, sanatın görünüş dünyasının, yani mutlak gerçeğe ulaşılan idealar dünyasının değil, bizim yanıltıcı algımıza sunulan dünyanın bir yansıması - kopyanın kopyası - olduğunu ileri sürüyor²⁵. Aristoteles ise sanatın bir yansıma olduğu fikrini ileri sürerken Platon'dan farklı olarak epistemolojisini "idealar dünyası – görüntü dünyası" ikiliği üzerinden geliştirmedeği gibi sanata dair de farklı bir saptama yapıyor. Sanatın basit bir taklit değil, kökeni doğada olsa dahi sanatçının buradan yola çıkarak belli bir harmoniyle oluşturduğu bir yaratım olduğunu anlatıyor²⁶. Aristo'nun *Poetika*'daki ifadesiyle belirtmek gerekirse, "Tarihçi daha çok gerçekte olanı, ozan ise olabilir olanı" anlatmaktadır.²⁷ Platon'un anlayışının aksine Aristo sanatı, doğayı yaratı yoluyla düzelden bir taklit olarak görür. Bu nedenle, Aristo'nun sanatı doğanın üstünde gördüğü de söylenebilir²⁸. Aristo'nun bu anlayışının bizim açımızdan önem teşkil eden noktası, sanatın taklit içtepisi yanında bir hoşlanma hissine de dayandığı²⁹ ve sanatın doğayı aşan üstün bir anlatım değeri ve basit bir taklit olmanın ötesinde, bir biçime bağlı olarak insanın yaratısı sonucunda ortaya çıktığı sonucuna ulaşabilmemizdir.

Antik Yunan Felsefesi'nde gördüğümüz bu sanat anlayışı sanatın niteliklerine dair bir başlangıç noktası oluşturuyor. Ancak bu çağlarda estetiğin ve buna bağlı olarak da sanat felsefesinin bu sırada özerk bir felsefe dalı olduğunu söylemek

²³ Mehmet H. Doğan, **100 Soruda Estetik**, İstanbul: Gerçek Yayınevi, Ocak 1975, s. 143.

²⁴ İsmail Tunalı, **Estetik**, 5. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Ekim 1998, s. 176.

²⁵ Bozkurt, **op. cit.**, s.107 ; Platon, **Devlet**, Çev. Sabahattin Eyüboğlu/ M. Ali Cimcoz, 13. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Mart 2008. s. 335-339.

²⁶ Mehmet H. Doğan, **op. cit.**, s. 178; Aristoteles, **Poetika**, Çev. İsmail Tunalı, 14. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Ekim 2006, s. 11-12.

²⁷ Aristoteles, **op. cit.**, s. 30.

²⁸ Denis Huisman, **L'esthétique**, Paris : PUF, Eylül 1998, s.19.

²⁹ Aristoteles, **op. cit.**, s. 16.

mümkün değil. Estetiğin bir felsefe alanı olarak ortaya çıkışı 18. yüzyıla rastlıyor. Daha fazla ilerlemeden belirtmek gerekir ki estetik sadece sanata dair bir felsefe alanı olarak kabul edilemez. Estetik sanatı aşan bir felsefe alanıdır ve “duyusal bilginin bilimi” şeklinde tanımlanabilir³⁰. Aslında bu tanım, neden estetiğin bir alan olarak tanımlanmasının 18. yüzyıla kadar gerçekleşmediğini de gösteriyor. Zira duyusal bilginin araştırılmasının ve sistematik olarak analiz edilmesinin özerk bir felsefe alanı olarak kabulü ancak bireysel olanı ön plana çıkaran bir anlayışın sonucu olarak mümkün olabilir. Yine aynı şekilde Estetik’in 18. yüzyıl Almanya’sında ortaya çıkmış olmasını Almanya’da köylüler ve baskıcı iktidar arasına sıkışmış olan ve entelektüel arenada bir liderlik iddiasında olan burjuvazinin, iktidarla ittifak kurabilmek adına, baskılanmış olan bireyselliği harmoni altına sokmaya çalışma çabası olarak da yorumlamak mümkün³¹. Çünkü estetik aslında, duyunun tikelliğini tümel bir anlayışla inceleyerek, bu tikellikte bir evrensellik bulunabileceği iddiasından yola çıkmaktadır. Bir başka deyişle, öznel bir yargıdan hareketle, güzel olana ilişkin evrensel ve nesnel bir yargı geliştirebilmenin imkanını sorgulamaktadır³².

Sanatın ne olduğuna ilişkin bir sorgulamanın da estetik kapsamında değerlendirilmesinin nedeni, estetiğin araştırdığı duyusal bilginin doğruluk ölçütünün güzellik olmasıdır³³. Doğadaki güzellik dışında insan yaratısı olan güzelliğin sanatta vücut bulduğu varsayımıyla birlikte sanat estetiğin temel konularından biri haline gelmiştir. Bu bağlamda, neyin sanat olup neyin sanat olmadığı ve buna yönelik kriterlerin belirlenmesi sorunu da ele alınmıştır³⁴. Sanatın tanımına yönelik bu kriterleri iki başlık altında ele alacağız. Öncelikle daha felsefi bir yaklaşımla estetiğe odaklanan tanımları (a), ardından da sanata sosyolojik ve kurumsal bir çerçevede yaklaşan tanımları irdeleyeceğiz (b).

³⁰ Hakkı Hünler, **Estetik’in Kısa Tarihi**, İstanbul: Paradigma Yayınları, Mayıs 1998, s. 63.

³¹ **İbid.**, s. 66. ; Terry Eagleton, **Estetiğin İdeolojisi**, Çev. Hakkı Hünler, Ankara: Doruk Yayıncılık, s. 30-32.

³² **İbid.**, s. 64.

³³ Tunalı, **op. cit.**, s. 14-15.

³⁴ Ancak estetik, sanata ilişkin sorgulamalarla sınırlı bir alan kesinlikle değildir. Her ne kadar iki alan birbiri ile iç içe olsa ve birbirinden çok etkilense de birbirlerine eşit değildirler. Sanatın ne olduğu ile öncelikle sanat felsefesi ilgilenir. Ancak estetik de güzelin ne olduğunu araştırırken aynı soru ile sık sık karşılaşır. Bu anlamda aslında Afşar Timuçin’in de belirttiği gibi “Sanat felsefesi estetiğin kuramsal yanı gibidir.” Bkz. Afşar Timuçin, **Estetik**, 4. Baskı, İstanbul: Bulut Yayınları, 2000, s. 35.

a. Estetik Felsefesinden Etkilenen Sanat Teorileri

Sanatın ne olduğunun belirlenmesine ilişkin ileri sürülen çağdaş teorilerden biri İtalyan filozof Benedetto Croce'ye aittir. Croce, sanatın temelinde sezginin (*intuition*) olduğunu ve bu sezgiye de tutarlılık kazandıran şeyin yoğun duygular olduğunu ileri sürmüştür Croce sanatın ne olduğunu aslında neyin sanat olmadığını belirterek de tanımlamıştır. Sanatın faydacı olmadığını ve sanatın fiziksel bir gerçeklik olmadığını söylemiştir. Bundan kasıt, sanatı sanat kılan şeyin bir fayda sağlaması olmadığı ve sanatın sanat eserinin fiziksel varlığının ötesinde bir şey olduğudur. Ayrıca Croce'ye göre sanat ahlaki bir eylem de değildir veya kavramsal bir bilginin niteliklerini de taşımaz. Sanat; bilim, tarih veya felsefenin aksine gerçeğe uygunluğu doğrulanabilir bir bilgi sunmamaktadır. Tam da bu sebeple temelinde bilgi değil, sezgi vardır³⁵. Sezgi de Croce için duyguların ifadesidir ama bu ifade maddesel değil tinsel bir ifadedir ve sanatın özünde de bu ifade vardır³⁶.

Sanatı Croce'nin deyimiyle kavramsal bir bilginin dışında kalan yoğun duyguların ifadesi olarak gören bir diğer teori de Robin George Collingwood'un teorisidir. Collingwood *The Principles of Art* adlı eserinde sanatın ayırt edici özelliklerini ortaya koymaya çalışırken onu zanaat, eğlence, "büyü"den ayırma yolunu benimsiyor. Collingwood'a göre, zanaat bir amaca yönelik bir aracın üretiminden ibaret olduğu için, aynı amaca ulaştıracak başka bir araçla değiştirilebilecek niteliktedir ve bir hammaddenin üretilmesi önceden tasarlanmış olan bir araç için işlenmesini zorunlu kılar³⁷. Oysaki Collingwood'un deyimiyle gerçek sanat (*proper art*), bir amaca ulaşmak ereğini barındırmadığı için biricik olduğu gibi, bir hammadde veya önceden bir tasarım, planlama gerektirmek zorunda değildir. Aynı şekilde, sanat bir "büyü" misali, sadece duyguları coşturarak, bu duyguları siyasi veya dini bir amaca hizmet edecek şekilde manipüle etmeyi güttüğü ölçüde veya basit bir eğlence aracı olarak kullanıldığı durumda da gerçek sanat olarak kabul edilmemelidir³⁸.

³⁵ Gordon Graham, **Philosophy of Arts. An Introduction to Aesthetics**, 2. Baskı, Londra & New York: Routledge, 2000, s. 30- 32.

³⁶ Bozkurt, **op. cit.**, s. 236-237.

³⁷ Graham, **op.cit.**, s. 33 ; Gary Kemp, "Collingwood's Aesthetics", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/collingwood-aesthetics/>>. Erişim Tarihi: 24.04.2017.

³⁸ Graham, **op.cit.**, s. 33.

Bununla birlikte Collingwood sanatın ne olduğunu ise, ifade ve hayal gücü kavramlarına dayanarak açıklıyor. Buna göre, sanat bir duygunun hayal gücü yoluyla ifadesiyle mümkün olabilir. Ancak bu, sanatçının hissettiği ve tanımladığı bir duygunun planlı bir ifadesi olarak anlaşılmalıdır. Tersine, Collingwood'a göre sanat eserinin yaratımı aslında sanatçının duygularının hayal gücü yoluyla keşfedilmesi olarak ifade edilebilir. Bu yönüyle sanat, eserin öncesinde var olan bir duygunun ifadesi olarak da görülemez. O duygu, belirlenebilir bir duygu olarak ancak o sanat eserinin varlığında ifade bulabilmiştir, onun öncesinde ancak bir "rahatsızlık" (disturbance) olduğu söylenebilir³⁹. Yine Collingwood'a göre sanatın var olması için de cismen yaratılmış olması gerekmez. Hayal gücü yoluyla muhayyelde canlandığı andan itibaren o bir sanat olarak var olmaktadır⁴⁰.

Sanatı bir tür "duyguların ifadesi" olarak gören bu iki yaklaşım şüphesiz ki sanatın doğasına dair önemli bilgiler vermektedir. Ancak hukukun ihtiyaç duyduğu belirliliği ve keyfiyetten uzaklığı verebilme açısından bize yardımcı olduğu söylenemez. Zira Croce'nin *a contrario* yoluyla yapmaya çalıştığı tanım dışında sezgiye dayandırdığı tanım da aslında sanatçının iç dünyasındaki sürecin tasviri ve bu sürecin gerçekliği üzerinden sanatı tanımlamaktadır. Dolayısıyla, sanatsal ifade özgürlüğünün koruma alanının ne olduğuna dair bir belirlilik sağlayamaz, çünkü bir eserin sanat eseri niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin sorgulamayı imkansızlaştırır. Aslında bu Croce'nin sanatı otonom bir alan olarak tanımlamasıyla da uyuşmaktadır, çünkü sanat tam olarak da sezgiselliği yüzünden, diğer bilgi türlerinden ayrılmakta ve hukuki bir kalıba da sığdırılmaz hale gelmektedir. Aynı şekilde Collingwood'un teorisi de yine bizi en basitinden "sadece duyguyu coşturan sanat", "bir amaca yönelik sanat" ile "gerçek sanat" arasında ayırım yapmaya zorlarken, sanatın objektif kriterlerle belirlenmesini zorlaştırmakta tanımı silikleştirmektedir. Kaldı ki sanat, o duyguyu oluşturan anın yanında birçok ussal süreci de gerektirir⁴¹. Ayrıca, haklı bir şekilde ileri sürüldüğü üzere, birçok farklı sanat akımının ileri sürdüğü sanat anlayışının veya Shakespeare'in eserleri gibi klasikleşmiş bazı sanat eserlerinin de dışlanmasına yol açmaktadır⁴².

³⁹ *Ibid.*, s. 34.

⁴⁰ Gary Kemp, *op. cit.* ; Robert Stecker, *Aesthetics and the Philosophy of Art. An Introduction*, 2. Baskı, Rowman & Littlefield Publishers, 2010, s. 100.

⁴¹ Timuçin, *op. cit.*, s. 154.

⁴² Stecker, *op. cit.*, s. 101.

Özneliği ve sanatçının ifadesini sanatın tanımında ön plana çıkararak tanımların aksine biçimi sanatın temel unsuru olarak kabul eden tanımlara da rastlamak mümkün. Örneğin, Clive Bell, sanat eserlerinin ortak unsurunun belirli bir biçime (*significant form*) sahip olmaları olduğunu söylüyor⁴³. Gerçekten de sanat eserlerinin bir biçimden bağımsız düşünülmesi mümkün değil ve Bell'in de söylediği gibi büyük sanat eserlerinin her birinin belirli bir biçime sahip olduğu ve bu biçim üzerinden değerlerinin ölçüldüğü doğru. Ancak hukuken belirli olabilecek bir tanım için gerekli olan bu belirli formun ne olduğu. Oysaki Bell de bu soruya cevap vermekte yetersiz kalıyor⁴⁴.

Bunların yanında sanat eserini estetik bir ilgi yaratan bir nesne veya alıcısına estetik bir deneyim yaratmaya elverişli bir obje olarak tanımlayan yazarlara da rastlamak mümkün⁴⁵. Bu tür tanımlarda estetik ilgi veya estetik deneyimden kast edilenin Kant'ın tanımladığı estetik deneyim kavramına gönderme yaptığını varsaymak isabetli olacaktır. Estetik deneyim, bir nesneyi güzel bulmaya veya bulmamaya ilişkin bir yargıya varmayı gerektirir. Kant için bu hükümler evrensel bir özneliği haizdir. Özneldir, çünkü bir estetik hükmü o hükmü veren kişinin algısına göre şekillenmektedir. Ancak evrensel, çünkü bir nesneye verilen “güzel” sıfatı bireye değil, nesneye ilişkindir ve bu diğer bireylerle paylaşılabilen bir yargıdır⁴⁶. Aynı zamanda ahlaki veya faydacı bir hüküm de değildir ve ereği kendindedir⁴⁷. Kant için estetik hükümleri, nesnelere mevcudiyetine ilişkin olmayıp, onların muhayyiledeki hissi temsillerine ilişkindir. Ancak estetik hükmün ulaşılabilmesi muhayyile ile mümkün olmayıp, muhayyile ile müdrike arasında bir ahengin varlığını gerektirir. Kant, bunu “serbest oyun” olarak ifade eder çünkü muhayyile ile müdrike arasındaki bu ilişki herhangi bir kavramın yol göstericiliğinde gerçekleşmemektedir⁴⁸. Bu ahenk ise estetik hazzın kökeninde yer almaktadır⁴⁹. Yani estetik deneyim, bu estetik haza ve buna bağlı olarak da estetik hükmün verilmesine bağlıdır. O halde aslında sanat eserine dair estetik deneyim kavramına atıfla yapılan

⁴³ Graham, *op.cit.*, s. 177.

⁴⁴ Stecker, *op. cit.*, s. 101-102.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 104.

⁴⁶ Allen W. Wood, *Kant*, Çev. Aliye Kovanlıkaya, Ankara: Dost Kitabevi, Nisan 2009, s. 194-195.

⁴⁷ Stecker, *op. cit.*, s. 40-41.

⁴⁸ Wood, *op.cit.*, s. 196-197.

⁴⁹ Huisman, *op. cit.*, s. 31.

tanımlara göre, sanat eseri bu deneyimi yaratmak amacıyla yaratılan eserler olmalıdır.

İlk bakışta bu tanım kendi içinde tutarlı görünmektedir. Gerçekten de ilk akla gelebilecek olan, herhangi bir sanat eserinin hem ifadesi hem de biçimiyle bir bütün olarak estetik bir deneyim yaratmayı amaçladığıdır. Rembrandt'ın tabloları da, Ayasofya da bu açıdan bir estetik haz yaratmaya elverişlidirler. Aynı şekilde Türk hukuk doktrininde her ne kadar sanata dair kesin bir tanım verilemeyeceği belirtilse de sanatın tanımına ilişkin açıklamalarda bu estetik hazza yapılan göndermenin önemli bir unsur olarak ön plana çıktığını görüyoruz⁵⁰. Ancak Bilge Bingöl'ün de makalesinde ortaya koyduğu üzere, sanatın sadece güzel olanla sınırlı olduğunu iddia etmek sanatın 19. yüzyılda geçirdiği tüm değişimi reddetmek anlamına gelecektir⁵¹.

b. Sosyolojik ve Tarihsel Sanat Tanımları

19. ve 20. yüzyılda sanat anlayışı yukarıda açıkladığımız hazcı estetiğe de meydan okuyacak şekilde gelişmiştir. Örneğin, Kafka'nın “Dönüşüm”ünü sadece insanda yarattığı hazdan yola çıkarak bir sanat eseri olarak değerlendirmek mümkün değildir⁵². Marcel Duchamp'ın ünlü “Şelale”si de tam olarak da sanatın ve estetiğin bu yaklaşımına bir meydan okuma olarak ortaya çıkmış ve sanat eseri kavramını geri dönülmez biçimde değiştirmiştir. Aynı şekilde günümüzün performans sanatı anlayışı da yine böyle bir estetik deneyimi merkeze almamaktadır⁵³. Hatta post-modern sanatta yaratımın sanat eserinin bir unsuru olduğu fikri bile dışlanmış, estetik biçim yıkılmıştır⁵⁴. Hazır-nesnenin (*ready-made*), Duchamp'ın ünlü eserini örnek olarak alacak olursak bir pisuarın, bir sanat eseri olarak sergilenmesiyle Duchamp aslında bir nesnenin sanat eseri olan ve olmayan düzlemlerde algılanabileceğini

⁵⁰ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi” (**Kapsamı**), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2004, s. 3 ; Ersoy, **op.cit.**, s. 4.

⁵¹ Bingöl, **op. cit.**, s. 95-96. Ancak Bingöl'ün ifade ettiği üzere bu sürecin sanatın anlamını özgürlük ve yaratıcılık ile oluşturulabilir hale getirmekle sınırlı bir biçimde değiştirdiğini söylemek tespiti sonuna kadar götürmekten kaçınmak olacaktır. Zira özgürlük her ne kadar sanatın varlığı için bir ön koşul olsa da sanatın yaratım ile olan ilişkisi de sorgulanır hale gelmiştir.

⁵² Theodore W. Adorno, **Aesthetic Theory**, Çev. Robert-Hullot-Kentor, Greter Adorno, Rolf Tiedermann (ed.), Londra/New York: Continuum, 2002, s. 12.

⁵³ Erika Fischer-Lichte, **Performatif Estetik**, Çev. Tufan Acil, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, Ekim 2016, s. 13-35.

⁵⁴ Adnan Turani, **Çağdaş Sanat Felsefesi**, İstanbul : Remzi Kitabevi, Eylül 2015, s. 189-190.

gösterirken⁵⁵, sanat eserinin ne olduğuna ilişkin kriterleri de silikleştirmiştir. İşemek için kullanılan bir pisuarın sanat eseri olmadığında kuşku yoktur ama işeme amacına hizmet etme işlevinden soyutlanmış bir pisuarı bir sanatçı sanat eseri olarak sergilerse pisuarın niteliği değişip sanat haline mi gelmektedir? Oysaki nesne aynı nesnedir. O halde sanat eserini sanat eseri yapanın fiziksel varlığı veya eserin içkin özellikleri değil, ona atfedilen değer olduğu ortaya çıkmaktadır. İşte bu yüzden sanatın tanımını eserin kendisi üzerinden değil de ona atfedilen değer üzerinden yapmaya çalışan bazı teorisyenler de olmuş, bu sorgulamalar sanatın ne olduğuna ilişkin tanımın, tanımını yapanlar üzerinden geliştirilmesinin yolunu açmıştır.

Felsefi yaklaşım ile sosyolojik yaklaşımı sentezlemeye çalışan filozoflardan biri olan George Dickie, sanat eserini, bir topluluk veya bu topluluğun bir alt grubunun (sanat eseri olarak) takdir edilmek üzere adaylık statüsü verdiği bir eser olarak tanımlamıştır⁵⁶. Bu topluluğun ise, Danto'nun tanımladığı "sanat dünyası" olduğunu ifade etmiştir⁵⁷. Danto'nun sanat dünyası tanımı ise aslında Dickie'nin işaret ettiği sanat dünyası ile tam uyuşmamaktadır⁵⁸. Zira Danto, sanat dünyasını "bir sanat teorisi atmosferi", "sanat felsefesi bilgisi" olarak tanımlamaktadır⁵⁹. Aslında sanat dünyası denen dünya aynı nesnenin bir sanat eseri olarak algılanmasını sağlayan varoluş alanı olarak da görülebilir. Dickie'nin sanat dünyası ise sosyolojik bir olguya işaret etmektedir. Dickie'nin sanat dünyası anlayışı, Danto'nun deyimiyle şövalyelik ünvanı bahşeden bir kraliyet mensubuna benzer⁶⁰. Danto'nun sanat dünyası ise ontolojik bir olgunun kavramsal temeli olarak tanımlanabilir, ancak yine de burada tarihsel ve sosyolojik değişime bağlılık vardır; çünkü sanat teorisinin gelişimi, sanatı sanat eseri yapan temel unsurdur. Bu iki yaklaşım arasındaki farkı bir yana bırakacak olursak bu tanımlarda sanat eseri, hem somut bir varlık olarak hem de somut varlığa toplumun tanıdığı statü üzerinden tanımlanmaktadır. Bu tanımda belli bir tutarlılık olduğu şüphesizdir, ancak bu tutarlılığın yeterli bir belirlilik sınırı çizdiğini söylemek mümkün olamaz. Çünkü aslında tanımın mantıklı oluşunun en önemli sebebi, sanatın kurumsal bir tanımını vererek, bu kurumun, yani sanat

⁵⁵ Donald Kuspit, **Sanatın Sonu**, Çev. Yasemin Tezgiden, İstanbul: Metis Yayınları, Mayıs 2014, s. 38.

⁵⁶ George Dickie, "Defining Art", **American Philosophical Quarterly**, C. 6, S. 3, Haziran 1969, s. 253-256, s. 254.

⁵⁷ Dickie, **op. cit.**, s. 254.

⁵⁸ Arthur C. Danto, **What Art Is**, New Haven: Yale University Press, 2013, s. 33.

⁵⁹ Arthur C. Danto, "The Artworld", **The Journal of Philosophy**, C. 61, S. 19, Ekim 1964, s. 571-584, s. 580.

⁶⁰ Arthur C. Danto, **What Art Is**, s. 33.

dünyasının, değişime açık yönünü tanımın bir unsuru haline getirmesidir. O halde esas sorun, sanat dünyasının ne olduğunu, daha da önemlisi bu dünyanın benimsediği sanat eseri tanımının ne olduğunu belirlemek haline geldiği için tanımın aslında totolojik olduğunu iddia etmek de mümkündür⁶¹.

Bunun yanında tarihsel bir yaklaşımla sanat eserini tanımlamaya çalışanlar da vardır⁶². Örneğin, Jerrold Levinson'a göre, sanat eseri, ciddi sanat eseri olarak - yani kendinden önce gelen sanat eserlerinin addedildiği şekilde - sayılmasına niyet edilen şeydir. Dolayısıyla her sanat eski bir sanatla olan ilişkisi nedeniyle sanattır ve bu böylece devam eder. Sanat eserinin yaratıcısı, o eseri kendinden önce gelen eserler gibi addedilmesi amacıyla yaratmalıdır ki, o bir sanat eseri olsun. Görülüyor ki burada hem yaratı, hem yaratıcının niyeti hem de bu niyetteki tarihsellik unsuru vardır. Levinson'ın da belirttiği gibi bu tanım belli bir anda sanat eseri olmayan bir varlığın ama bu niyetle yaratıldığında daha sonra da sanat eseri olarak kabul edilebilmesini mümkün kılar⁶³.

Levinson'ın tanımının da birtakım eksikleri olduğu iddia edilmiştir⁶⁴. Ancak kanaatimizce bu tanım, sanatın estetikle olan ilişkisinin sorgulandığı ve kırıldığı post-modern sanat anlayışının sanata ilişkin tanımları boşa çıkardığı dönemde sanatın ne olduğuna ilişkin hukukun da temel alabileceği önemli bir dayanak noktasını sunmaktadır: İrade. Kişinin daha önce yaratılmış olan sanat eserlerinin addedildiği gibi addedilmesi amacıyla bir eser yaratma niyetinin olması ve bu yönde bir eyleme geçmesi aslında sanatı, sanatı yaratan kişinin de iradesiyle ilişkilendirmiş oluyor. Bu tanımla, tamamen göreceli bir alanın yaratılmasının önüne de geçerek, sanatın tarih süreci içinde geçirdiği değişimi de dikkate alan bir tanım ortaya koyulmuş oluyor. Ancak yine de en baştaki sorunu tamamen ortadan kaldıramıyoruz; çünkü söz konusu tanım bir "ilk sanat"a kadar bizi götürüyor ve hangi eserlerin sanat eseri olarak addedilmesinin bu tanım için yeterli sayılacağı sorusu da bu tanımla dahi cevaplanamıyor. Sanat birtakım unsurlarını seçebilsen bile, dinamik, sürekli değişen

⁶¹ Stecker, *op. cit.*, s. 110.

⁶² Thomas Adajian, "The Definition of Art", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2016 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/art-definition/> (Erişim tarihi: 01.05.2017).

⁶³ Jerrold Levinson, *Music, Art and Metaphysics. Essays in Philosophical Aesthetics*, New York: Oxford University Press, 2011, s. 6-13.

⁶⁴ Stecker, *op. cit.*, s. 115-116.

ve bu nedenle her alanını kapsayacak şekilde tanımlamanın oldukça zor olduğu bir kavram olarak varlığına devam ediyor.

2. Hukukta Sanat Tanımının İmkansızlığı

Görüldüğü üzere, sanatın değişkenliğini kapsamaya çalışan sanat tanımlarının da ciddi bir belirsizlikten kurtulamadığını söylemek mümkün. Tam da bu nedenle, hukuk çoğu zaman sanatı tanımlamak yerine bir minimum kriter arama yolunu tercih etmiştir. Biz de bu kriterler hakkında önce Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadını kısaca inceleyerek, bir önceki bölümdeki tanımlar ışığında bir kriter önereceğiz (a). Ardından çalışmanın konusunu oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanatsal ifade özgürlüğüne yaklaşımında sanatı tanımlamaktan kaçınmasına ve bunun yarattığı sonuçlara dikkat çekeceğiz (b).

a. Alman Anayasa Mahkemesinin İctihadı Işığında Sanata Dair Bir Kriter Önerisi

Alman Anayasa Mahkemesinin sanat özgürlüğüne ilişkin içtihadının gelişimini incelediğimizde, Mahkemenin de sanatın belirsizliğiyle olan imtihanı sonucunda belli bir tanım vermektan kaçınma noktasına geldiğini görüyoruz.

Mahkeme sanat özgürlüğüne ilişkin verdiği ve bir ilke kararı niteliğinde olan Mephisto kararında⁶⁵, maddi bir sanat anlayışı benimseyerek, sanatçının etkilenmelerini, deneyimlerini ve serüvenlerini belirli bir biçim içinde yaratıcı bir biçimde görünür hale getirmesinden bahsetmiştir. Ancak, Mahkeme ilerleyen dönemlerde içerikten çok biçimi ön plana çıkaran ve sanatın belli tipolojilerine uygun olması gerektiği ileri süren bir tanımı tercih etmiştir. Anakronik Tren kararında ise tüm sanat türlerini kapsayan bir tanımın mümkün olmadığına hükmetmiş, sanat tanımını kesin sınırlardan uzak hale getirmiştir⁶⁶.

Sanat tanımını gittikçe belirli çizgilerden uzak hale getiren Mahkeme, 1987 yılında Bavyera Başbakanı Strauss'u resmeden bir karikatüre ilişkin verdiği kararda

⁶⁵ BVerfGE 30, 173.

⁶⁶ Korkut Kanadoğlu, "Sanat Özgürlüğü", Yener Ünver/ Özlem Yenerer Çakmut (ed.), **Hukuk ve Sanat**, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları, Ekim 2016, s. 30- 31.

ise ancak sanat ile sanat olmayan arasında bir ayrım yapmanın mümkün olduğunu, bundan fazlasının iyi ve kötü sanat arasında ayrım yapmak anlamına geleceğini belirtmiştir⁶⁷. Mahkemenin bu tanımlarına rağmen aslında temelde Mephisto kararında verdiği tanımları yeterli bir test olarak uyguladığını görüyoruz: Eğer bir eserde yaratıcısının izlenimleri, gözlemleri ve deneyimleri, özgür ve yaratıcı bir eylemle doğrudan görünür hale geliyorsa, Mahkeme burada sanat özgürlüğünün alanına girilmiş olduğunu belirtiyor⁶⁸.

Bu doğrultuda, Alman Anayasa Mahkemesinin de sanatı tanımlamak hususunda oldukça çekingen davrandığını, eserin niteliklerine yönelik bir tanımdansa, yaratan kişiyi merkeze alan bir tanım benimsediğini söyleyebiliriz. Zira, tanım yaratıcının deneyimleri ile başlayıp, yaratıcının eylemi ile sonuçlanıyor. Ancak özgür ve yaratıcı bir eylemin yine bazı postmodern sanat eserlerini kapsayıp kapsamadığı sorgulanabilir. Kanaatimizce, Levinson'ın sanat tanımından esinlenmek suretiyle, sanat olanla olmayan arasında ayrım yapacağımız kriteri şu şekilde ifade etmek daha yerinde olacaktır: eğer bir eserde, o eseri sanat eseri olarak ortaya koyan kişinin izlenimleri, gözlemleri, deneyimleri özgür ve yaratıcı bir eylemle veya *sanat eseri oluşturma niyetini yansıtan bir bağlamda* görünür hale geliyorsa hukukun sanata ilişkin tanıdığı koruma alanına girdiğimiz söylenebilir.

Ancak açıklığa kavuşturmak için burada bir hususu vurgulamak istiyoruz. Bu yaptığımız, bir sanat tanımı değildir. Sanatla ilişkili özgürlüklerin uygulanacağı alanı belirlemek üzere uygulanabilecek bir kriter önerisidir, bir çıkış noktasıdır. Bir şeyin sanat olup olmadığına karar vermek hukukun işi olmamakla birlikte, toplumda var olan bir olguyu özgürlük alanı olarak korumak için, bu alanın aşağı yukarı belirlenebilir olması adına minimum bir kriter gerekir. Söz konusu kriter kapsamına giren, ama sanat niteliği tartışmalı olan eserler olabilir. Ancak özgürlükler hukukunda kuralın özgürlük, kısıtlamanın istisna olduğu da göz önünde tutulursa, sanat olma niyetiyle yaratılmış eserlere, kişinin sanat eseri oluşturma niyetini göz ardı etmeden bir koruma sağlamak kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Kısacası sanatın tanımlanmasının zorluğuna dikkat çekmek için ileri sürülmüş bir deyiş olan "*in dubio pro arti*" ifadesi⁶⁹, gerçekten de sanatın ne olduğunu belirlemeye çalışan

⁶⁷ BVerfGE 75, 369.

⁶⁸ Örnek olarak bkz. BVerfGE 67, 213.

⁶⁹ Atalay, **op. cit.**, s. 2.

hukukun da benimsemesi gereken bir ilke olmalıdır. Zira sanat statik bir kavram da değildir. Sürekli bir devinim içinde olduğu gibi, aslında olduğu şeye meydan okuyup, kendini ondan ayırarak ve her zaman olmadığı şeye göre konumlanarak değişir⁷⁰. Tam da bu nedenle, sanatla hukukun kesiştiği noktada mahkemelerin hukuk aracılığıyla çizeceği sanatsal özgürlük alanının kriterini, bireyin yaratıcı iradesini göz ardı etmeden geliştirmek, sanatın bireyin yaratıcılığı olmaksızın gerçekleşemeyecek olan bu devinimini en özgür bırakacak olan yoldur.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadında Sanat Tanımının Yokluğu

Girişte de belirttiğimiz gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanatı ifade özgürlüğü çerçevesinde korumaktadır. Bunun sanat tanımı açısından ilk sonucu Mahkemenin sanata ilişkin bir tanım yapmaktan kaçınma imkanının olmasıdır. Yukarıda Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadına ilişkin verdiğimiz örneklerin temel sebebi, Alman Anayasası'nda sanat özgürlüğünün ayrıca düzenlenmiş olmasından gelir. Dolayısıyla bu özgürlüğün kapsamını belirlemek için bir kriter geliştirilmesi şart olmuştur. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de böyle bir zorunluluğunun olmamasından faydalanarak sanata ilişkin bir tanım getirmekten kaçınmıştır. Mahkeme sadece sanatı, bir fikir ve bilgi alışverişi aracı olarak gördüğünden bahsetmektedir⁷¹. İlk bakışta bu yaklaşım eleştiriye açıktır; çünkü yukarıda belirttiğimiz üzere sanat sadece bilgi ve fikir değil, bazen mantıksal olarak kavranamayan sezgilerin veya duyguların da ifadesi olabilir. Fakat Mahkeme bilgi ve fikir sözcüklerini dar anlamda kullanmamakta, sanatsal biçimi koruma altında görüp biçimin de ifade özgürlüğü korumasında olduğunu söylemekle yetinmekte ve sanat eserinde fikir veya bilgi aktarımı olup olmadığına dair özel bir inceleme yapmamaktadır⁷². Nitekim, sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin bir ilke kararı niteliğinde olan *Müller ve diğerleri/İsviçre* başvurusuna ilişkin raporunda Komisyon, Müller'in tablolarının sanatsal niteliğine

⁷⁰ Adorno, **op. cit.**, s. 3.

⁷¹ Müller ve diğerleri/İsviçre, p. 27

⁷² Céline Ruet, "L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Analyse de la Jurisprudence Européenne", **Revue trimestrielle des droits de l'Homme**, S. 84, 2010, s. 920.

ilişkin sadece yerel mahkemeye atıf yapmış ve yaptığı incelemeden de tabloların sanatsal niteliğinin olmadığını gösteren bir sonuca varamadığını belirtmiştir⁷³. Mahkeme ise Komisyon'un aksine bu konuya ilişkin hiçbir inceleme veya tespit yapmadan tabloların sanatsal değerini kabul etmiştir. Buradan çıkarılabilecek ilk sonuç, tarafların üzerinde uzlaşma sağlanması durumunda, Mahkemenin eserlerin sanat eseri olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda objektif bir değerlendirme yapmadığı ve tarafların iddialarına dayanmayı tercih ettiği olabilir.

*Wingrove/Birleşik Krallık*⁷⁴ davasında ise, olaya konu olan filme dair İngiliz Mahkemeleri yasaklanan filmin sanatsal niteliği olup olmadığına ilişkin tartışma yapıp, filmin sanatsal bir özelliği olmadığına kanaat getirmiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tartışmadan tamamen kaçınmış ve "sanat" kelimesini bile yerel mahkemelerin kararlarına atıf yaptığı yerler haricinde, kendi muhakemesinde hiç kullanmamıştır. Kararda filmin sanatsal yönüne dikkat çeken tek ifade ise ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde oy kullanan Hakim Lohmus'un karşı oy yazısında bulunmaktadır⁷⁵. Bu iki kararın ışığında Mahkemenin sanatsal niteliği tartışma konusu olan eserlerin karşısında ifade özgürlüğünün kapsayıcı genel hüküm niteliği sayesinde bu tartışmaya girmekten kaçındığını söyleyebiliriz. Bunun önemli bir sonucu da şüphesiz ki Mahkemenin aynı zamanda sanata ilişkin ayrı bir koruma alanı geliştirmekten de çekinmesidir. Dolayısıyla bu tanım yokluğu, aslında sanatın gereklerine uygun bir koruma yaratmanın da zorlaşması anlamına gelir.

Mahkemenin bugün de bir sanat tanımı hala yoktur. Aslında bu durum şüphesiz ki Mahkemenin uluslararası bir mahkeme olarak Sözleşmeciler taraflara belli bir takdir marjı bırakmaya çalışmasıyla da ilişkilidir. Aksi durum Mahkemenin devletlere ortak bir sanat tanımı empoze etmesi anlamına gelecektir. Bununla birlikte Mahkemenin ifadenin sanatsallığını ancak tarafların uyuşması durumunda dikkate alması ise, sanat tanımı vermemenin ötesinde bir durum yaratır. Çünkü bu durum, Mahkemenin, sanatsal yaratım ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri incelerken bireyin iradesinden devlet tanımı dikkate alması anlamına gelmektedir. Mahkemenin bu durumda belli bir sanat tanımı vermese bile, eseri yaratan kişinin sanatsal bir ifadede bulunma iradesini dikkate alması mümkün olmalıdır.

⁷³ AİHK, Müller/İsviçre (Komisyon Raporu), 10737/84, 08.10.1986, p. 66.

⁷⁴ AİHM, *Wingrove/Birleşik Krallık* (17419/90), 25.11.1996.

⁷⁵ *Wingrove/Birleşik Krallık*, Hakim Lohmus'un Karşı Oy Yazısı, p. 5.

Ancak Mahkemenin ifadenin sanatsallığı konusunda başvurucunun iradesine ve beyanına ağırlık veren bir yaklaşım benimsediği yakın tarihli bir karar mevcuttur. Bu kararın şimdilik tutarlı bir içtihadı dönüştüğünü söylemek mümkün olmasa da, taraf devletin ifadenin sanatsallığını reddetmesine rağmen Mahkemenin ifadenin sanata ilişkin yönünü açıkça tanımış olması önemlidir. İlgili karar 2012 yılında verilmiş olan *Tatár ve Fáber/Macaristan* kararıdır⁷⁶. Karara konu olan olayda, başvurucular Macaristan'da bir "politik performans" gerçekleştirmek için Meclisin bahçe demirlerine hükümetin kirli çamaşırlarını temsilen kirli çamaşırlar asmışlar ve buraya kurdukları sahnede tam 13 dakika boyunca oraya davet ettikleri gazetecilerin sorularına cevap vermişlerdir. Macaristan hükümeti ve ulusal mahkemeler bu olayı basit bir protesto olarak görse de Mahkeme başvurucuların iddia ettikleri üzere, bu eylemi bir sanatsal ifade olarak gördüğünü, her ne kadar bunu kararın özel olarak dayanağı yapmasa dahi, açıkça belirtmiştir⁷⁷. Dolayısıyla, Mahkemenin sanata dair bir tanımdan kaçınsa bile, bir ifadeyi sanatla ilişkilendirmek için hükümetle başvurucunun uyuşmasını aramaması sanata dair tanınan korumanın özelleşmesi ve sanatsal ifadenin kendi gereklerine özel olarak korunabilmesi için bir ilerleme olarak görülmelidir.

B. Sanatın Hukuken Korunmasına İlişkin Gerekçeler

Peki sanat neden hukuken korunması gereken bir değer olarak görülüyor? Neden sanat bir özgürlüğün konusu olmalı? Bunun için sanatın hem bireysel hem de toplumsal açıdan nasıl bir işlevi olduğuna, hangi nitelikleri barındırdığına eğilmek gerekiyor. Bunun için öncelikle sanatın hukuken korunmasının felsefi gerekçelerini inceledikten sonra (1), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanatsal ifadeyi koruma altına alırken hangi noktaları vurguladığını inceleyeceğiz (2).

1. Sanatın Hukuken Korunmasının Felsefi Gerekçeleri

Sanat aslında yukarıda da belirttiğimiz üzere, aksi sorgulanmış olsa bile, ekseriyetle bir yaratıcı sürecin sonucunda gerçekleşir. Bu sürecin gerçekleşmesi aşamasında sanatçının yaşadığı deneyimler, sanatın bireysel işlevi açısından ilk

⁷⁶ AİHM, *Tatar ve Faber/Macaristan* (26005/08,26160/08), 12.06.2012.

⁷⁷ *Tatar ve Faber/Macaristan*, p. 40.

koruma noktası olarak kabul edilebilir. Bu yaratıcı süreci besleyense çoğu zaman sanatın içinde olduğu toplumdur. Bu nedenle sanatın hukuken korunması için sanatın yaratıma ilişkin kişisel yönüne ve toplumsallıkla olan bağına sıklıkla değinilir. Biz de öncelikle bu görüşleri ele alacağız (a). Öte yandan, sanatın kendine özgü biçimsel kuralları ve kurulu düzene meydan okumaya yönelik tavrı ona objektif olarak da ayrı bir statü vermektedir. Frankfurt Okulu düşünürleri⁷⁸ 1930'lardan itibaren özellikle estetik kuram ve kültür eleştirisi alanına yönelmiş; sanata, sanatın özerkliğine, toplumla olan ilişkisine ve kültüre ilişkin birçok çalışma yapmışlardır⁷⁹. Sanatı objektivist bir tavırla inceleyerek, onu başlı başına bir özgürlük alanı olarak gören bu ekolün görüşlerine de sanat ve özgürlük meselesinin çalışmamızın konusu olması nedeniyle ayrıca yer vereceğiz (b). Çünkü bu görüş bize sadece sanata has olan özelliklere dayanarak bir gerekçelendirme yapma imkanı verecek.

a. Sanatın Kişisel Yönüne ve Toplumsal Gerçekle Olan Bağına Ağırlık Veren Görüşler

Sanatçı, çoğu zaman Collingwood'un da dediği gibi bir duygu yoğunluğu ile hareket edebilir veya bir fikri olağandışı araçlarla ifade etmek üzere sanatsal biçimleri kullanabilir. Yaratım süreci her sanatçı için farklı, ona özel, özgün bir şekilde ilerler ve biriciktir⁸⁰. Bu yaratıcılık aynı zamanda insan için de bir ayırt edici özelliktir.

Yaratmak, insan için bir kendini gerçekleştirme aracıdır. Bu yaratımı ortaya çıkarırken somutlaşan resim, müzik, kelime, kil vb. araçlarla fikirlerini, duygularını, izlenimlerini ifade etme güdüsü mağaradaki resimlerden beri görebileceğimiz üzere özellikle insana özgü olan ve onun hayatını anlamlı kılan bir deneyimdir⁸¹. İşte yaratımın bu özelliği onun bir insan hakkı olarak korunmasının temel gerekçelerinden biri olarak düşünülebilir.

⁷⁸ Frankfurt Okulu'nun kapsamına ve bu Okul ile ilişkilendirilen düşünürler hakkında kısa bilgi için bkz. D. Beybin Kejanlıoğlu, "Giriş", D. Beybin Kejanlıoğlu (ed.), **Zamanın Tozu. Frankfurt Okulu'nun Türkiye'deki İzleri**, Ankara: De Ki Basım Yayın, Şubat 2011, s. 13.

⁷⁹ S. Evren Yüksel, "Modernizm ve Kültür-Sanat Bağlamında Frankfurt Okulu", Kejanlıoğlu (ed.), **op. cit.**, s. 396-397.

⁸⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk – I", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 61, S. 7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1987, s. 523.

⁸¹ Edward J. Eberle, "Art and Speech", **University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change**, C. 11, S. 1, 2007-2008, s. 6-7.

Benzer bir gerekçelendirme genel olarak ifade özgürlüğü için de ileri sürülmüştür. Türkçe’de “kendi kendini gerçekleştirme” ve “bireyin özerkliği” kavramlarıyla ifade edilen bu gerekçe⁸² basitçe bireyin otonom bir varlık olarak kendini ifade edebilmesini başlı başına bir değer olarak kabul eder.⁸³ Zira insanın kendini ifadesi ve dolayısıyla kendini gerçekleştirme büyük ölçüde iletişimsel faaliyetleri aracılığıyla mümkündür⁸⁴. İnsanın özgürlüğünü başlı başına bir iyi ve korunması gereken bir değer olarak ileri süren böylesi bir gerekçelendirme elbette ki insanlığı kendi içinde bir amaç olarak gören ve bunu bir ahlaki davranış ilkesi haline getiren Kantçı bir yaklaşımın da izlerini yansıtır⁸⁵.

Sanatın, ifade eden açısından, herhangi bir ifadeden ayrılan noktası ise sanatı yaratan kişinin yaşadığı yaratıcı sürecin de, sonunda ortaya çıkan eserin de o kişi açısından, Collingwood’un dediği gibi, daha “yoğun” bir duygu ve fikirler dünyasını yansıttığı varsayımıdır. Bu durum elbette kendi kendini gerçekleştirme tezi açısından sanatsal ifadenin daha güçlü temellendirilebildiği anlamına da gelir⁸⁶. Gerçekten de sanat eserlerinde duyguların daha yoğun bir biçimde ortaya çıktığı vurgusu, sanat özgürlüğüne dair eserlerde de sanatın işlevi kapsamında ele alınmıştır⁸⁷. Ama bunun dışında bu bakışın aslında sanatın kökeninde yer alan büyüden, dini ritüellerden⁸⁸ kalma bir bakış olduğu da söylenebilir. Sanatçıya atfedilen o peygambervari statü, herkesin gözünde onun bu eseri ortaya çıkararak yaratım sürecini de herhangi bir ifadenin yaratımına göre daha ayrıcalıklı kılar. Ancak bu bakışı bir kenara bıraksak bile gerçekten de sanatsal ifadenin ortaya çıkış süreci, bir şeyi doğrudan ifade etmek yerine, sanatsal biçimleri ve araçları kullanmak üzerine yoğunlaştığından, insanın özgün olabilmek adına kendi yaratıcılık sınırını yeni bir teste maruz bırakarak genişlettiği özel bir süreç olmaktadır. Bu açıdan sanatsal yaratım süreci, Kant’ın kendinde amaç olarak insanlık formülü açısından, insanın insanlığını kendi içinde bir amaç olarak kullanmaya en çok yaklaştığı anlardan biri olarak da görülebilir. Örneğin, Brecht’in oyunlarında seyirciye düşündürmek istediklerini dümdüz bir

⁸² Mustafa Erdoğan, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 24, Güz 2001, s. 10 ; Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, Mart 2009, s. 233-237.

⁸³ Eric Barendt, **Freedom of Speech**, 2. Baskı, Londra: Oxford University Press, 2007, s. 13.

⁸⁴ Wojciech Sadurski, **Freedom of Speech and Its Limits**, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, s. 17.

⁸⁵ Şahin, **op. cit.**, s.233-234.

⁸⁶ Eberle, **op. cit.**, s. 19-20.

⁸⁷ Bingöl, **op. cit.**, s. 98.

⁸⁸ Ernst Fischer, **Sanatın Gerekliliği**, Çev. Cevat Çapan, 6. Baskı, Ankara : İmge Kitabevi, Ocak 1990, s. 31-33.

kağıda yazıp seyircilere dağıtmak yerine bunları bir oyun olarak sanat yoluyla dünyaya yaymayı tercih etmesi, tek amacının bu fikirleri ifade etmek olmadığını gösterir. Demek ki sanatsal yaratım, iletişimsel olanı aşmaktadır. Sanat araçsallaştırılsa bile, sanatsal olanı yaratmayı tercih etmek ve yaratmak, iletişim işlevini yerine getirmenin ötesine geçmekte, kendi amacını kendi içinde taşımaktadır. Böylece sanatın yaratım süreci, insanın, insanlığının münhasır unsurlarından biri olan yaratıcılığını, yaratmak dışında başka hiçbir amaca gerek duymaksızın kullanabilmesini sağlamaya en yaklaştığı andır. Böylesi bir sürecin ortaya çıkmasını sağlayan sanatsal ifade de insanın varlığını gerçekleştirebilmesi ve bireysel özerkliğinin sağlanması adına devletin müdahale etmemesi ve koruması gereken bir alan olarak görülmelidir.

Sanatın kendine özgü bu yaratıcı süreci, aynı zamanda sanatın diğer ifadelerden farklı olarak insanın mantığıyla ulaşamayacağı, rasyonel bir bağlamda ifade edemeyeceği bazı şeyleri de ifade etmesini sağlar ve bu da sanatı herhangi bir ifadeden ayıran diğer bir husustur. Sanatçının bunu ifade edebilmesi onun için kendini gerçekleştirme açısından bir değerdir; ancak bunun yanı sıra, bu sanat eserleri sayesinde bizler de hayata dair daha geniş ve kapsamlı bir anlayışa sahip oluruz⁸⁹. Böylece ancak sanat yolu ile erişilebilecek bazı bilgiler ve fikirler; anlatılabilecek ve deneyimlenebilecek bazı duygular geniş kitlelerle buluşur⁹⁰. Aristo'nun Poetika'da açıkladığı *katharsis* aslında tam olarak da bize bunu sağlamaktadır: bir duyguyu, o duyguyu gerçekte yaşatacak deneyimi yaşamaksızın deneyimleyebilmeyi. Aristo, bunun ahlaki bazı faydaları üzerinde durmuş olsa da, günümüz sanat anlayışının bu çerçevede gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Ancak, yine de sanatın temelde kişide yarattığı deneyimin biricikliğini ortaya koyması adına sanatın bu işlevi hala önemini korumaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, sanat, insanın yaratım yetisini başlı başına bir amaç haline getirmektedir. Bunun da aslında insanı da özgürleştirdiğini söylemek mümkündür. Sanat böylece kurallara meydan okuyan, serbestçe yaratımın mümkün

⁸⁹ Eberle, **op. cit.**, s. 9.

⁹⁰ Sanatın bir ifade olarak yarattığı deneyimler başlı başına insanın doğasına ışık tuttuğu ve insana yeni deneyimler yaşattığı için bile korunabilir. Ancak aynı zamanda, John Stuart Mill'in izinden giderek bunun gerçeği arayışa olan faydasına odaklanmak ve sanatı Mill'in kabaca "Gerçeğe ulaşmak için fikirleri serbest bırakmak gerekir, bu fikirlerin varlığından ve tartışılmasından alınacak fayda yasaklamaktan daha büyüktür." şeklinde özetlenebilecek argümanına bu yönüyle de adapte etmek mümkündür. Bkz. Eberle, **op. cit.**, s. 18-19.

olduğu, böylece de mantık kalıplarını yıkarak imkansızın keşfini mümkün kılan bir ifade olur⁹¹. Aynı sonuç sanatın mantık kalıplarının dışında kalan hususları ifade edebilir olma niteliğiyle de alakalıdır. Yaşamı tüm boyutlarıyla ortaya koymak isteyen sanatçı zaman dahil tüm kalıpların ötesine çıkarak hayatı yansıtabilir⁹². Çünkü diğer ifadelerin aksine “doğruluk” ölçütü olmayan bir ifade türüdür sanat. Kant’ın ortaya koyduğu üzere estetik bilginin “doğruluk” ölçütü güzellikten başka bir şey olamaz ve bugün geldiğimiz noktada sanat, yukarıda değindiğimiz üzere, bu kalıbı bile yıkmıştır. O halde, sanat tam anlamıyla her türlü standarda meydan okuyabileceğimiz benzersiz bir özgürlük alanı sunar. Üstelik hem bunu yaratan olarak sanatçı, hem de algılayıcısı olarak sanatseverler, bu özgürlükten neredeyse hiçbir bedel ödemededen faydalanırlar⁹³. Çünkü, sanatın sunabileceği tüm deneyimleri hayal gücü yoluyla hisseder ve yaşarlar.

Bugün sanatın sıklıkla göz ardı edilen bir işlevi daha vardır. Aslında bu sanata özgü bir özellik olmadığı gibi, ifadeden çok mülkiyete ilişkindir. Bu nedenle sanat özgürlüğünü gerekçelendirirken nadiren gündeme gelir. Ancak yine de unutmamak gerekir ki sanat, sanatçı için aynı zamanda bir geçim kaynağı olabilir. Kendi emeğiyle yarattığı eseri, herkesin beğenisine sunarken, kendi verdiği emek karşılığında maddi bir kazanç da sağlamak ister. Burada kast ettiğimiz şey Fischer’in dediği üzere kapitalizmin sanatı metalaştırmış olması değil, kapitalizmin öncesinde de aslında sanatın “yarı ticari” bir uğraş olmasıdır⁹⁴. Yaratıcı gücü ve emeği sonucunda ortaya çıkmış bir eseri başkalarıyla paylaşan sanatçının kendi emeği karşılığında maddi bir karşılık beklemesi meşru ve makuldür. Nasıl ki dikiş yapan terzinin emeği, terzinin geçimini sağlıyorsa, resim yapan ressam da emeğinin karşılığını almak için aynı beklenti içinde olabilir. Dolayısıyla, sanatın hukuken korunan bir alan olarak benimsenmesinde, sanatın bu işlevi de göz önünde tutulmalıdır.

Bunların yanı sıra sanatın toplumsal ve tarihsel bir yönü de vardır⁹⁵. Çoğu zaman sanatçı “ben”den yola çıkıp “biz”e ulaşandır⁹⁶. Tarih boyunca değişen sanat

⁹¹ Eberle, **op. cit.**, s. 15.

⁹² Timuçin, **op. cit.**, s. 25.

⁹³ Eberle, **op. cit.**, s. 15-17.

⁹⁴ Fischer, **op. cit.**, s. 43.

⁹⁵ Bingöl, **op. cit.**, s. 99.

⁹⁶ Fischer, **op. cit.**, s. 41.

anlayışı sayesinde, yaratılan sanat eserleri içinde buldukları çağın ruhunu yansıtır ve değiştirdikleri gibi, kültürün de bir parçası olurlar. Böylesi bir yaklaşımın temelinde ilk bakışta Aristocu *mimemis* anlayışının izleri görülebilir. Çünkü Aristo da sanatın kökeninde “taklit”in olduğunu söyler⁹⁷. Bu taklit, kaba bir taklit değil, idealist bir taklittir; olana değil, olandan yola çıkarak olması gerekene yönelir⁹⁸. Ancak bunun kökeninde bile gerçeklikten yola çıkan bir sanatçı vardır. Sanat anlayışı yüzyıllar boyu elbette ki değişmiş, buna karşı çıkan ve gerçekçi bir anlayışla, sanatın topluma ve gerçeğe ayna tutması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Nitekim, böylesi eserler özel olarak toplumu doğrudan anlamamızı sağlayıp bizi bilinçlendirebilir de...⁹⁹ Ancak sanat bunu yapmak zorunda değildir. Hatta sanat, Aristo’nun düşüncesine daha yakından baktığımızda gerçekte uyumlu değildir, çünkü gerçeğe değil, “-miş gibi” olana ilişkindir¹⁰⁰. Fakat sanat gerçeği aramazken dahi sanatçının içinde bulunduğu topluma dair bir şeyler söyler. Sanat eserleri içinde buldukları çağı aşır evrensel bir niteliğe bürünse bile yine de sanatçının bakış açısından ve eserin içinde bulunduğu çağdan tamamen soyutlanamaz. 19. yüzyıl Fransa’sında Baudelaire’in, Flaubert’in edebiyat anlayışının ortaya çıkışında ve edebiyatın özerkliğini kazanışında burjuvazinin iktisaden güçlü bir sınıf olarak sanat dünyasını da basın yoluyla şekillendirmesine duyulan tepkinin izlerini görmek mümkündür¹⁰¹. Kısacası sosyal ve toplumsal koşullar sanatçıyı etkilerken sanatçı, insanın özüne dair zamanı aşan şeyler söylese bile, içinde yaşadığı çağ elbette onun eserine sızmaktadır¹⁰². Bu etki, sanatın tek belirleyicisi değildir şüphesiz ama esaslı bir unsurdur. Sanata erişmek, bu birikime, kültüre ve tarihe erişebilmek anlamına da gelir.

John Dewey de aynı şekilde, sanatçının izole edilmiş bir birey olarak değil, yaşadığı toplumun içindeki deneyimlerinden yola çıkarak sanat eserlerini yarattığını belirtmiştir¹⁰³. Bu sebeple aslında sanat bir kültüre erişim olmanın yanında, sanat eserinin kökenindeki deneyimlerin sanatsal bir biçimle başkalarına aktarıldığı bir iletişim kaynağı da olabilir¹⁰⁴. Böylece sanat, sadece geçmişe ve tarihe yönelik bir

⁹⁷ İsmail Tunalı, **Grek Estetiği**, 4. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Şubat 1996, s. 99.

⁹⁸ Tunalı, **op.cit.**, s. 105-107.

⁹⁹ Bingöl, **op. cit.**, s. 99.

¹⁰⁰ Alain Badiou, **Petit Manuel d’Inesthétique**, Fransa: Editions de Seuil, Ekim 1998, s. 13.

¹⁰¹ Bourdieu, **op. cit.**, s. 103-104.

¹⁰² Tunalı, **Estetik**, s. 83-85.

¹⁰³ John Dewey, **Art as Experience**, 23. Baskı, New York: Wideview/ Perigee, 1980, s. 13-14.

¹⁰⁴ Bingöl, **op. cit.**, s. 99.

bilgi kaynağı olarak değil, var olan dünyadaki farklılıkların da birbiriyle iletişimini sağlayan bir araç olabilme potansiyelini taşıdığından da değerlidir¹⁰⁵.

Ancak sanat, sadece içinde bulunduğu toplumdan etkilenmekle kalmaz, aynı zamanda onun geleceğini de biçimlendirir, geleceğine yön verir. Çünkü sanatçı, bir aynadan ibaret olamaz, aynı zamanda topluma nereye yönelmekte olduğunu da gösterir¹⁰⁶. Sanat, toplumun geçmişine de, şimdisine de, geleceğine de ışık tutabilmektedir.

b. Sanatsal İfadeye Özgü Bir Gerekçe: Frankfurt Okulu'nun Yaklaşımında Bir Özgürlük Ütopyası Olarak Sanat

Bütün bu gerekçelere rağmen sanatın sadece gerçekle olan bağı yüzünden veya kişisel gelişim açısından olan önemi yüzünden değerli olduğunu, en azından diğer ifadelerden tamamen ayrıldığını söylemek mümkün değildir. Çünkü çoğu zaman sanatın toplumsal gerçekliğe ilişkin söylediği şeyler olsa da, onu birçok bilimsel eserden ayıran şey topluma dair yaptığı tespitlerin doğruluğu değildir. Hatta çoğu zaman bir sanat eserinin bilimsellikten ve yoruma son derece açık muğlak ifadelerinden bir bilimsel eserin topluma dair bize daha kesin bilgiler vereceğini söyleyebiliriz. O halde sanata belki de gerçekle olan bağından çok gerçekliğe meydan okuyan yanından yaklaşmamız gerekir. İşte sanata bu ekseninde yaklaşan düşünürlerle baktığımızda da yolumuzun Frankfurt Okulu'na çıktığını söyleyebiliriz.

Frankfurt Okulu ve sanat felsefesi denince akla gelen ilk isim Theodor W. Adorno'dur. Adorno, sanat eserini alımlayıcısı üzerinden değil, eserin kendine has özellikleri üzerinden tanımlayarak objektivist bir tavır benimser.¹⁰⁷ Marksist bir yaklaşımla burjuva toplumuna eleştirel yaklaşırken, bu toplumun yanlış düzenine karşı hakikatin var olabileceği tek sığınağı sanat olarak görür.¹⁰⁸ Ancak sanat, toplumdan yola çıkarak, onu yansıtarak yani klasik anlamda *mimesis* ile varılabilecek bir sonuç değildir, tam tersine onun toplumsal antitezidir¹⁰⁹. Bu ise sanatın özerkliği

¹⁰⁵ Daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. I. B. 2. b.

¹⁰⁶ Fischer, **op. cit.**, s. 41-42.

¹⁰⁷ Tunalı, **op. cit.**, s. 127-128.

¹⁰⁸ Besim F. Dellaloğlu, **Frankfurt Okulu'nda Sanat ve Toplum**, 5. Basım, İstanbul: Say Yayınları, 2014, s. 55.

¹⁰⁹ Adorno, **op. cit.**, s. 8.

sayesinde mümkündür. Adorno'nun anlayışında sanatın özerkliği, estetik biçimden gelir ve bu estetik biçim, toplumdaki diğer kurumları belirleyen söylemsel yapıdan ayrıldığı için farklı bir iletişim biçimi oluşturur¹¹⁰. Sanatın özerkleşebilmesi ise tarihsel bir süreç içinde mümkün olmuş, burjuvazinin özgürlük bilinci –her ne kadar bu bilinç burjuva toplumunu özgürleştirmemişse de- sanatın özerkliğinin genişlemesine katkıda bulunmuştur¹¹¹. Burjuva toplumunun üretim biçimleri sanatın üretimini etkilemiş ve sanat eserlerinin içeriği toplumla alakalı hale gelmiştir; ama sanatı toplumsal kılan bunlardan çok, özerkliği sayesinde topluma karşıt olmasıdır ve sanat, bu özerkliğin kaynağında olan estetik biçim sayesinde topluma dair düzgün bir eleştiri sunabilir¹¹². Böylece sanat, baskıya dayanmayan bir toplum düzeninin oluşturulabildiği bir “getto” olabilecektir¹¹³. Adorno'nun deyişiyle sanatın işlevi aslında işlevsiz olmasıdır¹¹⁴ ve tam da bu sayede toplumsal bir olay olmakla birlikte özerkliğini korur, topluma katkıda bulunabilecek şekilde o “getto” alanını sunar¹¹⁵.

Frankfurt Okulu'nun bir diğer düşünürü Herbert Marcuse'e göre de sanatta bir özgürlük vaadi vardır. Sanatın özgürlük vaadi içermesi toplumun sadece olumsuzlanması anlamına gelmez, tam tersine sanat bu çarpık gerçekliğin korunarak aşılmasını (*aufhebung*) sağlar¹¹⁶. Realist bir roman bile bu gerçekliği stilize ederek başka bir düzlemde yeniden yaratmak zorundadır ve bu yaratım esnasında ortaya çıkan karakterler artık günlük hayatın kısıtlarıyla bağlı olmak zorunda değildir. İşte böylece sanat hem kendi özgür bir alan olur, hem de özgürlüğün hayal edilebildiği bir mecra sunar. Fakat sanatın özerkliğinin sağladığı bu özgürlük vaadinin gerçekleşeceği yer de sanat değildir¹¹⁷. Nitekim Adorno'ya göre de sanatın esas işlevinin bilişsel nitelikte olduğu ileri sürülmüştür ve sanat ancak toplumsal bilincin oluşmasına katkıda bulunmada bir rol üstlenecektir¹¹⁸.

¹¹⁰ Jennifer A. MacMahon, “Aesthetic Autonomy and Praxis: Art and Language in Adorno and Habermas”, *International Journal of Philosophical Studies*, C. 19, S. 2, 2011, s. 167.

¹¹¹ Adorno, *op. cit.*, s. 225.

¹¹² *Ibid.*, s. 125-126.

¹¹³ Tunalı, *op.cit.*, s. 128.

¹¹⁴ Adorno, *op. cit.*, s. 1-2.

¹¹⁵ Lambert Zuidervart, *Adorno's Aesthetic Theory: The Redemption of Illusion*, Cambridge: MIT Press, 1991, s. 91.

¹¹⁶ Herbert Marcuse, *La dimension esthétique. Pour une critique de l'esthétique marxiste*, Çev. Didier Coste, Paris: Editions de Seuil, 1979, s. 83.

¹¹⁷ Marcuse, *op. cit.*, s. 56-58.

¹¹⁸ Zuidervart, *op. cit.*, s. 91.

İşte bu yönüyle sanat, toplumu yansıtmaya, insanları eğitme, kendini gerçekleştirme gibi işlevlerinden çok, toplumun çarpıklıklarına karşı bir bilincin oluşmasına sadece sanatın sağlayabileceği olanaklarla imkan tanıyan işleviyle ön plana çıkmaktadır. Aslında demokratik bir toplumda sanatı ve sanatsal ifadeyi korumanın en önemli dayanağı da bu olmalıdır. Çünkü sanat, toplum içinde aşılamayan çarpıklıklara karşı, bu çarpıklıkların aşılabileceği bir dünyanın mümkün olduğu bir özgürlük alanı yaratır. Özgür olmayan bir dünyada bile sanat, özgürlüğü hayal edebileceğimiz ve yaratabileceğimiz bir ifade alanı sunar. O halde, sanatın bir ifade ve bir özgürlük alanı olarak korunması, daha özgür bir toplum düzenine ulaşabilmek için ve tüm özgürlüklerin genişletilebildiği bir geleceğin inşa edilebilmesi için gereklidir. Sanatı özgür kılmak, özgürlüğü mümkün kılmaktır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sanatsal İfadeyi Koruma Gerekçesi: Demokratik Toplumda Sanat

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sanatı ayrıca koruma altına almadığından ötürü Mahkeme, sanatın ifade özgürlüğünün kapsamına dahil olduğunu belirtirken, ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadında olduğu gibi, sanatsal ifadeyi de demokratik toplumdaki önemi açısından incelemektedir. Bu gerekçelendirme öncelikle demokrasinin doğruluğuna dayanan, ifade özgürlüğünü de bu bağlamda gören işlevci ve sonuca yönelik bir tutumdur¹¹⁹. Bir önceki bölümde açıkladıklarımızın aksine böylesi bir bakış açısı sanatın kendine has özelliklerini, bireye veya topluma sanatın sanat olmaktan kaynaklanan etkisini değil, sadece demokratik topluma olan katkısını dikkate almaktadır. Böylesi bir gerekçelendirme sanata tanınan korumaya da şüphesiz ki etki edecektir. Bu nedenle burada yapacağımız açıklamalara sanatsal ifadenin Mahkeme tarafından belirlenen koruma alanını değerlendirirken tekrar döneceğiz. Ancak bu bölümde öncelikle ifade özgürlüğü ile demokrasi arasındaki genel ilişkiyi kısaca inceleyip (a) sanatın bu ilişkide nerede durduğunu incelemekle yetineceğiz (b).

¹¹⁹ Şule Özsoy, **Measuring Compatibility with the European Convention on Human Rights: The Turkish Example in the Free Speech Context**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Aralık 2006, s. 85 ; Kemal Şahin, **op. cit.**, s. 271.

a. İfade Özgürlüğü ve Demokrasi İlişkisi

Demokrasi herkesin içini istediği gibi doldurmaya çabaladığı bir kabuk haline gelmiştir. Önüne konan sıfatlarla, politikacıların dilinde bir araç haline gelmesiyle “her şeyin temeli” olmuş; ama “hiçbir şeyin çözümü” olamamıştır. Demokrasi, kökeninde oldukça basit bir fikre dayanır; siyasi iktidarın halka ait olması. Ama bu idealin nasıl gerçekleştirileceği sorusunun karmaşıklığı¹²⁰, neyin demokratik neyin antidemokratik olduğunu belirlemeyi de zorlaştırmıştır.

Halkın iktidara ait olması demek, öncelikle halkın yönetime katılabileceği bir aracın varlığını gerektirir. Günümüz toplumlarında bunun temel aracı seçimdir. Temsili demokrasinin temelindeki bu yöntem sayesinde halk temsilcilerini seçerek yönetimi dolaylı olarak elinde bulundurmaktadır. Seçimse ancak birkaç seçenek varsa seçim olabilir, yoksa yapılan eylemin seçmek olduğunu söylemek makul olmayacaktır. Demek ki farklı fikirlerin bir arada olabilmesi demokrasi için olmazsa olmaz bir özelliktir. Fikirlerin bir arada olabilmesi ve onların arasından seçim yapılabilmesi içinse öncelikle bu fikirlerin dillendirilebilmesi, ifade edilebilmesi gerekir. O halde ifade özgürlüğünün diğer haklardan farklı olarak demokrasi ile ayrı bir ilişkisi olduğunu, demokrasinin ancak ifade özgürlüğünün belli ölçüde sağlanabildiği bir ortamda var olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır¹²¹. Demokrasinin önüne hangi sıfat konursa konsun, demokrasi kavramının temelindeki ana fikir durduğu sürece ifade özgürlüğü de demokrasinin bir gereği olmaya devam edecektir. Çünkü önce bireysel olarak kişinin kendi kanaatini oluşturması için sonra da kamusal olarak halkın iradesinin bu fikirlerin paylaşımıyla oluşturulması için ifade özgürlüğü şarttır¹²². Kişi ancak kanaatini seçimden önce özgürce oluşturabiliyorsa demokrasiden bahsedebiliriz¹²³.

Bunun bir adım ötesinde, demokrasiyi tam anlamıyla halkın iktidarını gerçekleştirecek biçimde kurgulayacak olursak – ki demokrasi zaten bu anlama geldiğinden olması gereken de budur – doktrinde de belirtildiği üzere demokrasinin

¹²⁰ Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu/ Mehmet Turhan, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 30-33.

¹²¹ Robert A. Dahl, **On Democracy**, New Haven & Londra: Yale University Press, 1998, s. 96-97.

¹²² Ernst-Joachim Lampe, “Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi”, Çev. Nihat Ülner, Hayrettin Ökçesiz (haz.), **Düşünce Özgürlüğü**, İstanbul: AFA Yayınları, Mayıs 1998, s. 132.

¹²³ Klaus Finkelburg, “Demokraside İfade Özgürlüğü”, Çev. Nihat Ülner, Hayrettin Ökçesiz (haz.), **op. cit.**, s. 197.

seçimle sınırlı olmadığı, bireylerin fikirlerini açıklayarak yönetimi etkileyebilmesinin ve yönetime katılmasının da demokrasinin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁴. Bununla birlikte demokrasi aynı zamanda muhalefette olanın iktidara gelme olanağına da sahip olması demektir¹²⁵. Yine bu da azınlıkta kalan fikirlerin de dillendirilebilmesi gerektiğini göstermektedir. İfade özgürlüğü demokrasiyle bu yakın ilişkisi nedeniyle siyasal rejimlerin tespit edilmesinde de turnusol kağıdı olarak görülmektedir¹²⁶.

Demokratik toplumla ifade özgürlüğü arasındaki bu temel ilişkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin nasıl yaklaştığına gelecek olursak, Mahkeme belirli bir demokrasi tanımı vermemekle birlikte ifade özgürlüğü ile demokrasi arasındaki yakın ilişkiye sık sık atıf yapmaktadır. Bu atıflardan en ünlüsü elbette ki Handyside kararındaki formüldür. Bu cümle, Mahkemenin demokratik toplumdaki ifade özgürlüğüne verdiği önemi ve bu ilişkiye nasıl yaklaştığını göstermesi bakımından önemlidir. Mahkemeye göre: *“İfade özgürlüğü (demokratik) toplumun temellerinden biri olup, onun ilerlemesi ve her insanın gelişimi için gereklidir. (İfade özgürlüğü), sadece olumlu, doğru ya da zararsız görülen ‘haber’ ve ‘düşünceleri’ değil, Devlet veya toplumun bir kesiminin olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşünceleri de kapsar. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bunlar olmaksızın ‘demokratik toplumdan’ da bahsedilemez.”*¹²⁷.

O halde Mahkeme için ifade özgürlüğünün, bireylerin demokratik topluma katılımını sağlaması dışında, demokratik toplumun ilerlemesi ve bireyin kendini geliştirmesi için gerekli olduğunu söylemek mümkündür¹²⁸. Ancak bu üç unsurun yanında Mahkeme üç değeri de demokratik toplumun temeli olarak değerlendirmiştir: Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik. Bunların ışığında Mahkemenin demokrasiyi sadece seçimlerden ibaret görmediği, farklılıkların bir arada yaşayabildiği, çoğunlukçuluğu reddeden, çoğulcu bir toplum modeli olarak

¹²⁴ Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 14-15.

¹²⁵ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**, 8. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Temmuz 2016, s. 260.

¹²⁶ Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2015, s. 343.

¹²⁷ AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, p. 49. Anayasa Mahkemesi de aynı ilkeyi kabul etmiştir. Bkz. AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu (2014/3986), K. T. 02.04.2014, p. 35.

¹²⁸ Özsoy, **op. cit.**, s. 86.

gördüğü açıktır. Bu anlamda bir demokratik toplumun varlığı ise, farklı fikirlerin ifade edilmesini mümkün kılan ifade özgürlüğü var olmadan gerçekleşemez.

b. Sanatsal İfadenin Demokratik Topluma Katkısı

Peki tüm bunların sanatla ilgisi ne olabilir? Neden demokrasi sanatın varlığına ihtiyaç duyar? Her şeyden önce, her ifade gibi sanat da bir ifade olarak politik tartışmaya katkıda bulunabilir ve toplumdaki hoşgörü ve çoğulculuğun bir parçası olarak demokratik toplumda korunmalıdır. Prensip olarak demokratik toplumlarda ifadenin özgür olması gerektiğini kabul ediyorsak sanatın bir istisna olmasına gerek yoktur¹²⁹.

Ancak sanatın demokratik toplum açısından önemine ayrıca dikkat çekmek de mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanatın demokratik toplumdaki yeri konusundaki yaklaşımını ortaya koyduğu ilk karar *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararıdır. Bu başvuruya ilişkin Komisyon görüşü, bu yaklaşımın içtihatındaki çıkış noktası olarak görülebilir: “*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.*”¹³⁰ Mahkeme ardından bu başvuruya ilişkin kararda bu yaklaşımı tartışmadan benimsemiş ve Sözleşmenin 10. maddesinin “*kültürel, siyasi ve sosyal, her türlü bilgi ve görüşün kamusal alışverişine katılmaya olanak veren sanatsal ifadeyi*”¹³¹ de kapsadığına hükmetmiştir.

Demek ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanatı, sanatçının topluma dair görüşlerini yansıttığı ve sorunları tartışmaya açtığı için değerli bulmaktadır. Peki

¹²⁹ Jeffrie G. Murphy, “Freedom of Expression and the Arts”, *Arizona State Law Journal*, C. 29, 1997, s. 559-560.

¹³⁰ AİHK, Müller/İsviçre (Komisyon Raporu, 10737/84), 08.10.1986, p. 70.

¹³¹ AİHM, Müller/İsviçre, p. 27.

AİHM'in benimsediği yaklaşımdan bakacak olursak sanat bunları nasıl gerçekleştirebilir?

John Dewey sanatla demokrasi arasındaki ilişkiye tam da bu açıdan yaklaşan düşünürlerden biridir¹³². Dewey, sanatsal ifadeyi iletişim olarak nitelendirmiş ve yukarıda da belirttiğimiz üzere, sanatın kaynağında da deneyimlerin olduğunu söylemiştir. Sanat Dewey'nin de dediği gibi, insanları ve farklı düşünceleri birbirine tanıtan, onları bir arada tutan bir iletişim aracı olabilir¹³³. Bu iletişimsel özellik kendini farklı biçimlerde gösterse de her sanatta mevcuttur. Örneğin müzikte işlenmemiş bir materyal olan seslerin duygusal bir iletişime aracılık edecek biçimde dönüştürülmesi söz konusuysa edebiyatta ise zaten anlamı olan sözcüklerin kullanılmasıyla kültürel olarak daha yoğun bir iletişim biçimi vardır¹³⁴. Bu özellik sanatın kendi kökenindeki deneyimi de aktarmasını sağlar; toplumdaki farklılıkların anlaşılmasına, böylece bir birliktelik içinde yaşanmasına zemin hazırlar ve bazen de toplumdaki farklılıkların tartışılmasına kapı açar¹³⁵. Bu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin anlayışında, sanatın demokratik toplumdaki yerine karşılık gelmektedir. Ayrıca, *Handyside* kararında Mahkemenin ifade ettiği formülle bağlantı kuracak olursak sanatın bu farklılıkların hoşgörü içinde bir arada yaşamasını sağlaması bakımından demokratik toplumu pekiştirici bir işleve sahip olduğu da söylenebilir.

Sanatın tek işlevi bu farklılıkların bir arada yaşamasını sağlamak değildir şüphesiz ki. Hatta Dewey'nin sanatın sadece bu yönüne vurgu yapması bir eleştiri sebebi olmuştur¹³⁶. Sanat özellikle 19. yüzyıldan sonra hem kendine hem de içinde bulunduğu toplumun kurallarına meydan okuyan bir tavır sergilemiş; zaman zaman uzlaştırıcı olmaktan çok tahrik edici bir işlev üstlenmiştir. Bu sayede sanat toplumdaki düzene ve genellikle de çoğunluğun fikrine karşı ses çıkararak onu değiştirmeye katkıda bulunduğundan ötürü de demokrasi için önemli olmalıdır¹³⁷. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi demokrasi, çoğunluğun her istediğini

¹³² Bingöl, **op. cit.**, s. 120.

¹³³ Dewey, **op. cit.**, s. 244

¹³⁴ **Ibid.**, s. 237-240.

¹³⁵ Mark Mattern, "John Dewey, Art and Public Life", **The Journal of Politics**, C. 61, S. 1, Şubat 1999, s. 64, 67.

¹³⁶ Mattern, **op. cit.**, s. 70-71.

¹³⁷ Caroline Levine, **Provoking Democracy: Why We Need the Arts**, Malden /Oxford/ Victoria: Blackwell Publishing, 2007, s. 22.

yapabilmesi anlamına değil, azınlığın fikirlerinin de duyulabilmesi anlamına da gelir. Aynı zamanda bu fikirlerin çoğunluk olabilmesi ihtimalini içerir. Sanat tarihinin gelişimine baktığımızda sanatta da marjinal olarak ortaya çıkmış olan fikirlerin zamanla ana akımda kendine yer bulabildiğini ve sanatın böylece çeşitlendiğini söyleyebiliriz¹³⁸. Nitekim benzer bir tespit demokrasinin işleyişi için de yapılabilir. Başta düzene aykırı olarak ortaya çıkan fikirler zamanla düzenin içinde hatta demokratik düzenin temelinde kendilerine yer edinmişlerdir. Kadınların oy hakkı mücadelesi bu tür değişime verilebilecek en uygun örneklerden biri olabilir. Başlarda 19. yüzyıl demokrasilerinin dışladığı bu hak, 21. yüzyılda demokratik toplum düzeninin vazgeçilmesi tahayyül bile edilemez bir unsur haline gelmiştir. Sanat işte bu dinamik demokratik düzen içinde, toplumsal değişimlerin katalizörü olabilen, sanatçıların özgürlük taleplerini dillendirdiği bir mecradır¹³⁹.

Sanatın demokratik toplumla olan ilişkisi aynı zamanda siyasi katılımı da bağlantılıdır. Çünkü sanat, bir ifade yöntemi olarak özellikle kitle iletişim teknolojilerinin geliştiği çağımızda sadece sanatçılar için değil herkes için bir eleştiri aracı olabilir. Aynı şekilde, sanatın muhatabını da sanatın yaratıcısı haline getirmeye çalışan performatif estetik anlayışıyla, sanatı siyasi katılımın bir mecrası haline getirmek de mümkündür¹⁴⁰. 2017 yılında Hamburg'da düzenlenen G20 zirvesinde bin kişinin zombi kılığına girip Hamburg sokaklarına dağıldığı zombi yürüyüşü performansı böylesi bir estetik anlayışıyla şekillenen sanatın nasıl siyasi katılım için bir alan haline gelebildiğinin iyi bir örneğidir¹⁴¹.

Son olarak yukarıda karardan yapılan alıntı, sanatçının kendisini ifade etmesinin önemine de değinmektedir. Mahkeme ifade özgürlüğüne ilişkin, kişinin kendini gerçekleştirme dair argümana dayanan bu savı dillendirmektedir; ancak

¹³⁸ **Ibid.**, s. 21-22.

¹³⁹ **op. cit.**, s. 29-30.

¹⁴⁰ Nancy S. Love/ Mark Mattern, "Introduction: Art, Culture, Democracy", in Nancy S. Love/ Mark Mattern (ed.), **Doing Democracy: Activist Art and Cultural Politics**, Albany: SUNY Press, 2013, s. 6-7.

¹⁴¹ CNN, "'Zombies' descend on Hamburg for G20 protest", Haber tarihi: 06.07.2017. <http://edition.cnn.com/2017/07/06/europe/g20-zombies-protest/index.html> (Erişim tarihi: 09.07.2017). Benzer şekilde katılımcı bir sanat anlayışının demokratik pratiklerle ilişkisi Amerika'da ortaya çıkmış olan "slam poetry" anlayışında da görülebilir. "Slam poetry", basitçe sahne üzerinde doğaçlama biçimde okunan bir şiire, sahneye bu şiirden sonra çıkanın şiirle cevap vermesiyle devam eden bir performans olarak tanımlanabilir. Bu biçim, tüm seyircilerin katılımına açık olması nedeniyle biçimsel olarak demokrasiye paralel ve siyasi katılımı teşvik eden bir sanatsal ifade formudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mark Mattern, "The Message in the Medium: Poetry Slam as Democratic Practice", in Love/ Mattern (ed.), **op. cit.**, s. 121-142.

bu gerekçeyi de demokratik toplumla olan ilişkisi çerçevesinde, muhakemesinin temelinde demokrasiyi oturtarak ele aldığını tespit etmek gerekir¹⁴². Aynı tespiti sanatsal ifade için yapmak da mümkündür¹⁴³. Burada mahkemenin dikkat çektiği şey bireyin kendini gerçekleştirmesinden çok, demokratik düzenden bahsedebilmemiz için bireyin kendini gerçekleştirdiği bir ortamın gerektiğidir. Bu nedenle de kişinin kendini gerçekleştirme de Mahkeme için başlı başına bir amaç değil, demokrasinin gerçekleştirilmesi için bir kriterden ibaret gibidir. Son tahlilde önemli olan kişinin kendini gerçekleştirme değil, kişinin kendini gerçekleştirme demokratik bir toplumdan bahsedebileceğimiz ölçüde mümkün kılınmasıdır. Bunun mantıksal sonucu kişinin kendini gerçekleştirme demokratik toplum düzeniyle çatışmaya girmesi durumunda demokratik toplum düzeninin kazanması olacaktır. Bu nedenle, bu gerekçelendirme kanaatimizce Mahkemenin muhakemesini etkileyecek bir özerklik taşımamaktadır.

¹⁴² Özsoy, **op. cit.**, s. 86.

¹⁴³ Sanatçının kendini ifadesinin bir değer olarak görülmesine ilişkin argümanın açıklaması için bkz. I. B. I. a.

II. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI ¹⁴⁴

Sanatın, kural olarak ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabilecek nitelikte bir ifade olduğu konusunda Türk doktrininde tartışmaya rastlamak mümkün değildir. Hatta sanat özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün ayrı ayrı korunması durumunda bile aralarındaki ilişkinin özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵. Ancak ilk bölümde belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sanata dair özel bir özgürlük tanımlanmadığından ötürü sanat, ifade özgürlüğünün sanatsal ifadeyi de kapsadığından hareketle korunmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler rejiminde bir hakkın kapsamı, hakkın korumasına girmeye elverişli olan hususları ifade eder. Bu kapsam hem konu hem de kişi yönünden belirlenebilir. Ancak bu elverişli alanın bir kısmı mevzuatta yer alan meşru sebeplerle ve/veya bu sebeplerin içtihadı yorumu sonucu özgürlüğün koruması dışında kalacaktır. Dolayısıyla bu kısımda amacımız, devletin sanatsal ifade özgürlüğünü ne kadar kısıtlayabileceğini ortaya koymak olmayacaktır. Kapsama dair böyle bir ayrıma gitmemizin sebebi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sistematüğinden kaynaklanır. Çünkü Mahkeme de öncelikle bir kişinin Sözleşme'de korunan haklarından birinin etkilenmiş olmasını aramaktadır. Ancak bunun üzerine, bu etkinin bir sınırlama olup olmadığını ve bu sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu inceler. Sanatsal ifade özgürlüğünün korumasını ikinci bölümde ele alacağımıza göre bundan önce ifade özgürlüğünün kapsamını ve sanatın bununla ilişkisini tespit etmemiz gerekmektedir.

Sanat kavramına genel olarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında nasıl yaklaşıldığını inceledikten sonra, sanatsal ifade özgürlüğünün de bir çerçevesini çizmemiz için Mahkemenin ifade özgürlüğüne yaklaşımını sanatsal ifadenin ışığında değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü Sözleşme'nin sistematüğü açısından sanatsal

¹⁴⁴ Bu ifade, sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında korunan alanı aşan bir alanı ifade eder. Aynı yöndeki kullanım için bkz. Şahin, **op. cit.**, s. 323 vd.

¹⁴⁵ Tanör, **op. cit.**, s. 90.

ifade özgürlüğü aslında ifade özgürlüğünün bir parçasıdır. O halde sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamını belirlerken sanatın ifade özgürlüğünün kapsamında nereye yerleştirilebileceğini ortaya koymamız gerekiyor. Ancak bu kapsam belirlenirken öncelikle sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin önemli bir problemin çözülmesi gerekmektedir. Çünkü sanatsal ifade özgürlüğü dediğimiz kavram aslında 1982 Anayasası'nda da olduğu gibi bazı hukuk düzenlerinde farklı tanımlanan iki özgürlüğü bünyesinde birleştirir: sanat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü. Bu nedenle sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamını belirlerken, öncelikle sanat özgürlüğü ile sanatsal ifade özgürlüğünün özdeş olup olmadığını da incelememiz gerekecektir (A). Bundan sonra ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ışığında ifade özgürlüğünün kapsamını inceleyip sanatsal ifadenin bu kapsam içinde nasıl değerlendirileceğini tartışacağız. (B)

A. Sanat Özgürlüğü ve Sanatsal İfade Özgürlüğünün İlişkisi Sorunu

“Sanatsal ifade özgürlüğü” terimi aslında Türk doktrininde yakın zamanlarda kullanılmaya başlanmış bir terimdir. Gerek Anayasa'da gerekse doktrinde, 2010'lu yılların başına dek yazılmış eserlerin çoğunda tercih edilen terimin “sanat özgürlüğü” olduğunu görüyoruz¹⁴⁶. Kısaca bu çalışmanın girişinde açıkladığımız üzere, sanat özgürlüğü kavramı yerine sanatsal ifade özgürlüğü kavramını tercihimizin başlıca sebebi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Mahkemenin sanata ilişkin korumayı ifade özgürlüğü üzerinden tanımasından kaynaklanmaktadır. Ancak sanat özgürlüğünün sanatsal ifade özgürlüğünden başka bir alanı koruma altına alıp almadığının, sanat özgürlüğünün kapsamını sanatsal ifade özgürlüğü kavramıyla da koruyup koruyamayacağımızın kavramsal olarak ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle sanatsal ifade özgürlüğünün sanat özgürlüğüne göre daha dar bir alanı koruduğuna ilişkin tezi (1) değerlendirip ardından sanatsal ifade özgürlüğünün sanat özgürlüğüne göre daha geniş bir kapsama işaret etmesinin mümkün olup olmadığını (2) tartışacağız.

¹⁴⁶ Bkz. Atalay, **op. cit.**; Bingöl, **op. cit.**; Kanadoğlu, **op. cit.**; Tanör, **op. cit.**, Bu konudaki istisnayı Ersoy ve Topukçu'nun çalışmaları teşkil ediyor. Bkz. Ersoy, **op. cit.**; Topukçu, **op. cit.**

1. Sanat Özgürlüğünün Kapsayıcılığı İddiası

Türk doktrininde hem Anayasa’da sanat özgürlüğünün ayrıca düzenlenmesi hem de Almanya’da sanat özgürlüğünün anayasa yargısı tarafından ifade özgürlüğünden ayrı bir kapsama ve rejime kavuşturulmasının etkisiyle sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğünden daha farklı bir kapsama sahip olduğu ve bunların örtüştürülemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Bunun da gerekçesi olarak, bir kültürel hak olan sanat özgürlüğünün yaratma sürecini de içermesi sebebiyle daha geniş ve hatta farklı bir kapsama sahip olduğu söylenmektedir. Bu tezde büyük ölçüde doğruluk payı olduğu şüphesizdir. Ancak bizim cevaplamaya çalışacağımız ilk soru, bir kültürel hak olarak sanat özgürlüğünün kapsamının nasıl çizilebileceğidir (a). Ardından da sanatın ifade özgürlüğü kapsamında, dolayısıyla sanatsal ifade özgürlüğü çerçevesinde korunmasının, bir kültürel hak olan sanat özgürlüğünün bu kapsamını ne derece karşıladığı sorgulanacaktır. Bu sorunu incelemek ise AİHM içtihadında ifade özgürlüğü kapsamında getirilen pozitif yükümlülüklerle de değinmeyi gerektirir (b).

a. Kültürel Hak Olarak Sanat Özgürlüğü

Doktrinde sanat özgürlüğü kültürel bir hak olarak kabul edilmektedir. Kültür oldukça geniş, birçok farklı unsuru kapsayan bir kavram olduğundan tanımlanması zordur ve bu zorluk kültürel hakların tanımlanmasının da zorlaşmasına yol açmaktadır¹⁴⁸. Aslında insanın tarihsel ve toplumsal gelişim sürecinde yarattığı her şey kültürün kapsamına girebilir ve kültür, “insanlığın biriktirdiği maddi miras” olarak ifade edilebilir¹⁴⁹. Ama bunun yanında kültürün kaynağında insanlığın üretimi olduğundan, kültür insanın sanatsal, düşünsel ve bilimsel üretim süreci olarak da değerlendirilebilir¹⁵⁰. Her ne olursa olsun, kültürel haklar aslında daha yoğun tartışma konusu olan klasik hak ve özgürlüklerin işaret etmediği; ancak o hakların dahi felsefi ve toplumsal temelini oluşturan ve tüm toplumsal hayatımızı sarmalayan

¹⁴⁷ Atalay, *op. cit.*, s. 11.

¹⁴⁸ Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 164.

¹⁴⁹ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği” (*Niteliği*), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 2004, s. 53.

¹⁵⁰ *Ibid.* ; Bingöl, *op. cit.*, s. 106.

bir birikime hem katılmayı hem de katkıda bulunmayı korur¹⁵¹. Elbette ki bu birikim sadece tüm insanlığın birikimi değildir, bir milletin birikimi de kültürel bir hakkın konusu olabileceği gibi, bir azınlık grubunun da kültürel haklar kapsamında korunabilecek bir tarihsel ve toplumsal birikimi olabilir¹⁵². Birleşmiş Milletler raporunda ise kültürel haklar şöyle tanımlanmıştır:

*“Kültürel haklar, her kişinin bireysel olarak veya diğerleriyle bir topluluk içinde – ve insan gruplarının da – insanlıklarını; dünya görüşlerini; var oluşlarına ve değerleri, inançları, kanaatleri, dilleri, bilgi ve sanatları ve yaşam biçimleri aracılığıyla gelişmelerine verdikleri anlamı, geliştirmesi ve ifade etmesi hakkını korur. Bu hakların aynı zamanda böylesi bir gelişim sürecini mümkün kılan kültürel mirasa ve kaynaklara erişimi koruduğu söylenebilir.”*¹⁵³

Kültürel hakların kapsamında hangi hakların yer aldığı da tartışmalı bir konudur. Örneğin, Kaboğlu, eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğünü, sanatsal yaratma ve ifade özgürlüğünü, toplumsal iletişim özgürlüklerini kültürel haklar arasında sayarken¹⁵⁴, kültürel haklara ilişkin en temel uluslararası belge olan BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)’nde toplumsal iletişim özgürlüklerine ilişkin doğrudan hiçbir koruma yoktur. Çeçen ise, kültürel hakları genel ve özel olarak ikiye ayırmaktadır. Genel haklar arasında düşünce hakkını, konuşma hakkını, yazma hakkını, yayın ve yaratma hakkını, eğitim hakkını ve kültürel örgütlenme hakkını sayar. Özel kültürel haklar kategorisinin içinde ise kültürü isteme hakkı, katılma hakkı, gelişme hakkı ve özerklik hakkı vardır¹⁵⁵. Hukuki temeli netleştirmek adına Sözleşmeyi temel alacak olursak, eğitim hakkını¹⁵⁶, sanat özgürlüğünü, bilim

¹⁵¹ Donnelly, **op. cit.**, s. 165.

¹⁵² Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi, 2010, s.166-167.

¹⁵³ Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 21**, E/C.12/GC/21, 21.12.2009, p. 13. Bu tanım daha yakın tarihli bir BM İnsan Hakları Konseyi raporunda bu tanım özellikle kültür kavramını tanımlamayı reddetmesi nedeniyle de kabul görmüştür. Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Kültürel Haklar alanında Özel Raportörün Raporu**, A/HRC/31/59, 03.02.2016, p. 7-8.

¹⁵⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, Kasım 2002, s.488-524.

¹⁵⁵ Çeçen, **op. cit.**, s. 227-242.

¹⁵⁶ Elbette eğitim hakkı sadece kültürel bir hak değil, aynı zamanda bir sosyal hak olarak da görülebilir.

özgürlüğünü ve bu kapsamda akademik özgürlüğü kültürel haklar çerçevesinde saymak mümkündür¹⁵⁷.

Sanat özgürlüğüyle ilgili olarak BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin kültürel haklara ilişkin 15. maddesine baktığımızda, öncelikle maddenin 3. fıkrasının devletlere yaratıcı faaliyetler için zorunlu bulunan özgürlüğe saygı gösterme yükümlülüğünü yüklediğini görürüz. Dolayısıyla hüküm, sanatı bir özgürlük alanı olarak tanıyarak devlete bu özgürlüğe saygı gösterme yükümlülüğü yüklemektedir¹⁵⁸.

Ancak kültürel haklar, sanatın ve yaratıcılığın korunmasına ilişkin bir hukuki altyapı sağlasa bile, sanata dair tüm kültürel haklar da basitçe sanat özgürlüğü olarak tanımlanamaz. ESKHS'nin 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (c) bentleri sanat özgürlüğüyle ortaklaşan birçok alanı koruma altına alsada sanat özgürlüğüyle özdeş olarak görülmemelidir. Maddenin (a) bendi, kültürel yaşama katılma hakkını; (c) bendi ise kişinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal eserlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkını koruma altına almaktadır. ESKHS'nin denetim organı olan Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi(EKOSOK)'ne göre kültürel yaşama katılma hakkı; sanatı ve sanatsal yaratımı aşmakta, din ve inanç sistemlerini, ritüelleri, dilleri, yaşama biçimlerini, spor ve oyunları, yemek kültürünü, üretim biçimlerini, bireylerin veya toplulukların insanlıklarını ve varoluşlarına verdikleri anlamı ifade eden gelenek ve görenekleri de kapsamaktadır¹⁵⁹. Elbette ki bu hak sanat açısından, eserlerin yaratım sürecini ve yayılmasını da koruduğundan sanat özgürlüğünden ayrı düşünülemez; ancak bu hakkın toplumsal bir yönü de vardır. Örneğin, yerel halkların ve azınlıkların kendi kültürlerini koruması ve bu kültürel yaşamın devam ettirilmesi de bu hak

¹⁵⁷ Sözleşmenin kültürel hakları koruma altına alan 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kültürel yaşama katılma hakkını düzenlemektedir. Dolayısıyla kültürel hakların kapsamında bu kültürün ne kültürü olduğu, bu kültürel yaşamın hayatın hangi alanını kapsadığı soruları da tartışmaya açıktır. Tam da bu nedenle, Kaboğlu'nun dediği üzere kitle iletişim araçlarını kültürel yaşama katılmanın vazgeçilmez bir aracı olarak görecekssek, o halde toplumsal iletişim özgürlüklerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Ancak basın özgürlüğünün BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nde de açıkça koruma altına alınmış olması bu tür iletişim özgürlüklerinin sadece kültürel hak olarak sınıflandırılmasının zor olduğu yönünde bir işaret olarak da görülebilir.

¹⁵⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C.1, 8. Bası, İstanbul : Legal Yayıncılık, Aralık 2012, s. 364.

¹⁵⁹ BM EKOSOK, **Genel Yorum No: 21**, p. 13. "Genel Yorum"a ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Gemalmaz, **op. cit.**, s. 381-384.

kapsamında korunur¹⁶⁰. Ayrıca kültürel hayata katılma hakkının kapsamının genişliği dışında hukuki rejimi de kendine özgüdür. Örneğin sınırlama rejimi bakımından bu hak EKOSOK'un 4. maddesine göre ancak demokratik bir toplumda genel refahı desteklemek amacıyla kısıtlanabilir. Yani bu hak için, ne kişilik hakları, ne ulusal güvenlik, ne de kamu düzeninin korunması bir sınırlama sebebidir¹⁶¹.

15. maddenin (c) bendindeki sanatsal eserlerden kaynaklı maddi ve manevi menfaatlerden faydalanma hakkı ise sanat özgürlüğü ile ilişkili olmakla birlikte genellikle fikri mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilmekte, dolayısıyla çoğunlukla mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir¹⁶². Ancak bu koruma sadece fikri haklarla ilişkilendirilemez, zira burada fikri haklardan ayrıca tanınan bir insan hakkı söz konusudur¹⁶³. EKOSOK'a göre bu hakkın fikri mülkiyet hukuku ile korunması mümkündür; ancak niteliği itibarıyla fikri mülkiyetten farklı olarak bir insan hakkıdır. Koruduğu menfaat, fikri mülkiyetin aksine sadece ve sadece eseri yaratanın haysiyetidir. Ancak bu fikir teorik olarak anlaşılabilir olsa da maalesef somut olarak bu hakkı fikri mülkiyetten ayırmakta yetersiz kalmaktadır¹⁶⁴. Fakat şüphesiz ki bu haliyle bu hak, fikri mülkiyete göre sanat özgürlüğüyle çok daha doğrudan ilişkilidir. Çünkü fikri mülkiyet şirket menfaatini koruyan bir yatırım aracı da olabilir. Oysa EHSKS'de düzenlenen bu hakkın koruduğu menfaat özel olarak yaratıcı ile eseri arasındaki kişisel bağa ve bu bağın saygınlığına ilişkindir¹⁶⁵. Sanatçının sanatsal üretime devamının ekonomik ve manevi boyutunu koruma altına almaktadır. Bu kapsam sanat özgürlüğüyle ilişkili olsa bile, özellikle maddi boyutunun mülkiyet hakkı ile olan iç içeliği nedeniyle sanat özgürlüğünden ayrı olarak maddi bir alanı da korumaktadır. Manevi boyutu açısından da koruduğu menfaat sanatçının ifadesinin yaratımı, yayılması ve başkalarına ulaşması değil, sanatçının eseri üzerindeki emeğinin toplum tarafından tanınmasına ve buna saygı duyulmasına ilişkindir. Bu da yine yaratıcının eser üzerindeki hakimiyetiyle alakalı olduğundan sanat özgürlüğünün kapsamıyla yer yer örtüşse de onu aşmaktadır.

¹⁶⁰ Mylène Bidault, **La protection internationale des droits culturels**, Brüksel : Bruylant, 2009, s. 433-434.

¹⁶¹ Amrei Müller, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Law Review**, C. 9, S. 4, 2009, s. 572.

¹⁶² Gemalmaz, **op. cit.**, s. 360.

¹⁶³ **Ibid.**, s. 362.

¹⁶⁴ Hans Morten Haugen, "General Comment No. 17 on 'Authors' Rights'", **The Journal of World Intellectual Property**, C. 10, S. 1, 2007, s. 65-66.

¹⁶⁵ Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 17**, E/C.12/GC/17, 12.01.2006, p. 2.

Peki bu haklar sanat özgürlüğünün kapsamından ayrılıyorsa sanat özgürlüğünün kapsamı nedir? Öncelikle belirtmeliyiz ki doktrinde, sanat özgürlüğünün kültürel haklar kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim sanat özgürlüğünü bir kültürel hak olarak tanımlayıp, kültürü de bir yaratım süreci olarak gördüğümüzde sanat özgürlüğünün kapsamı için bir perspektif oluşturmamız mümkün olmaktadır¹⁶⁶. Böylece sanat özgürlüğünün üç farklı unsuru içeren bir kapsama sahip olduğu söylenebilecektir. Öncelikle sanatsal etkinlik alanını, yani sanatsal ifadeden ayrılamayacak olan eserin oluşum sürecini ve sanatçı açısından da sanatsal yaratma sürecini kapsar¹⁶⁷. İkinci olarak, yaratılmış olan sanatın etki alanını yani, sanat eserinin tanıtılmasına, yayılmasına ve açıklanmasına ilişkin faaliyetleri de içerir¹⁶⁸. Bunun dışında, Anayasa'nın da 64. maddesinde belirtildiği üzere, devletin sanatı ve sanatçıyı korumasına ilişkin bir pozitif yükümlülüğü kapsar¹⁶⁹. Bu pozitif yükümlülük doktrinde, sanat özgürlüğü açısından “kurumsal garanti” olarak da tanımlanmıştır¹⁷⁰. Bu “kurumsal garanti” terimi, sanatın bir kurum olarak varlığını ve sanat eserlerinin üretimini garanti etmek anlamına değil, daha çok sanatın devlet etkisinden bağımsız bir şekilde, özgürce gelişmesini ve öğrenilmesini teminat altına almak anlamında gelir¹⁷¹.

Demek ki sanat özgürlüğü, bir kültürel hak olarak algılandığında, sanatın ve sanatçının korunması için devlete yüklenen pozitif yükümlülük de sanat özgürlüğünün kapsamında görülmektedir.

b. İfade Özgürlüğünün Kapsamının Geniş Yorumu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünü koruma altına almaktadır. Girişte belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

¹⁶⁶ Bingöl, **op. cit.**, s.106-107.

¹⁶⁷ Atalay, **Kapsamı**, s. 9; Bingöl, **op. cit.**, s. 113; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Bilim ve Sanat Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, İstanbul: YKY, Aralık 2000, s. 127; Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 27. Bingöl, bu yaratım sürecine ilişkin alanın korunmasını sanat özgürlüğünün bir kültürel hak olmasıyla, kültürü sanatsal ve bilimsel üretim süreci olarak tanımlamak suretiyle, ilişkilendirmektedir. Bingöl, **op. cit.**, s. 107.

¹⁶⁸ Atalay, **Kapsamı**, s. 10; Bingöl, **op. cit.**, s. 115 ; Kaboğlu, **op. cit.**, s. 128, Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 27-28.

¹⁶⁹ Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 27.

¹⁷⁰ Atalay, **Niteliği**, s. 58 ; Bingöl, **op. cit.**, s. 110.

¹⁷¹ Atalay, **op. cit.**, s. 59-60.

sanatsal ifadenin bu kapsamda koruma altına olduğuna hükmetmiş ve bunu tutarlı bir içtihat haline getirmiştir. Zaten “ifade” tabirinin sanatsallığı dışladığına dair bir ibare Sözleşme’de yer olmadığından sanatsal ifadenin bu kapsamda korunduğu sonucuna Mahkemenin bu yönde bir içtihadı olmasa dahi ulaşmamız yanlış olmazdı.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin “kapsam” kavramı Türk doktrinine yabancı bir kavram değildir. Bingöl, sanat özgürlüğüne ilişkin makalesinde kapsamı “özgürlük ile korunan alan” olarak tanımlamıştır¹⁷². Ancak yazar, makalesinde bu hakkın sınırlandırılmasını da ayrı bir başlıkta incelemektedir. Dolayısıyla, “özgürlük ile korunan alan” ifadesi ile kast edilenin, hukukun özgürlüğe ilişkin nihai olarak koruduğu alan değil, hak ve özgürlüğün korumasına girebilecek nitelikte ve sınırlama rejiminin konusu da olabilen bir alan olduğunu söylemek kanaatimizce mümkündür. Buna karşılık gelen ve kullanılan başka bir terim de “koruma alanı” kavramıdır¹⁷³.

Kapsam ile ilgili bir başka kavram da “düzenleme alanı”dır. Bununla ifade edilen temel hak ve özgürlüğe ilişkin düzenlemenin konusunu oluşturan alandır. Bu düzenlemeyi yapan hukuk kuralı, düzenleme alanının bir kısmını doğrudan kapsamın (koruma alanının) dışında bırakabilir. Dolayısıyla bu kavram ise kapsam (koruma alanı) olarak yukarı tanımlanan alanı içermektedir. Bundan kasıt şudur: Örneğin; Anayasa’nın 34. maddesinin düzenleme alanı tüm toplantılardır. Ancak ilgili maddede açıkça toplantının “silahsız ve saldırısız” olması şartı vardır. Dolayısıyla düzenleme alanı toplantı ve gösteri yürüyüşü iken, özgürlüğün kapsamı (koruma alanı), silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşleridir¹⁷⁴. Bu kavram bazen “özgürlüğün konusu” kavramıyla eşdeğer nitelikte kullanılırken¹⁷⁵, bazı yazarlar hakkın konusu kavramını koruma alanıyla eş anlamlı olarak da kullanmaktadır¹⁷⁶. Bu noktada Türk doktrininde bir terim birliği yoktur.

¹⁷² Bingöl, **op. cit.**, s.111.

¹⁷³ Bingöl, **op. cit.**, s. 112, O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul: Beta Yayınları, Şubat 2000, s. 8.

¹⁷⁴ Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Bası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 86.

¹⁷⁵ Şahin, **op. cit.**, s. 323-324.

¹⁷⁶ Gören, **op. cit.**, s. 85.

Doktrinde kapsam kavramıyla yakın anlamda kullanılan bir diğer terim ise “norm alanı” terimidir¹⁷⁷. Bu kavram Alman hukukçu Friedrich Müller’in norm anlayışının bir ürünüdür¹⁷⁸. Müller’e göre normun sadece dilsel olarak oluşturulduğu fikri yanlıştır¹⁷⁹. Müller, “olan” (*sein*) ve “olması gereken” (*sollen*) arasına kesin bir çizgi çizerek normun “olması gereken”den ibaret olduğunu söyleyen pozitivistleri eleştirir ve normun uygulanarak oluştuğunu ileri sürer. Normun unsurları içinde öncelikle hukuki buyruğa denk gelen bir norm programı vardır¹⁸⁰. Örneğin, bir anayasada yer alan “Basın hürdür.” ifadesi norm programından ibarettir. Bu norm programının işaret ettiği, “yaşam gerçeğinden kesip çıkardığı”¹⁸¹ alan ise norm alanıdır. Yani hukuki buyruğun gerçek hayatta uygulandığı alan da normun kapsamındadır. Yukarıdaki örnekten yola çıkacak olursak, “Basın hürdür.” ifadesinin işaret ettiği yaşam alanı basındır. O halde basın kavramının hayatta karşılığı olan nesnel ve olaylar da bu norm programının uygulanması durumunda norm alanı haline gelir ve normun bir unsuru olur. Ancak bunun için norm programının somutlaşmasını gerektiren – varsayımsal veya gerçek – bir olaya ihtiyaç vardır¹⁸². Aksi halde bu alan, norm alanı olmaya müsait bir nesnel alandan ibarettir¹⁸³. O zaman bu görüşe göre, basın kavramının işaret ettiği yaşam gerçekliğinin bir parçası olan elimizde tuttuğumuz gazetede haber bir davada norm alanı haline gelebilir. Müller bunu “normun somutlaşması” olarak ifade etmekte ve bir yorum faaliyeti olarak değil, normun tespitinin bir parçası olarak görmektedir¹⁸⁴. O halde aslında norm programı ile norm alanı eş derecede normun unsurudur¹⁸⁵.

Bu bilgilerin ışığında şunu söylemek mümkündür: Bir hakka ilişkin nesnel alan, o hakkı düzenleyen norm programının bir somut olayda gündeme gelmesi durumunda norm alanı haline geliyorsa hakkın kapsamını belirlemek aslında onun

¹⁷⁷ Şahin, **op. cit.**, s. 323-324 ; Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler Genel Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 54-55.

¹⁷⁸ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 47.

¹⁷⁹ Friedrich Müller, “Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtslehre”, **Rechtstheorie**, S. 8, 1977, s. 75’ten aktaran Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, New York: Oxford University Press, 2010, s. 39.

¹⁸⁰ Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Fazıl Sağlam (ed.), Çev. Bertil, Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam, İstanbul: T. C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, Şubat 2009, s. 26.

¹⁸¹ Gören, **op. cit.**, s. 85. Bu “yaşam gerçeği alanı” aynı zamanda “nesnel alan” olarak da ifade edilmiştir bkz. Sağlam, **op. cit.**, s. 48.

¹⁸² Müller, **op. cit.**, s. 29.

¹⁸³ Sağlam, **op. cit.**, s. 48.

¹⁸⁴ Sağlam, **op. cit.**

¹⁸⁵ Müller, **op. cit.**, s. 26.

içeriğini de belirlemek anlamına gelir¹⁸⁶. Çünkü norm alanı norma dahildir. Önemli olan da hakkın nasıl sınırlanacağını değil, hakkın norm programının ve norm alanının analizi doğrultusunda hakkın neyi kapsadığının belirlenmesidir¹⁸⁷. Çünkü norm soyut olarak “olması gereken” düzleminde yer alan ve “olan” düzlemine uygulanan bir dilsel yapı değildir. Ancak uygulandığı alanın tespitiyle birlikte bir norm haline gelir, çünkü somutlaşır. Norm alanının analizinden kasıt ise norm programının işaret ettiği yaşam alanının bir somut olay özelinde tam olarak neye tekabül ettiğinin belirlenmesidir. Bunun için de hukuk ampirik verilerden de faydalanır. Eğer norm programının işaret ettiği alan mülkiyet gibi hukuki bir müessese ise o zaman hukuk dogmatığının dışında bir ayrıntılı analiz gerekmez; ancak sanat gibi hukuka yabancı kavramların tespitinde ampirik verilerden, diğer bilim dallarından, örneğin sosyal bilimlerden, yararlanmak şarttır¹⁸⁸. Temel haklar da norm olarak nesneye bağlılığın yüksek olduğu normlar olduklarından norm alanının analizi temel hak normlarında özellikle ön plana çıkmaktadır¹⁸⁹.

Görüldüğü üzere bu durumda norm alanı dediğimiz kavram aslında bizim kapsam olarak anladığımızı aşan ve ondan oldukça farklı bir kavramdır. Her şeyden önce zorunlu olarak Müller’in norma ilişkin teorisinin bir uzantısıdır. Bununla birlikte ilgili düzenlemenin imlediği koruma alanı dışında, somut olayda hakkın hayattaki karşılığı olarak korunan alanı da kapsayan bir kavramdır¹⁹⁰. Dolayısıyla, bu alanın neden ilgili düzenleme tarafından korunduğuna ilişkin her türlü hukuki ve ampirik argümanı da normun oluşumuna katmaktadır. O halde aslında bizim yukarıda anladığımız anlamda kapsama denk gelen şey, norm alanından çok norm alanının nesnel genişliğidir.

Peki norm alanının nesnel genişliğini belirlerken izlenecek yol nedir? Temel haklar açısından Müller’in önerisi şudur: Bir eylemin norm alanında olduğunun tespiti için o eylemin norm alanı ile nesnel bir bağlantısının olması gerekir¹⁹¹. Bu nesnel bağlantı ise ancak norm alanının sağladığı spesifik eylem olanakları için

¹⁸⁶ Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969, s. 32 f.’ten aktaran Alexy, *op. cit.*, s. 202.

¹⁸⁷ Müller, *op. cit.*, s. 87’den aktaran Alexy, *op. cit.*, s. 202.

¹⁸⁸ Müller, *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, s. 28, 44.

¹⁸⁹ Müller, *op. cit.*, s. 28.

¹⁹⁰ Alexy, *op. cit.*, s. 203.

¹⁹¹ Sağlam, *op. cit.*, s. 50.

mümkün olabilir¹⁹². Bunun somut olayda belirlenmesi içinse önerdiği test şöyle açıklanabilir: Eğer bir eylem biçimi değiştirilebilirse; eğer spesifik olmayan eylem biçimini benimsemiş kişi için norm alanında aynı değerde başka bir “spesifik” seçenek varsa bu kişinin eyleminin norm alanının dışına kaldığı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁹³. Bu teste dair Müller’in verdiği örnek de sanat özgürlüğüne ilişkindir. Soru şudur: Trafiğin yoğun olduğu bir yol kavşağında resim yapan ressamın bu eylemi sanat özgürlüğünün kapsamında mıdır?¹⁹⁴ Müller bu soruyu olumsuz cevaplar. Bunun gerekçesi olarak şunu gösterir: Resim yapmak sanat özgürlüğünün kapsamında yer alsa da kavşakta yapma kısmı sanat özgürlüğü kapsamında korunmamaktadır. Aynı resmi kavşakta yapmadan da yapabilmek mümkündür ve bu nedenle de norm alanında aynı derecede değerde başka bir spesifik seçenek bulunabilir. Eylem sanatla ilgili olsa da sanat özgürlüğünün norm alanında değildir. Bu nedenle bunu yasaklayan bir kanun da sanat özgürlüğünün ihlalini oluşturamaz¹⁹⁵.

Alexy’nin de belirttiği üzere bu yaklaşıma katılmıyoruz¹⁹⁶. Çünkü böyle bir yaklaşımın sonucunda, bir yerde gerçekleştirilen sanatsal faaliyetin eğer aynı şekilde başka yerde gerçekleştirilme olasılığı varsa bu faaliyetin yerinin keyfi olarak değiştirilmesi mümkün olur¹⁹⁷. Aynı zamanda tersten soracak olursak şu sonuçla da karşılaşmış oluruz: Örneğin, bir sanatçı o kalabalık kavşakta kapitalist düzenin dayattığı modern köleliğe tepki çekmek adına bir resim yapma performansı gerçekleştirmek istemiş olsun. Bir önceki örnekte aynı değerde ve norm alanında kalan başka bir seçeneğin varlığının tespiti testi son derece zararsız görünmektedir. Fakat bu test, bu senaryoda performansın içeriğinin başka bir kavşakta tam olarak aynı anlamı verip veremeyeceğine dair bir içerik testi halini de alabilmektedir. Eğer başka bir seçenek olmadığı sonucuna da varacak olursa trafiği tehlikeye atarak insanların hayatını tehlikeye sokmak pahasına bu eyleme izin vermiş oluruz. Dolayısıyla bu yaklaşımın yarattığı sorun iki aşamalıdır: Öncelikle kapsamın

¹⁹² Alexy, **op. cit.**, s.203.

¹⁹³ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 101’den aktaran, Alexy, **op. cit.**, s. 203.

¹⁹⁴ Müller, **op. cit.**, s. 64, 73’ten aktaran Alexy, **op. cit.**, s. 204.

¹⁹⁵ Aktaran Alexy, **op. cit.**, s. 204. Burada önemli olan husus Alman Anayasası’nda sanat özgürlüğüne ilişkin hiçbir sınırlama sebebinin öngörülmemiş olmasıdır. Dolayısıyla sanat özgürlüğünün kapsamına giren herhangi bir eylemin yasaklanması durumunda Anayasa ihlal edilmiş olacaktır. Müller norm alanı teorisiyle normun uygulandığı alanı kısıtlayarak bir çözüm sunmaktadır.

¹⁹⁶ Müller ve Alexy arasındaki bu zıtlık hakkında ayrıca bkz. Arda Atakan, “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, s. 3-27.

¹⁹⁷ Alexy, **op. cit.**, s. 205.

keyfiyete açık biçimde daralmasına; ardından da aslında hukuki muhakeme içinde var olan ve normdan ayrı olarak değerlendirilmesi gereken hususların, bu olayda trafik güvenliği, kapsam testi içinde kaybolmasına yol açmaktadır¹⁹⁸.

Yukarıda Alexy'nin Müller'e yönelttiği eleştiri doğrultusunda kapsamın geniş belirlenmesinin önemli olduğu kanaatindeyiz. İki aşamalı incelemede, kapsamın geniş tutulmasının en önemli faydası, hukuki muhakemenin berraklaşmasıdır. Aksi halde hakkın koruduğu menfaat ile sınırlama sebebi olarak görülen menfaatlerin, kapsamın belirlenmesi aşaması içinde eritilmesi riski vardır¹⁹⁹. Hakların yapısının iki aşamalı olarak ele alınması sayesinde hakkın sağladığı ilk koruma daha geniş bir alana yayılacak ve bu hakkın sınırlanmasında dikkate alınan menfaatlerle hakkın koruduğu menfaat arasında bir denge kurulması da ikinci aşamada ayrıntılı bir hukuki muhakeme ile sağlanabilecektir. Bu durum, temel hakka ilişkin normların iki yönlü yapısından da kaynaklanır. Bu normlar, hem kural hem de ilkedirler. Hakkın kapsamına dair norm aslında bir kural niteliğindedir; uygulanır veya uygulanmaz²⁰⁰. Örneğin: "Basın hürdür" ifadesi ilk aşamada kapsam belirlenirken uygulanan bir kuraldır. Ancak hakkın sınırlanması söz konusu olduğunda ortada ilkeler vardır. Alexy'nin de belirttiği üzere ilkeler optimum olarak uygulanır. Dolayısıyla başka ilkelerle dengelenebilirler²⁰¹. Yani aslında basının hürriyeti ilkesi diğer haklarla, örneğin özel hayatın gizliliği ile çatışma içine girerse dengelenmelidir. Bu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin haklara ilişkin sistematığına de oldukça uygundur²⁰².

Peki o halde, kapsam nasıl belirlenmelidir? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sistematığı de yukarıda belirttiğimiz üzere çoğu zaman iki aşamalı bir yaklaşım benimser: Öncelikle olayın bir hakkın kapsamına girip girmediği belirlenir, ardından da hakkın sınırlanmasının uygunluğu tartışılır. Yani, kapsam meselesi bir hakka ilişkin ilk görünüş (*prima facie*) korumasına ilişkindir. Bu durum şüphesiz ki 3. ve 4. madde için farklıdır. Zira bu maddelerde herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemiştir ve bu nedenle de bu tek aşamalı hakların kapsamını belirlemek

¹⁹⁸ *Ibid.*, s. 206.

¹⁹⁹ Janneke Gerards/ Hanneke Senden, "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, C. 7, Ekim 2009, s. 627.

²⁰⁰ Alexy, *op. cit.*, s. 48, 210-211.

²⁰¹ Alexy, *op. cit.*, s. 47-48, 50.

²⁰² Van der Schyff, *op. cit.*, s. 69.

onların nihai korumasına da ilişkindir²⁰³. Ancak çalışmamızın konusuyla alakalı olarak 10. madde için bu iki aşamalı yaklaşımın temeli son derece nettir. 10. maddenin ilk fıkrası ilk görünüş korumasının sınırını yani hakkın kapsamını belirlerken, ikinci fıkra sınırlama sebeplerini sıralar. Böylece ilk fıkrada belirlenen kapsamdan yola çıkılarak belirlenecek nihai korumanın sınırlarını çizmek için dikkate alınacak ilkeleri ortaya koyar.

Kapsamın, yani ilk görünüş korumasının belirlenmesinde iki unsur dikkate alınabilir: Korunan menfaat ve müdahale. Korunan menfaatten kasıt konu itibarıyla ilgili hakkın koruduğu bir menfaattir. İkinci unsur ise müdahalenin varlığıdır. Yani hakkın koruduğu menfaati etkileyecek bir eylemin gerçekleşmiş olması gerekir²⁰⁴. Bu iki unsurun da tanımlanması önemlidir çünkü kapsamın genişliği bu iki unsurun da geniş tanımlanmasına bağlıdır. Eğer korunan menfaat alanı geniş tanımlanır, ancak bu alana müdahalenin tanımı dar yapılırsa, yapılan eylemler müdahale teşkil etmeyeceğinden tanınan ilk görünüş koruması aslında dar olacaktır²⁰⁵.

Dolayısıyla konu ifade özgürlüğüyse, korunan menfaat açısından ifade kapsamına giren her şey ifade özgürlüğü kapsamında korunabilir. Sanatsal ifade de aynı şekilde bir korumadan yararlanabilecektir. O halde zaten bir sanat eserinin ifadesi, sergilenmesi, kişilerin bu eseri algılamalarının 10. madde kapsamında korunduğuna şüphe yoktur. İfade özgürlüğünün sanata sağladığı korumanın, sanat eserinin etki alanını kapsamına aldığı açıktır.

Peki bu geniş kapsam yorumunun sanatın yaratım sürecini de kapsama aldığı söylenebilir mi? Örneğin yazılma aşamasında olan bir romanın yaratım sürecine yapılan bir müdahale de ifade özgürlüğünün kapsamına girer mi? Sanatsal ifade özgürdür demek, sanatsal yaratım süreci de özgürdür demek anlamında gelir mi? Kanaatimizce bu sorunun cevabı olumludur. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de Sözleşme'yi yorumlarken benimsediği ve Sözleşme'nin 1. maddesinin gereği olan bir ilke etkin koruma ilkesidir. Sözleşme'nin özüne aykırı,

²⁰³ Gerard van der Schyff, "Interpreting the protection guaranteed by two-staged rights in the European Convention on Human Rights", Eva Brems/ Janneke Gerards, (ed.), **Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 66.

²⁰⁴ Laurens Lavrysen, "The scope of rights and the scope of obligations: positive obligations", Brems/ Gerards, **op. cit.**, s. 167.

²⁰⁵ Alexy, **op. cit.**, s. 198-199.

saçma veya mantıksız sonuçlara yol açacak şekilde yorumlanmaması gerekir²⁰⁶. Eğer ifadenin ortaya çıkış süreci olmazsa ortada herhangi bir ifade de olamaz. İfadeyi yaratım süreci, sanatsal olsun veya olmasın, ifade özgürlüğünün kapsamında yer almak zorundadır. Aksi halde ifadenin korunmasının hiçbir anlamı kalmaz. Her ifade ortaya çıkış sürecinde engellenebilir hale gelir. O halde Sözleşme’de sanatsal ifade korunuyorsa sanatın yaratım süreci de korunmak zorundadır. Böylesi bir akıl yürütme Sözleşme’nin amacına da yabancı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de doğrudan sanatsal ifadeyle ilişkin olmasa dahi, taslak aşamasında olan İmanın Ordusu adlı siyasi araştırma kitabı nedeniyle tutuklanan Ahmet Şık’ın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir²⁰⁷. Dolayısıyla, bir ifadenin sanatsal olsun veya olmasın yaratım sürecinin de bu hakkın kapsamında olduğunda içtihatı açıdan da şüphe yoktur.

Bu iki etki alanının korunan menfaat kapsamında değerlendirildiği açıktır. Ancak dediğimiz üzere kapsamı belirlerken dikkate alınması gereken bir husus da müdahale unsurudur. Yaratıcı kişi açısından müdahalenin tespiti çoğu zaman daha sorunsuzdur. Yaratım veya yayım faaliyetini etkileyen her şeyin bir müdahale teşkil ettiği söylenebilir: yayımın durdurulması, eserin bitmiş haline veya taslağına el konulması vs. Burada çıkabilecek tek sorun sanatçının yaratımını etkileyecek maddi durumun sanatsal ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edip etmeyeceği olabilir. Örneğin sanatçının çok yüklü bir vergi yüküne veya sosyal güvenlik primine maruz kalmasının aslında onun sanatsal üretimini olumsuz etkileyeceği ileri sürülebilir²⁰⁸. Fakat benzer bir olay Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun önüne geldiğinde Komisyon, sanatçının geliriyle orantılı bir sosyal güvenlik priminin müdahale teşkil etmeyeceğini söylemiştir²⁰⁹. Ancak muhatap açısından baktığımızda ise müdahalenin sınırının “aynı eser için yeterli alternatif bir kaynağın kamusal olarak erişilebilir olması” olduğunu görmekteyiz²¹⁰.

²⁰⁶ Stephen Greer, **The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights**, Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, Temmuz 2000, s. 15.

²⁰⁷ AİHM, Şık/Türkiye (53413/11), 08.07.2014.

²⁰⁸ Paul Tavernier, “L’art et la Cour Européenne des droits de l’Homme”, **Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, C. 2, Bruylant, 2004 s. 1543.

²⁰⁹ AİHK, Camiel van Breedam/Belçika (11577/85, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 04.10.1989. Bu karar aslında Komisyonun 10. maddenin korunan menfaat açısından tanıdığı kapsamı oldukça geniş tuttuğunun göstergesidir. Zira kabul edilemezlik kararı konu bakımından değildir.

²¹⁰ AİHK, Özkan/Türkiye (23886/94, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 05.04.1995.

Son olarak, konuya ilişkin, en tartışmalı mevzu ise pozitif yükümlülüklerle ilişkindir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamına sanatın ve sanatçının korunmasına dair pozitif yükümlülükler de dahil midir? Öncelikle içtihadın ifade özgürlüğüne tanıdığı korumadan ilerleyelim. Mahkeme çok açık bir şekilde ifade özgürlüğünün pozitif yükümlülükler de içerdiğini söylemiştir²¹¹. Genellikle bu yükümlülük kişinin veya kurumun ifadesi nedeniyle fiziksel saldırıya uğraması veya yaşamını kaybetmesiyle gündeme gelmiştir²¹². Bu pozitif yükümlülüğün ilk aşaması ifade sahibini saldırıdan koruma yükümlülüğüdür²¹³. İkinci olarak da usuli bir yükümlülük söz konusudur: Kişi veya kurumun ifadesi yüzünden saldırıya uğraması durumunda devletin bu saldırıyı etkin biçimde soruşturması gerekir²¹⁴. Bu pozitif yükümlülüklerin sanat eseri ile alakalı olarak saldırıya uğrayan bir sanatçı için de geçerli olduğu tartışmasızdır.

O halde pozitif yükümlülükler de sanatsal ifade özgürlüğünün doğasına yabancı değildir. Peki bu pozitif yükümlülükler neye ilişkindir? Sanat özgürlüğünün kapsamındaki kurumsal garantileri de içerir mi? Örneğin, devletin sanatı desteklemek adına yaptığı maddi yardımlar da sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamında düşünülebilir mi? Bu sorunun cevabı, sanatın etki alanı ve yaratım sürecine ilişkin yaptığımız analizin aksine, korunan menfaat ağırlıklı bir analiz üzerinden çözülemez. Çünkü korunan menfaat belirlendikten sonra ona etki edecek her eylemin bir müdahale olduğunu söylemek daha kolaydır. Oysaki pozitif yükümlülükler açısından hangi derecede eylemsizliğin bir müdahale olduğunun tespiti gerekir.

Mahkemenin bu konuyu ele alışı incelediğimizde çoğu zaman negatif yükümlülükler açısından gerçekleştirdiği iki aşamalı analizi burada gerçekleştirmediğini görüyoruz. Mahkeme bir pozitif yükümlülüğün tespiti için doğrudan devletin takdir yetkisi doktrinine gönderme yaparak bir dengeleme analizine girişiyor ve özel bir kapsam analizi yapmıyor²¹⁵. Örneğin, ifade özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüğün tartışıldığı *Özgür Gündem* kararında

²¹¹ AİHM, *Özgür Gündem/Türkiye* (23144/93), 16.03.2000, p. 43.

²¹² Eva Brems, "Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights", Brems/ Gerards, **op. cit.**, s. 143.

²¹³ AİHM, *Dink/Türkiye* (2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09), 14.09.2010, p. 103.

²¹⁴ *Özgür Gündem/Türkiye*, p. 45.

²¹⁵ Ingrid Leijten, "Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR", Brems/ Gerards, **op. cit.**, s. 117-119.

Mahkeme, ayrı bir kapsam tartışması yapmıyor ve iki aşamalı incelemeyi birleştiriyor. Yükümlülüğün varlığının toplumun ve bireyin menfaatlerinin dengelenmesiyle; kapsamının da devletlerin kaynaklarına ve önceliklerine göre belirleneceğini belirtiyor²¹⁶.

Oysaki doktrinde belirtildiği üzere kapsam sorunu pozitif yükümlülüğün nihai varlığıyla ilişkili olmak zorunda değildir. Bir pozitif yükümlülük için de ilk görünüş koruması söz konusu olabilir. İlk görünüş koruması zaten nihai bir koruma sağlamaz. Herhangi bir eylem eğer sanatsal ifadenin oluşumuna ve yayılmasına etkiye bulunabilecek nitelikteyse bu eylemin devlet tarafından yapılmaması da bir müdahale olarak görülmelidir²¹⁷. Devletin kaynaklarının ve önceliklerinin önemi bu hakkın kapsamı tanıdıktan sonra da dikkate alınabilir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesinin *National Endowment of Arts v. Finley* davasında Mahkeme her ne kadar ihlal bulmamış olsa da sanatçılara verilen maddi teşvikin dağıtımında içeriğe dair bir inceleme de yapılıyor olmasını ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişiklik kapsamında incelemiştir. Ayrıca Mahkeme bu teşviklere ilişkin yasal düzenlemelerde Birinci Değişiklik hükmünün uygulama bulduğunu açıkça belirtmektedir²¹⁸.

Dolayısıyla Sözleşme'nin sanatsal ifade özgürlüğü açısından kurumsal garantileri kapsam dışı bıraktığını söylemek mümkün değildir. Sanatı ve sanatçıyı korumak ve geliştirmek için yapılan teşvikler ve verilen destekler de ifade özgürlüğünün kapsamında kendine yer bulabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iki aşamalı incelemeyi pozitif yükümlülükler için uygulamayı reddetmesi sanatın gereklerine uygun bir korumanın içtihatla sabit ve kapsamlı bir şekilde oluşmasını engellemektedir. Bu hususun önemi özellikle ayrımcılık yasağıyla ilişkili olarak da ortaya çıkabilir. Zira Mahkemenin de belirttiği üzere ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddenin uygulanması için Sözleşme'de düzenlenen hakların birinin kapsamında yer alan bir müdahalenin bulunması gerekir²¹⁹. Bu müdahalenin

²¹⁶ Özgür Gündem/Türkiye, p. 43.

²¹⁷ Lavrysen, **op. cit.**, s. 168.

²¹⁸ ABD Yüksek Mahkemesi, 524 U.S. 569 (1998) 587.

²¹⁹ Bu husus özellikle Sözleşme'de korunmayan hakları da kapsayan genel ayrımcılık yasağını düzenleyen 12. Protokol'e daha taraf olmayan Türkiye açısından daha da önemlidir. Bkz. Jean-Pierre Marguénaud, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", Çev. Gülden Kurt, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), **Anayasa'da Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, s. 221-227, s.

ilgili hak açısından bir ihlal yaratmasına gerek yoktur. Ancak en azından o hakkın kapsamında yer alan yani hakkın ilk görünüş korumasından faydalanan bir olayın gerçekleşmesi gerekir ki ayrımcılık yasağı ilgili olayda incelenebilsin²²⁰.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür: sanat özgürlüğünün kapsamında yer alan bütün hususlar sanatsal ifade özgürlüğünün de kapsamında yer alabilir. Ancak Mahkemenin karar sistematüğinde pozitif yükümlülüklerin incelenmesinde kapsam ile nihai korumanın ayrılmaması Mahkeme içtihadında sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamının da daralmasına yol açmaktadır. Mahkeme eğer sistematüğe ilişkin bir değışikliğe gitmezse bu durumda savunulabilecek iki şey Mahkemenin dinamik yorum anlayışı uyarınca seneler içinde pozitif yükümlülükleri daha kapsamlı ele alması veya taraf devletlerin de iç hukuklarında sanata ilişkin kurumsal garantilerin belli bir ortaklık oluşturması halinde, bu korumayı ortak payda olarak görmesi ve yükümlülüğü bu yolla genişletmesidir²²¹.

2. İfade Özgürlüğü Kapsamındaki Korumanın Kapsayıcılığı

Sanatın ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının sanatın korunması bakımından daha faydalı olabileceğı bazı alanlar da olabilir. Bu alanlar aşağıda değıneceğimiz üzere çoğunlukla pratikte sanata ilişkin korumanın daha etkili olmasını sağlayabilir²²² (a). Ancak sanatın ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi ifade özgürlüğünün kapsamı içinde de bazı etkiler doğurabilir. Bu etkinin gözle görülür bir örneğı de Mahkemenin içtihadında tespit edilebilmekte, sanat dışı bazı ifadeler bulaşıcı bir etkiyle sanatsal ifadelere tanınan korumadan faydalanabilmektedir (b).

225. Mahkemenin böyle bir ayrımcılık iddiasını mülkiyet hakkı kapsamında değılendirmesi de mümkündür. Çünkü Mahkeme engellilere yapılan yardımlarda uyruk nedeniyle ayrımcılık yapıldığı iddiasını 8. madde açısından kabul edilemez bulmasa da Ek Protokol'ün 1. maddesinde korunan mülkiyet hakkı kapsamında incelemeyi tercih etmiştir. AİHM, Gaygusuz/Avusturya (17371/90), 19.09.1996.

²²⁰ Örnek olarak AİHM, Genovese/Malta (53124/09), 11.10.2011. Kararda belirtildiğı üzere her ne kadar 8. madde vatandaşlık hakkına ilişkin olmasa ve nihai olarak bunu korumasa da vatandaşlığın özel hayat üzerindeki etkisi nedeniyle bu konuda yapılan bir cinsiyet ayrımcılığı 14. maddenin korumasından yararlanabilir.

²²¹ Esasen bu husus kanaatimizce nihai korumaya ilişkindir. Bu karışıklık Mahkemenin sistematüğinden kaynaklanmaktadır. Nihai koruma sonucunda belirlenen pozitif yükümlülükler için bkz. III. B. 3.

²²² Ulaş Karan, **Siyah Bant: Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, İstanbul: Mas, 2013, s. 4.

a. Korumanın Etkililiği

Çalışmanın bu noktasına kadar daha çok sanata ve ifade özgürlüğüne ilişkin teorik bir altyapı oluşturmaya çalıştık. Ancak bu teorik altyapının elbette ki hayatta sağladığı bir hukuki koruma da mevcut. Sanatın ve sanatçının yaratıcılığının baskı altına alınmaya çalışıldığı bir dünyada korumanın teorik yönü kadar – belki de daha fazla – pratikte gerçekleştirilebilirliği de önem taşımaktadır. Bizce şu açıdan bir şüphe yoktur: Sanat özgürlüğün ayrıca tanınması ona has bir sınırlama rejiminin gerçekleştirilmesi açısından makul bir yöntemdir. Fakat bu teorik çözümün yanında gerçekliğin de dayattığı bir sınır vardır.

Bilindiği üzere hakların sınıflandırılmasına ilişkin sıklıkla kullanılan sistemlerden biri de tarihsel sınıflandırmadır. Buna göre haklar birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak ayrılır. Bu ayrımın temelinde tarihsel süreçte değişen toplumsal gereksinimler vardır. Tarihsel süreçte ortaya çıkan birinci kuşak hak ve özgürlükler klasik hak ve özgürlükler olarak da adlandırılır ve ifade özgürlüğü de bu haklardan biridir. Burjuva sınıfının kazanımları sonucunda devletlerin tanımaya başladığı bu hakların kökeni 18. yüzyılın sonuna dek uzanmaktadır. Kültürel haklar ise ikinci kuşak hak ve özgürlüklerdendir. Bu hakların talebi 19. yüzyılın ortalarından itibaren yoğun bir şekilde dile getirilmiş ve hukuken karşılık bulmaları ise 20. yüzyılı bulmuştur²²³.

İfade özgürlüğüne ilişkin tanınmış olan korumanın da bu nedenle iki yüzyıla yakın bir tarihi olduğu söylenebilir. Oysa kültürel hakların ve sanat özgürlüğünün ayrı bir temel hak ve özgürlük olarak benimsenmesi ise bir yüzyıldan daha geriye götürülemez. İfade özgürlüğüne bugün tanınan korumanın örneğin dava edilebilir olduğuna ilişkin hiçbir tartışma bulunmadığı gibi ifade özgürlüğü hakkına ilişkin verilmiş sayısız mahkeme kararına ulaşmak da mümkündür. Dolayısıyla sanat özgürlüğünün ve kültürel hakların aksine ifade özgürlüğü hakkında tüm Avrupa'da yerleşmiş ve kapsamlı bir içtihat vardır. Mahkeme kararları da hukukun kaynaklarından. Bu kararların da sadece verildikleri ülkelerde bir hukuki etkiye

²²³ Kaboğlu, *op. cit.*, s.39-45.

sahip olduklarını söylemek mümkün değildir. Hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de birçok devletin anayasa mahkemesi bugün karşılaştırmalı hukuku bir hukuk kaynağı olarak olmasa bile hukuki muhakemenin bir aracı olarak kullanmaktadır.

Oysa kültürel hakların aynı derecede yaygın ve yerleşmiş bir korumadan yararlandığını söylemek zordur. Burada tartışma konusu olan bu hakların dava edilebilirliği değildir²²⁴. Ancak kültürel haklara ilişkin gerek akademik çalışma gerekse mahkeme kararı sayısının az olduğunu söylemek yanlış olmaz. Nitekim kültürel hakların kenarda kalmış, yeni yeni ortaya çıkan haklar olduğu ifade edilir²²⁵. Bu korumanın genişletilmesi ve tartışılması bizce de uygun olmalıdır. Ancak hukuk teorisi için değil, insanların haklarını korumak için de yapılır. Bu nedenle bazen bir kişinin hakkını korumak için en fazla olanak sağlayan seçenek en uygun seçenek olabilir. Var olan bir hak ve özgürlüğe ilişkin zaten sağlanmış olan korumayı bir alanın gereklerine uyarlamak, var olan hukuki altyapıdan ve o hakka o güne dek tanınmış korumadan da doğrudan faydalanabilmek anlamına gelir. İfade özgürlüğünün hak sahiplerine veya hakkı ihlal edilenlere sağladığı en büyük avantaj bu korumanın sağlamlığıdır. Oysaki sanata ilişkin ayrı bir hak ve özgürlüğün tanınması, sanata ilişkin ihtiyaca daha doğrudan cevap verebilecek olsa dahi var olan korumanın uyarlanmasını ve ayrı bir hukuki teorik altyapıyı da gerektirecektir. Kaldı ki bugün birçok demokratik ülkede de sanata ilişkin korumanın ifade özgürlüğü üzerinden tanındığını tespit edilebilir²²⁶. Örneğin, İsviçre’de sanat özgürlüğüne ilişkin ayrı bir anayasal düzenleme olmasına rağmen Federal Mahkeme sanat eserlerine ilişkin korumayı da ifade özgürlüğü kapsamına değerlendirmektedir²²⁷.

Dolayısıyla, sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğünden bağımsız bir özgürlük olarak ayrıca korunması özellikle kısa vadede bu korumaya ihtiyaç duyan kişiler için bir risktir. Bu nedenle teoriden uzak olarak tamamen pratik nedenlerle, hakkı kısıtlanan kişilerin kültürel haklara veya sanat özgürlüğüne ilişkin özel bir talepte bulunmasındansa ifade özgürlüğü kapsamında bir talepte bulunmaları daha etkili bir sonuca ulaşmalarını gerçekten de sağlayabilir.

²²⁴ Kaldı ki bu hakların doğası itibariyle dava edilemez olduğu da söylenemez. Bu konuda bkz. Gemalmaz, **op. cit.**, s. 348-356.

²²⁵ Çeçen, **op. cit.**, s. 239.

²²⁶ Bkz. Giriş.

²²⁷ Topukçu, **op. cit.**, s.571.

b. Sanatsal Korumanın Bulaşıcılığı

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında, her hukuk kuralının uygulanmasında olduğu gibi bazen kesişmeler olabilir. Örneğin, bir olay hem ifade özgürlüğü hem de toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kapsamında değerlendirilebilir nitelikte olabilir. Bu durumda bazen özel hüküm genel hüküm kuralına göre bu hükümlerden biri uygulanır, bazen de sorun her iki hak ve özgürlüğe ilişkin hükümlerin ayrı ayrı uygulanması ile çözülür. İfade özgürlüğünün kapsamında yapılan bir inceleme sırasında toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin ilkelerin uygulanması ise mümkün değildir. Çünkü bu durumda bir düzenlemenin uygulama alanında başka bir düzenleme uygulanmış olur ki bunun bir çelişki olduğu açıktır. O halde sanat özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün ayrı iki özgürlük olarak tanınması durumunda ifade özgürlüğüne dair düzenlemenin uygulandığı bir muhakemede sanat özgürlüğüne ilişkin bir kuralın uygulanmayacağı da açıktır.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ifade özgürlüğünü bir bütün olarak düzenlediğinden böyle bir çelişkinin sanatsal ifade açısından oluşması söz konusu olamaz. Bu nedenle de Mahkeme, sanatsal ifadeye dair geliştirdiği içtihadını sanat eseri olmayan durumlara da bazen uygulayabilmektedir. Bunun en çarpıcı örneği hicve ilişkindir. İleride göreceğimiz üzere Mahkeme *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* kararından beri hicvi özel bir sanatsal ifade biçimi olması nedeniyle korumaktadır. Bu kararda bir resim aracılığıyla bir politikacının kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğini tartışan Mahkeme, resmin satirik bir üslubu olduğuna ve hicvin demokratik bir toplumda özel olarak korunan sanatsal bir ifade olduğuna hükmetmiştir²²⁸.

Mahkemenin bu ilkeyi uygulamasına baktığımızda ise ilkenin sadece sanat eserleriyle sınırlı olarak uygulanmadığını rahatlıkla gözlemleyebiliriz. Bu korumanın sanatsal bağlam dışında tanındığı kararlardan en çok bilineni *Eon/Fransa* kararıdır. Bay Eon, Fransa Cumhurbaşkanı Sarkozy'nin daha önce bir çiftçiye söylediği hakaretimiz sözü [Casse-toi pauv'con! (Defol git geri zekâlı!)] pankarta yazarak Cumhurbaşkanı korteji geçerken havaya kaldırmıştır. Eon, bu eyleminden ötürü para

²²⁸ AIHM, *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* (68354/01), 25.01.2007, p. 33.

cezasına çarptırılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu müdahalenin ifade özgürlüğünün ihlalini oluşturduğuna hükmederken, *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* kararındaki hicve ilişkin ilkeyi kullanarak hicvin özel olarak demokratik toplumlarda korunması gereken sanatsal bir ifade olduğunu belirtmiştir²²⁹.

Bu olayda başvurunun eyleminin bir sanat eseri olmadığı veya başvurunun da bir sanat eseri yaratma amacının olmadığı açıktır. Bay Eon sadece iğneleyici bir üslup kullanarak bir eleştiri yöneltmiştir. Aslında ortada sanat eseri olmasa bile sanatlı bir ifade vardır; ancak ifade özgürlüğü kapsamında sanatsal ifadelere tanınan korumadan tam olarak faydalanmaktadır. Bu imkanı da Mahkemeye sanatsal ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında korunması tanımaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere Mahkeme sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin sanat olma veya olmama tartışmasından kaçınabilir. Bununla birlikte bu tartışmanın gerekmemesinden faydalanarak sanatsal ifadeye tanıdığı korumayı sanatsal bağlamın dışında da kullanabilmektedir. Sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin korumanın alanı böylece sanat eseri niteliği taşımayan ancak sanatlı ifadeleri kapsayacak şekilde genişlemektedir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sanatsal İfade Özgürlüğünün Kapsamının Sınırları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 35. maddesi uyarınca bir başvurunun kabul edilebilir olması için taşıması gereken şartlardan biri, hem konu bakımından Sözleşme'deki ve ek protokollerdeki hükümlerden biriyle bağdaşması hem de başvurunun önemli bir zarar görmüş olmasıdır. Bunlar her türlü hak ve özgürlüğün korunmasına ilişkin şartlardır ve ifade özgürlüğünün kapsamı açısından da geçerlidir. Bu doğrultuda, ifade özgürlüğünün bir alt başlığı olan sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamını Mahkemenin sistematığının ışığında belirlemek için de önce bu haktan

²²⁹ AİHM, Eon/Fransa (26118/10), 14.03.2013, p. 60. Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. Alves da Silva/Portekiz (41665/07), 20.10.2009, p. 27-28 ; Welsh Silva da Canha/Portekiz (16812/11), 17.09.2013, p. 29 ; Instytut Ekonomichnykh Reform, TOV/Ukrayna (61561/08), 02.06.2016, p. 46. Mahkeme bu içtihadını 8. maddeye ilişkin başvurularda, özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğünü dengelerken de kullanmaktadır. Bkz. AİHM, Ernst August Von Hannover/Almanya (53649/09), 19.02.2015, p. 49.

faydalanan kişiler bakımından (1) sonra da konu bakımından (2) inceleme yapmak gerekmektedir.

1. Sanatsal İfade Özgürlüğünün Öznesi Olabilecek Kişiler

Sanat eseri, yaratımdan itibaren birçok farklı kişinin faaliyeti sayesinde muhatabına ulaşabilir. İşte bu süreçte kimlerin bu sanatsal ifade özgürlüğünden faydalanabileceği hususunun tespiti gerekir. Örneğin Anayasa m. 27 herkesin sanat özgürlüğünün öznesi olabileceğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da yine “herkes” ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğuna göre, hangi ülkenin vatandaşı olduğu önemli olmaksızın herkesin de sanatsal ifade özgürlüğünün öznesi olabileceğini kabul etmek gerekir. Buradaki tek duraksama noktası, Sözleşme’nin 16. maddesinde yer alan yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanmasına 10. madde açısından olanak veren hüküm olabilir. Ancak Mahkeme’nin bugüne dek sadece iki kararda tartıştığı bu hüküm hiçbirinde uygulanabilir bulunmamıştır. Nitekim, bu maddenin uygulamasının tartışıldığı son karar olan *Perinçek/İsviçre* kararında da, Mahkeme bu maddenin kaldırılması için Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin yaptığı öneriye atıfta bulunarak bu maddenin hiçbir zaman uygulanmadığına dikkat çekmiştir²³⁰. İlgili maddenin bir kısıtlama maddesi olması sebebiyle dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve 16. maddenin sadece siyasi süreci doğrudan etkileyen “faaliyetler”²³¹ için uygulanabileceğine hükmetmiştir. Sanatsal ifadenin siyasal süreçler üzerinde elbette ki etkisi olabilir ancak bir sanat eserinin 16. maddenin uygulanmasını gerektirecek kadar siyasi süreçleri doğrudan etkileyen bir faaliyet haline gelmesi neredeyse imkansızdır. Sanatsal ifade gibi zaten çoğu zaman sıradan ifadelerden doğrudan olmaması yoluyla ayrılan bir ifadenin bu eşiğe ulaşması, Mahkemenin bu maddeyi uygulamasındaki isteksizliği de göz önünde tutulacak olursa, oldukça zor görünmektedir.

Peki o halde, kimler bu “herkes”in kapsamına girebilir? Kimler açısından sanatsal ifade korunan bir özgürlük olmalıdır? Sanatın yaratımı ve yayımı yukarıda değindiğimiz üzere bir bütün olarak anlaşıldığına göre konuyu, öncelikle buna katılan kişiler (a), ardından da sanatın muhatapları açısından inceleyeceğiz (b).

²³⁰ AIHM, *Perinçek/İsviçre* [BD] (27510/08), 15.10.2015, p. 121.

²³¹ Tırnak işareti Mahkemeye aittir. bkz. *Perinçek/İsviçre*, p. 122

a. Sanatı Yaratan ve Yayımına Katılan Kişiler

Sanatı yaratan kişiler dendiğinde akla ilk gelenler elbette ki sanatçılardır. Sanat eserlerinin yaratımına doğrudan katkıda bulunan bu kişiler sanatsal ifade özgürlüğünün de şüphesiz ki öznesi olabilirler. Ancak sanatçı kelimesini sadece bu işi bir meslek olarak yapanlar biçiminde değil, amatörce veya geçici olsa dahi sanat eseri yaratmış veya yaratma süreci içinde olan herkesi kapsayacak şekilde anlamak gerektiğinde şüphe yoktur²³². Özellikle bir grup halinde gerçekleştirilen sahne sanatlarında bir soru işareti oluşabilir. Zira ilk bakışta, bir tiyatro oyununda oynarken oyuncunun veya yazılmış eseri sahneye koyarken yönetmenin bir icracı olduğu ve ifade özgürlüğü sınırlananın yazar olduğu düşünülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki oyunculuk da sadece basit ve özgünlükten yoksun bir icradan ibaret olmayıp, her oyuncunun kendi bedeninin kullanarak özgün bir biçimde eylemde bulunduğu bir tür ifade biçimidir. Aynı şekilde yönetmenler veya koreograflar da yazı üzerindeki bir eseri yeni bir yorumla özgün biçimde sahneye koyan sanatçılardır ve faaliyetleri de sanatsal yaratım olarak değerlendirilmelidir²³³. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sahne sanatlarına ilişkin davalarda oyuncuların da, oyunun yönetmeninin de, yazarının da mağdur statüsünde olduklarını belirtmekte duraksamamıştır²³⁴.

Sanatın yaratılması, daha önce de belirttiğimiz üzere eğer o sanat topluma ulaşmamışsa sanatsal ifade özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanıldığı anlamına gelmez. Zira yaratıcı, yaratımının temel amaçlarından olan bu yaratıyı dış dünyaya sunma eylemini etkili bir biçimde gerçekleştirilemiyor demektir. O halde, bu eserin

²³² Atalay, **Kapsam**, s. 6.

²³³ Bu noktada tiyatro yönetmeninin ve koreografin aracı veya eseri topluma ulaştırıcı değil, bizzat sanatçı kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamak istiyoruz. Zira bu kişilerin özgün bir çalışma yapmaları işlerinin tanımı itibarıyla gereklidir. (İcracıların sanatçı olarak korunmaları için özgün bir eser yaratmaları gerektiği hakkında bkz. Ersoy, **op. cit.**, s. 36.) Bu kişiler FSEK kapsamında eser sahibi olmasa bile insan hakları hukuku açısından sanat eseri yaratan kişiler olarak görülmelidirler. Bu çerçevede 20. yüzyıl tiyatro anlayışında yönetmenlerin yerine dair bkz. Ali Yalçın, **Alternatif Tiyatrolarda Yönetmenler**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi- Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, Mayıs 2016, s. 7-11. Karşıt görüş için bkz. Atalay, **op. cit.**, s. 6 ; Bingöl, **op. cit.**, s. 113 ; Kanadoğlu, "Sanat Özgürlüğü", s. 28.

²³⁴ Bkz. AİHM, Ulusoy ve diğerleri/Türkiye, 34797/03, 03.05.2007, p. 29 ; AİHM, Yazar/Türkiye (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 58709/00 ve 58756/00, 31.10.2006 (Oyunun yazarının ve yönetmeninin başvurusu (58709/00) takip edilmediğinden ötürü listeden çıkarılmış, esas hakkında karar sadece oyuncuların başvurusu (58756/00) hakkında çıkmıştır.)

muhabatına ulaşmasına aracılık eden kişilerin bu korumadan yararlanması gerekir²³⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı da bu yöndedir. Mahkeme *Otto Preminger Institut/Avusturya* kararında bu konuyu özellikle ele almıştır²³⁶. Kararda Aşk Konseyi (*Das Liebeskonzil*, 1982, Yönetmen: Werner Schroeter) filminin gösterimi öncesinde filme el konulması nedeniyle, filmin fikri haklarına veya hatta filmin el konulan kopyasının mülkiyetine Enstitü sahip olmasa dahi, filmi göstermesinin engellenmesi sebebiyle Enstitü'nün sanatsal ifade özgürlüğünün etkilendiğine karar vermiştir. Bu karar aynı zamanda tüzel kişilerin de sanatsal ifade özgürlüğünün ihlali durumunda mağdur olabileceğini açıkça göstermektedir²³⁷. Mahkemenin bu yöndeki içtihadına göre sanata aracılık yapan kişilerle ilgili başka örnekler şunlardır: Yayınevlerinin editörleri²³⁸, sahipleri²³⁹, yönetim kurulu başkanları²⁴⁰ ve sergi küratörleri²⁴¹.

Mahkemenin ifade özgürlüğünü fikri mülkiyet hakkının sahipliğinden bağımsız değerlendirdiği bir başka dava da *Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç* davasıdır²⁴². Başvurucular, “*The Pirate Bay*” adlı internet sitesinin işletilmesini sağlamaktadırlar. Bu site, internet kullanıcılarının birbirleriyle dosya paylaşmasını sağlayan “*torrent*” dosyalarına bağlantı vermektedir ve kişiler *torrent* aracılığıyla artık *The Pirate Bay* sitesini kullanmaksızın her türlü dosyayı paylaşabilmektedirler. Çoğu zaman bu paylaşımın konusunu fikri mülkiyetle korunan veriler oluşturmakta ve sanatsal ifadenin konusunu da oluşturabilecek başta film ve müzik olmak üzere birçok materyal bu yolla fikri hakların sınırlarından bağımsız olarak, maddi ücret karşılığı olmadan elde edilebilmektedir. Başvurucular bu siteyi işletenlerden oldukları için cezaya çarptırılmış ve AİHM de bu kişiler, başkalarının bilgi ve fikir paylaşmasını sağlayan kişiler oldukları için eylemlerinin ifade özgürlüğünün kapsamında olduğunu kabul etmiştir²⁴³. Burada önemli olan, bu kişilerin sanatsal ifade özgürlüğünün de konusu olabilecek tüm bu materyalleri doğrudan kişilere sunan servisi sağlamamalarına rağmen, sadece onları o servise yönlendiren internet

²³⁵ Atalay, **op. cit.**, s. 6;

²³⁶ AİHM, *Otto Preminger Institut/ Avusturya* (13470/87), 20.09.1994, p. 38-41.

²³⁷ Benzer yönde bkz. Atalay, **op. cit.**, s. 8.

²³⁸ AİHM, *Akdaş/Türkiye* (41056/04), 16.02.2010.

²³⁹ AİHM, *İ.A/Türkiye* (42571/98), 13.09.2005.

²⁴⁰ AİHM, *Lindon, Otchakovsky-Laurens, July/Fransa* (21279/02 et 36448/02), 22.10.2007.

²⁴¹ AİHK, *S. ve G./Birleşik Krallık* (17634/91, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 02.09.1991.

²⁴² AİHM, *Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç* (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 40397/12, 19.12.2013.

²⁴³ **Ibid.**

sitesinin işletimine katkıda buldukları için mağdur statüsüne sahip olmalarıdır. Aslında kişiler *torrent* sayesinde bu dosyaları, bu dosyalara sahip olan diğer insanların bilgisayarından indirmektedir. *The Pirate Bay* adlı sitenin tek işlevi bu *torrent*'e nasıl ulaşılabileceğine dair bir bağlantı sunmaktan ibarettir. Bunu sanal dünyadan gerçek dünyaya taşırsak şöyle bir analogi yapabiliriz: Bir ressamın sergilenmesine izin vermediği resmi sergileyen bir sergi salonu olsun. Başvurucular, o sergi salonuna nasıl gidileceğini anlatmak için yolda kroki dağıtan kişilerdir. Dolayısıyla, burada aracılık kavramının internete dönük olarak oldukça geniş yorumlandığını söylememiz mümkündür. Bunun fikri mülkiyetin sınırlamaları karşısında ifade özgürlüğünü bir nebze korumak için önemli bir genişletme olduğunu da söyleyebiliriz²⁴⁴.

AİHM'nin bu yaklaşımına benzer şekilde Anayasa da sanat özgürlüğü kapsamına yayma hakkını alarak bu kişilerin de korunabilmesini teminat altına almıştır. Bu çerçevede Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu fonogram yapımcıları ve film yapımcılarının, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun da radyo-televizyon kuruluşlarıyla yayın yapımcılarının statüsünü düzenlemiştir. Bu kişilerin veya kurumların sanat eserlerinin yayımına dair gerçekleştirdikleri faaliyet, fikri mülkiyet hukukunda da "bağlantılı haklar" kapsamında korunmaktadır²⁴⁵. Ancak unutulmamalıdır ki bu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan bağlantılı hak sahiplerine tanınan koruma doğrudan sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin bir korumadan çok fikri mülkiyete ilişkin bir korumadır. Bağlantılı hak sahiplerinin güvence altına alınan meslek birliği kurma hakkı gibi hükümleri açısından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun kültürel hak olarak sanat özgürlüğünün kurumsal garanti yönünü gerçekleştirdiği elbette söylenebilir. Ancak örneğin, bir film yapımcısının filminin dağıtımını idare tarafından engellendiğinde koruma sağlayan hükümler fikri mülkiyet hukukundan çok, doğrudan sanatsal ifade özgürlüğünün kapsamına girer.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki bu kişilerin talep ettiği koruma bazen sanatsal ifade özgürlüğünün yanında Ek Protokol'ün 1. maddesiyle korunan mülkiyet hakkı çerçevesinde de olabilir. Zira AİHM mülkiyet hakkı kapsamında fikri

²⁴⁴ Ancak başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu reddedilmiştir. Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz. III. B. 2. a.

²⁴⁵ Ersoy, **op. cit.**, s. 37-39 ; Topukçu, **op. cit.**, s. 570

mülkiyetin de yer aldığını kabul etmiştir²⁴⁶. Bu nedenle, eserin yaratıcısına yapılan bir müdahale onun fikri mülkiyet hakkına da müdahale niteliği taşıyabilir. Hukuken gerçekten iki hak da ihlal edilmiş olabilir. Ancak bu hakların yargı önünde ileri sürülmesi durumunda benimsenen temel ilke şudur: Eğer hak sahibinin ileri sürdüğü zararın manevi boyutu ön planda ise değerlendirme ağırlıklı olarak ifade özgürlüğü açısından; maddi boyutu ön plandaysa mülkiyet hakkı açısından yapılacaktır²⁴⁷. AİHM ise çoğu zaman ifade özgürlüğü hakkının ihlalini tespit ettiğinde mülkiyet hakkı açısından ayrıca bir inceleme yapmamaktadır²⁴⁸.

b. Muhataplar

İfade özgürlüğü sadece tek taraflı olarak ifade sahibini koruyan bir özgürlük değildir. İfade, iletişimin ana unsuru olması nedeniyle, ifade edilen düşüncenin muhatabına ulaşması hakkından ayrı düşünülemez. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün karşılıklı olarak fikir ve düşünceleri paylaşma ve bunlara ulaşmayı kapsadığı kabul edilmektedir²⁴⁹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre de bu özgürlük açıkça haber ve görüş alma ve vermeyi de kapsar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de ifade özgürlüğünü iki yönlü olarak kabul ettiğini ve özellikle basın özgürlüğüne ilişkin davalarda kamunun basının sunduğu bilgilere ulaşma hakkını vurguladığını söylemek mümkündür²⁵⁰.

Sanatsal ifade özgürlüğü açısındansa Türk doktrininde de sanat eserlerinin muhatabının sanat özgürlüğünün öznesi olabileceği ifade edilmiştir²⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ifade özgürlüğünün bu iki taraflılığı tanındığına göre, aynı durum sanatsal ifadeler açısından da geçerlidir. Nitekim Komisyon, *Özkan/Türkiye* kararında, TRT'nin bir filmi programdan kaldırması üzerine Komisyon'a başvuran seyircinin başvurusunu, kişi bakımından kabul edilemez olarak görmemiştir.

²⁴⁶ Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Burak H. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, Mayıs 2009, s. 304-347.

²⁴⁷ Burak H. Gemalmaz, **op. cit.**, s. 219, 301.

²⁴⁸ **Ibid.**, s. 310. Sorun maddi nesnelere mülkiyetine ilişkin olduğunda da AİHM'nin bu yaklaşımı değişmemektedir. Akdaş/Türkiye kararına konu olan olayda başvurucunun aldığı ceza nedeniyle ilgili kitabın tüm nüshalarına da el koyulmuştur. (Olayla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. III. B. 1. a.) Mahkeme bunu 10. madde ihlaline neden olan müdahalenin yan etkisi olarak görmüş ve mülkiyet hakkı açısından ayrıca incelememiştir. Bkz. AİHM, Akdaş/Türkiye, p. 35.

²⁴⁹ Thilo Marauhn, "Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association, Dirk Ehlers (ed.), **European Fundamental Rights and Freedom**, Berlin: De Gruyter Recht, 2007, s. 97.

²⁵⁰ AİHM, *Observer and Guardian/Birleşik Krallık* (13585/88), 26.11.1991, p. 59.

²⁵¹ Atalay, **op. cit.**, s. 7 ; Ersoy, **op. cit.**, s. 39; Topukçu, **op. cit.**, s. 570.

Komisyon bu kararında açıkça, sanatsal bir ifade olan filmlerin gösterilmesinin de izlenmesinin de ifade özgürlüğünün, özellikle de “fikir ve görüşleri alma ve verme” kavramının kapsamında olduğunu söylemiştir²⁵².

2. Sanatsal İfade Özgürlüğü Hakkının Konu Bakımından Sınırları

İfade anlatımdır. Aynı sözcüğün İngilizce veya Fransızca karşılığına baktığımızda “expression” kelimesiyle karşılaşırız. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bu iki orijinal dilinde de ifade özgürlüğünü koruyan 10. madde “*Freedom of Expression*” ve “*Liberté d’expression*” başlığına sahiptir. Bu kelime Latince kökenli olup dışarı doğru itmek anlamına gelen “expressio” kelimesinden türemiştir²⁵³. O halde ifadenin özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından anlamı, anlatımı içermekle birlikte bir dışı vurmaya da kapsamaktadır. Nitekim Türkçede ifade sözcüğü felsefe terimi olarak dışı vurma anlamında kullanılmaktadır²⁵⁴.

İfade her şeyden önce sözlü veya yazılı olabilir. Herhangi bir düşünceyi, tasarımı, olayı, deneyimi veya duyguyu bir vasıtayla iletmek ifade olarak tanımlanabilir. Bu tanım da akla ilk olarak yazılı veya sözlü iletişimi getirmektedir. Ancak ifade sadece yazılı ve sözlü iletişimden de ibaret olarak görülemez. Zira insanın bir duyguyu veya düşünceyi ilemesinin tek yolu onu sözel veya yazılı olarak doğrudan ifade etmesi değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemenin içerik dışında biçimi de korumaya aldığını belirten içtihadı²⁵⁵, tam olarak da buna ilişkindir. Özgürlüğün konusu, doğrudan söz veya yazı yoluyla açıklanabilecek olan anlam dışında, o anlamı içeren başka bir biçim de olabiliyorsa, ifade özgürlüğünün koruduğu tek biçim, söz ve yazı olamaz. Zira vasıttan bağımsız olarak oluşan bir anlamın varlığı, felsefi olarak da oldukça tartışmalı bir husustur. O halde “Özgürlüğün konusu, her türlü biçimden bağımsız olarak oluşan bir anlamla sınırlı değildir.” diye açıkça belirtmeye zaten gerek yoktur. Böylesi bir yorum abesle iştigal

²⁵² AİHK, Özkan/Türkiye. (Başvuru, açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez bulunmuştur.)

²⁵³ Annamari Laaksonen, “Freedom of Expression in the Arts and Media”, Andreas J. Wiesand/ Kalliopi Chainoglou/ Anna Sledzinska-Simonn (ed.), **Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries**, Berlin: De Gruyter, 2016. s. 15.

²⁵⁴ Türk Dil Kurumu, “İfade” Başlığı, **TDK Büyük Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5991976ea9c697.01093488 (Erişim tarihi: 14.08.2017).

²⁵⁵ AİHM, Oberschlick/Avusturya (11662/85), 23.05.1991, p.57.

olacaktır. Mahkemenin bu içtihadı ancak biçimin çeşitliliğini kapsadığı ölçüde anlam kazanır. O halde tespit edilmesi gereken, Mahkemenin içtihadına göre bu biçimlerden hangisini ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabileceğidir.

İlk olarak çalışmamızın da konusu olan sanatsal biçim yoluyla oluşturulmuş ifadelere eğilmemiz gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararında açıkça sanatsal ifadenin de ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabileceğini belirtmiş, Sözleşme’de “yayın, televizyon ve sinema” yoluyla yapılan ifadelerin açıkça kapsam dahilinde tutulmasını bu özgürlüğün konusunun sanatsal biçimi de kapsadığına bir kanıt olarak göstermiştir²⁵⁶. Mahkeme bugüne kadar yazılı bir iletişim biçimini benimsemesi nedeniyle tartışma konusu olmayan edebi eserler dışında resim²⁵⁷, tiyatro²⁵⁸, sinema²⁵⁹, heykel²⁶⁰ alanındaki eserlerin de ifade özgürlüğünün konusunu oluşturduğuna hükmetmiştir. Müziğe ilişkin ifade özgürlüğü kapsamında bugüne dek bir karar vermemiş olmasına rağmen, Mahkemenin müziği de sanatsal ifade dışında bırakması için özel bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim her ne kadar fikri mülkiyete ilişkin bir olay olsa da Mahkeme, *Sia Akka/LAA/Litvanya* davasında müziğin sanatsal ve fikri mülkiyetin konusunu oluşturabilecek bir eser olma niteliğine dair hiçbir tartışmaya girmemiştir²⁶¹.

Mahkemenin kararlarında bu eserlerin ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabileceğine dair sanatsal ifade olmaları dışında özel bir gerekçelendirme yoktur. Mahkeme, ifade özgürlüğünün içerik kadar biçimi de koruduğu içtihadına gönderme yapmakla ve sanatsal ifadenin, ifade özgürlüğü kapsamında *Müller ve diğerleri* kararından beri korunduğunu belirtmekle yetinmektedir²⁶².

İlk bölümde Clive Bell’in sanat tanımında yer aldığı üzere sanat çoğu zaman sahip olduğu biçim sayesinde diğer ifadelerden ayrılabilir. Fakat sanatın sınırlarının zorlandığı, örneğin bir sergi salonunda kendini kırbaçlayan bir performans sanatçısının bu eyleminin sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip

²⁵⁶ Müller ve diğerleri/İsviçre, p. 27.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ulusoy/Türkiye.

²⁵⁹ Otto Preminger Enstitüsü/Avusturya.

²⁶⁰ S. ve G./Birleşik Krallık.

²⁶¹ AİHM, *Sia Akka/LAA/Litvanya* (562/05), 12.07.2016.

²⁶² AİHM, *Karataş/Türkiye* (23168/94), 08.07.1999, p. 49.

değerlendirilmeyeceği sorusu nasıl cevaplanacaktır? Zira burada bir ifadeden çok bir eylem olduğu söylenebilir mi? O halde Mahkemenin biçimi de kapsayan ifade özgürlüğü korumasının biçim yönünden bir sınırı olabilir mi? İşte bu soruların doğrultusunda öncelikle ifadenin biçim unsurunun nasıl yorumlandığına ve bunun sanatla ifade özgürlüğünün ilişkisine nasıl etki ettiğine ilişkin genel bir çerçeve çizmemiz gerekmektedir (a). Ancak Mahkemenin içtihadı bize burada çizilmesi gereken tek sınırın biçim yönünden değil aynı zamanda içerik yönünden de olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, ikinci olarak da içerik açısından getirilen sınırlamaları ve bunların sanata ilişkin korumayı nasıl etkilediğini inceleyeceğiz (b).

a. Biçimsel Sınırlar: Eylem İfade Zıtlığı Sorunu ve Performatif Estetik

Sanatsal ifade dışında mahkemenin ifade özgürlüğünün konusunu belirlerken karşı karşıya kaldığı en önemli zorluklardan biri ifade ile eylem (*conduct*) arasındaki sınırı çizmektir; çünkü haberleşme sadece sözcükler aracılığıyla yapılmadığından, bazen bir eylem de sahip olduğu iletişimsel etki nedeniyle bir ifade olarak anlam taşıyabilir²⁶³. O halde eylemin hangi noktada ifade sayılacak kadar iletişimsel etkiye sahip olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Şüphesiz ki bir fikrin etkili bir biçimde ortaya konması için bazen sözcükler yeterli olmaz ve eylemlere başvurmak da gerekir²⁶⁴. Bunun en klasik örneği, bir sembol taşımaktır. Örneğin, bir gamalı haçı üstünüzde taşımanın ne anlama geldiği çok açıktır ve bunu bir kolye olarak taşımak bunu algılayan insanlar için bu eylemin Nazizm'i imlemesini sağlayacaktır. Dolayısıyla burada bir ifade olduğunu söylemek mümkündür. Benzer bir şekilde ABD'de Yüksek Mahkeme, "*Fuck the Draft*" yazılı bir ceket ile duruşma salonuna gelen Cohen'in bu eylemini, ifade özgürlüğü kapsamına girecek bir ifade olarak nitelendirmiştir²⁶⁵. Her ne kadar azınlık görüşünde Hakim Blackmun, burada ifadeden çok eylem olduğunu belirtmiş olsa da²⁶⁶, söz konusu eylemi ifade olarak tanımsızın ifade özgürlüğünün dışında bırakmak, ifade ile onun biçimini ayırmaya çalışmak gibi beyhude bir çabaya girmek anlamına gelecektir²⁶⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Vajnai/Macaristan*

²⁶³ Şahin, *op. cit.*, s. 325.

²⁶⁴ Barendt, *op. cit.*, s. 78.

²⁶⁵ ABD Yüksek Mahkemesi, Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971).

²⁶⁶ *Ibid.*, s. 27.

²⁶⁷ Sadurski, *op. cit.*, s. 49.

davasında, kıvılcık yıldızlı bir giysi giymenin enternasyonal işçi hareketini temsil etmesi nedeniyle ifade özgürlüğüne kapsamına gireceğine hükmetmiştir²⁶⁸.

Eylemle ifade arasındaki çizgiyi belirlemek hakkında sık sık gündeme gelen bir başka tartışmalı eylem ise bayrak yakmadır. Bunun sebebi ABD Yüksek Mahkemesinin önüne gelen ünlü bir davadır. Bayrak yakmada, yukarıdaki örneklerden de farklı olarak aslında taşınan bir sembolün değil, doğrudan bir sembolün yakılmasının ifade olup olmadığı tartışılmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi *Texas v. Johnson* kararında bunu ifade niteliği taşıyan bir eylem olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, bu sonuca varırken eylemin yeterince iletişimsel unsur taşıyıp taşımadığını, yeterince belirlenebilir bir mesajı olup olmadığını ve bu mesajın izleyicilerce anlaşılır olup olamayacağını değerlendirmiştir²⁶⁹. Bunun için de hem bayrağın Amerika'nın bütünlüğünü temsil etmesi açısından taşıdığı anlama hem de bu bayrağın yakılma eyleminin gerçekleştiği bağlama (Reagan'ın Başkan olması sırasında) dayanarak ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabilecek bir eylemin varlığına karar vermiştir²⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ise bu derece kesin bir muhakeme sistematığı maalesef yoktur. Mahkeme çoğu zaman sadece ifadenin biçime bağlı olmadığını ve maddenin konusunun sözcüklerle yapılan ifadelerle sınırlı olmadığını söylemekle yetinmektedir. Örneğin, bir protesto olarak yolu kapatan eylemcinin göz altına alınmasının 11. maddede korunan toplanma özgürlüğü dışında aynı anda ifade özgürlüğünü de kısıtladığına karar vermiştir²⁷¹.

²⁶⁸ AİHM, Vajnai/Macaristan, 33629/06, 08.07.2008, p. 47.

²⁶⁹ ABD Yüksek Mahkemesi, *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989), s. 404.

²⁷⁰ *Ibid.*, s. 405-406. Kararın devamında Mahkeme O'Brien testi de uygulayarak bu eylemin ifadeye dair niteliğinin daha baskın olduğuna karar vermiştir. O'Brien testi bir eylemi yasaklayan hükmün amacını göz önünde bulundurarak, o eylemin ifade özgürlüğünden yararlanacağı korumayı belirler. Eğer hükmün amacı ve hükümetin menfaati özellikle eylemin yaratacağı sonuçlardan çok sadece bir ifadeyi sınırlandırmaya yönelikse, daha sıkı bir denetime tabii tutulacak ve ifade özgürlüğü baskın olacaktır. Ancak bu test, daha çok iletişimsel niteliği olan bir eylemin ifadeye dair kısmının mı yoksa ifadeyle alakasız kısmının mı baskın olduğunu belirleyerek ne kadar korumadan faydalanacağını belirlemeye yöneliktir. Ayrıntılı bir açıklama için bkz. Brendt, **op. cit.**, s. 81-83.

²⁷¹ AİHM, Lucas ve diğerleri/Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 39013/02), 18.03.2003. Bu yaklaşım, aslında hak ve özgürlüğü koruyucu bir yaklaşımdır. Çünkü Mahkemenin her iki özgürlük açısından da değerlendirme yapabilmesine olanak tanımaktadır. Ancak öte yandan burada bir özel hüküm genel hüküm ilişkisinin bulunduğu, toplantı ve gösteri yürüyüşünün evleviyetle bir ifade etme, bir mesajı toplu olarak iletme kaygısını taşıdığı dolayısıyla 11. maddenin uygulanmasının daha doğru olduğu da söylenebilir. Benzer kararlar için bkz. AİHM, Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık (24838/94) 23.09.1998; AİHM, Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık (25594/94), 25.11.1999.

Bu genel kriter yoksunluğunun bir istisnasını yakın tarihli bir kararda görmek mümkündür. Mahkeme, Atatürk büstünün üstüne boya atan bir başvurunun bu eyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir²⁷². Bu sonuca varırken, Mahkeme iki kriter benimsediğini vurgulamıştır: Bunlardan ilki, bu eylemin ifadeye yönelik niteliğinin baskınlığı, ikincisi eylemi gerçekleştirenin niyeti veya amacıdır. Olayda, Atatürk büstüne boya dökmenin nesnel olarak iletişimsel bir niteliği olduğunu ve gerçekten başvuru Murat Vural'ın da aslında yaşadığı sıkıntıyı ifade etmek, devleti protesto etmek gibi amaçlarının olduğunu da söylemek mümkündür. Zira gerçekten de Atatürk heykeli Türk toplumu açısından sıradan bir heykel değildir. Türk devletinin kurucusunun heykeli olarak onun anısında Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni de imleyen bir anlamı içerdiği rahatlıkla iddia edilebilir. Mahkeme aynı zamanda kişinin niyeti ve eylemin niteliği dışında, devletin niyetini de bir kriter olarak görmese bile vardığı sonucu doğrulamak adına hesaba katmıştır. Zira Mahkeme'ye göre, Türk mahkemelerinin kararlarında ve hükümetin de savunmasında, başvurunun Atatürk'ün anısına saygısızlık yapmış olması ve Kemalist ideolojiye karşı gelmesi ön plandadır²⁷³. O halde bu, basit bir mala zarar vermenin cezalandırılmasından çok ifadenin kısıtlanması halidir.

Bu kriterlere yakından baktığımızda da aslında AİHM'nin ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Texas v. Johnson* davasında uyguladığı kriterlere oldukça yakın hususlara vurgu yaptığını ve hatta devletin savunmasına gönderme yaptığı kısmın doğrudan *O'Brien* testinden²⁷⁴ esinlendiğini söylemek mümkündür. Nasıl ki *O'Brien* testiyle ABD Yüksek Mahkemesi kanununun amacının özel olarak ifade özgürlüğünü kısıtlamak olup olmadığını inceliyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kısıtlamaya uğrayan özgürlüğün ifade özgürlüğü olduğunu yerel mahkemelerin kullandığı gerekçelerle ve devletin savunmasıyla güçlendirme ihtiyacı hissetmiştir.

Peki eylem ve ifade arasındaki sınırın çizilmesi sorunu özellikle, sanatsal ifade açısından neden önemlidir? Daha önce de belirttiğimiz gibi, sıradan bir nesnenin sanat eseri olarak sergilenebildiği bir çağdayız. Nasıl ki sanat eseri olarak sergilenen bir şişe kurutucusu, evde dururken bir şişe kurutucusuyken, bir sanat galerisinde ters çevrilip sergilendiğinde tam olarak da hazır-nesne olduğu için sanatın estetik

²⁷² AİHM, Murat Vural/Türkiye, (9540/07), 21.10.2014.

²⁷³ Murat Vural/Türkiye, p. 55.

²⁷⁴ Bkz. dn. 270.

değerine meydan okuyan bir anlamla²⁷⁵ bir sanat eseri haline geliyorsa aynı şey eylemler için de söz konusu olabilir. Daha uç noktada bir örnek aramaksızın, modern tiyatro anlayışı bile bunu mümkün kılar. Örneğin, bir bahçede köşe kapmaca çocukların kendi arasında oynadığı basit bir oyun olarak bir eylemden ibaretken, bir tiyatro sahnesinde bir oyuncunun her köşede yanan ışığı yakalamaya çalışmasını gerektiren bir köşe kapmaca oyunu rekabetçi ve kapitalist dünya düzenini çağrıştırmaya başlayabilir²⁷⁶.

Eylemlerin taşıdığı sanatsallığın yeni bir boyut kazanması özellikle performatif estetiğin yaygınlaşması ve “performans”ın bir sanat türü olarak kabul edilir hale gelmesiyle mümkün olmuştur. Performatif estetik, geleneksel anlamda bir eser ve o eserin alımlayıcısı ikiliğini aşan bir estetik anlayışıdır²⁷⁷. Aslında bu tür bir yaklaşımın kökeninde John L. Austin’in “icrai söz edimleri”²⁷⁸ kavramı da vardır. John L. Austin bu kavramla aslında sözlerle sadece bir ifadenin meydana gelmediğini, sözlerin de eylem olabileceğini ortaya koymuştur²⁷⁹. Örneğin: “sizi karı koca ilan ediyorum” sözünün söylenmesi sadece bir anlam üretmemekte, yeni bir gerçeklik de yaratmaktadır²⁸⁰. Performatif estetik anlayışının da temelinde ifade ile eylem arasındaki bu ikiliğin kaldırılması vardır²⁸¹. Geleneksel estetik anlayışının aksine bir reel bir de tinsel düzlem yoktur artık²⁸². Her eylem zaten kendisini ifade etmektedir. “Totolojik olarak ifade etmek gerekirse, bir şeyin maddeselliği, algılayan özünde kendi maddeselliğinin (...) anlamını taşır. Bir şey olarak algılanan nesne, algılandığı haliyle anlam ifade eder.”²⁸³ O halde bir performansı izleyen kişi de aslında bu eylemin kendisini anlamaktadır. Hatta seyirci artık sadece algılayan ve pasif bir izleyici olmak zorunda değildir; eyleme katılarak, performansın bir parçası olur ve yaratma sürecinin de içine girer. Sanatçı, eylemleriyle seyircide bir etki yaratarak onu harekete geçirirken bu dürtüyü ortaya çıkaran eylemler ve seyircinin performansa katılma eylemi de anlamın ta kendisi olur²⁸⁴. Örneğin, Marina Abramovic’in kendisini kırbaçladığı, jiletlediği, derisini yaktıktan sonra dakikalarca

²⁷⁵ Kuspit, *op. cit.*, s.38-39.

²⁷⁶ Örnek için Şahika Tekand’ın Gergedanlaşma 2.014 oyunundan esinlenilmiştir.

²⁷⁷ Fischer-Lichte, *op. cit.*, s. 23-24.

²⁷⁸ Şahin, *op. cit.*, s. 339-340.

²⁷⁹ Aktaran: Fischer-Lichte, *op. cit.*, s. 36.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Geleneksel estetik anlayışındaki bu ikili yaklaşım hakkında ayrıntılı bir açıklama için bkz. Tunalı, *op. cit.*, s. 52-61.

²⁸³ Fischer-Lichte, *op. cit.*, s. 240.

²⁸⁴ *Ibid.*, s. 261.

buzun üzerinde acı içinde yattığı *Lips of Thomas* performansı seyircilerin müdahalesi üzerine sonlanmış²⁸⁵. Seyircinin aktör haline geldiği bu durumda artık o da anlama katkıda bulunarak yaratım sürecine dahil olmuştur.

İşte estetiğin günümüzde böyle bir yaklaşımla ele alınması, özellikle sanatsal ifade açısından eylemle ifade arasındaki ayrımın varlığının da tartışılmasına neden olur. Çünkü sanatçı hareketleriyle, hareketleri ve bu hareketlerinin yarattığı etkiden başka hiçbir şey anlatmak istememektedir. Elbette ki bu hareketlerin seyircide hareketlerin kendisi dışında da bir anlam üretmesi mümkündür ama bu özel olarak imlenmeye çalışılan bir anlam olmak zorunda değildir. İşte böylesi bir estetik anlayışının ifade eylem zıtlığının aşılmasını gerektireceği şüphesizdir. Kanaatimizce bu noktada eylem ifade zıtlığı hukuk açısından, sanat eseri yaratma niyetini ön plana alma yoluyla aşılabılır. Çünkü bir performans sanatçısı bu eylemleri yapma amacı dışında sanatsal yaratım amacı da gütmektedir. Bu durum eylemin kendisi dışında bir anlama sahip olması anlamına gelmek zorunda değildir; ancak eylemi, kendiliğinden sahip olduğu anlamı ortaya çıkarmak için gerçekleştirmek, eylemin başlı başına bir ifade biçimi haline gelmesi için yeterli olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da sanat ile eylem arasındaki ilişkinin silikleştiği, performans sanatına ilişkin bir olaya rastlamak mümkündür. Daha önce de değindiğimiz *Tatar ve Fáber/Macaristan* davasına²⁸⁶ konu olan olayda performans sanatının bir örneği söz konusudur. Bu politik performans Macaristan Mahkemelerince bildirimsiz yapılmış bir toplantı olarak nitelendirilmiş ve başvurucular bu nedenle para cezasına çarptırılmıştır. Hükümet, söz konusu eylemin sanatsal bir ifade olsa bile hem bunun için gerekli izni almadıklarını, hem de yerel mahkemelerin başvurucuların nitelendirmesinden bağımsız olarak eylemin amacı, yeri ve niteliğine göre bunu bir toplantı olarak nitelendirebileceğini savunmuştur. Kişi sayısının azlığının da bunun bir toplantı sayılmaması ve 11. madde kapsamı dışında olması için yeterli olmadığını iddia etmiştir. Başvurucuların iddiası da bu eylemin sanatsal bir ifade olduğundan ibarettir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, başvuruculara hak vererek kişi sayısının azlığı ve sürenin kısıllığı nedeniyle bunun ancak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilecek bir eylem olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme her ne kadar gerekçesinde bu ifadeyi ağırlıklı olarak

²⁸⁵ Aktaran : **Ibid.**, s. 13-14.

²⁸⁶ Karara konu olan olay için bkz. I. A. 2. b.

siyasi yönüyle ele alsada²⁸⁷ sonuç olarak bu ifadenin siyasi olduğu kadar sanatsal bir ifade olduğunu da kabul ederek karara varmıřtır²⁸⁸.

Ancak AİHM bu kararında ifadenin sanatsallığını tanısa da eylemi, ifade özgürlüğü kapsamında görmesinin temel sebebinin başvuruçuların iddiası olmadığını da söylemiřtir²⁸⁹. Dolayısıyla, Mahkemenin söz konusu sonuca ifadenin sanatsallığı sebebiyle ulaştığını söylemek maalesef mümkün değildir. Ancak yine de Mahkemenin bu eylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirirken, eylemin sadece iki kişi tarafından gerçekleştirilmesi ve sadece gazetecilerin çağırılması nedeniyle topluma açık bir toplantı gibi görülemeyeceğini söylemesi, bir eylemi sadece eylem olması sebebiyle 10. madde kapsamı dışında bırakmadığını da gösterir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu performansı daha çok medya aracılığıyla gönderilmek istenen bir mesaj olarak yorumlamayı tercih etmiş, bu nedenle ifadenin sanatsal yönünden çok siyasi yönüne ağırlık vermeyi tercih etmiřtir²⁹⁰. Ancak Mahkemenin kararın sonuna doğru ifadenin sanatsallığına gönderme yaparak koruma sınırının bu şekilde belirlenmesi gerektiğini belirtmesi umut verici bir açık kapı olarak da yorumlanabilir.

Son olarak, AİHM'nin *Gough/Birleşik Krallık* kararında çıplaklıđı²⁹¹; *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında²⁹² başvuruçuların kaz avcılarının ateş etmelerini engelleme eylemini, bir ifade olarak görmesi, ifade eylem ikiliğini tam olarak kabul etmeyen bir yaklaşım benimsediğine dair de açık bir delildir. Bu nedenle Mahkeme, eylemlerin kendi algılanışlarının bir anlam olmasını benimseyen bir estetik anlayışına çok da uzak değerdir. Performansa ilişkin bir davayla karşılaştığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin atması gereken tek adım, bunun sanatsal niteliğinin de göz önünde bulundurulmasından ibarettir.

²⁸⁷ Táatar ve Fáber/Macaristan, p. 36.

²⁸⁸ Táatar ve Fáber/Macaristan, p. 41.

²⁸⁹ Táatar ve Fáber/Macaristan, p. 29.

²⁹⁰ Táatar ve Fáber/Macaristan, p. 39.

²⁹¹ AİHM, *Gough/Birleşik Krallık* (49327/11), 28.10.2014, p. 147-151. Bu yaklaşım ABD Yüksek Mahkemesinin dansçuların çıplak olmalarının yasaklanmasının Birinci Değişikliğe aykırı görmeyen yaklaşımından farklıdır. Mahkeme Başkanı Rehnquist'in kaleme aldığı çoğunluk görüşünde açıkça çıplaklığın da bir ifade olabileceği ancak Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı benimsediği belirtilmiştir. Nitekim bu kararda dansçuların hala erotik dans yapabilecekleri, fakat bunu bir g-string ile bile olsa bir kumaş parçasıyla yapmalarının mümkün olduğu ve bunun ifadeden bir şey götürmediği söylenmiştir. Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi, *Barnes v. Glen Theatre Inc.* 501 U. S. 560 (1991). Davaya dair ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz. Randall P. Bezanson, **Art and Freedom and Speech**, Urbana & Chicago: University of Illinois Press, 2009, s. 50-80.

²⁹² *Steel/Birleşik Krallık*, p. 92.

b. İçerik Sınırları: Hakkın Kötüye Kullanılması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş içtihadında belirttiği üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen “bilgi” ve “fikirler” için değil, incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir²⁹³. Demek ki, kural olarak bir ifadenin içeriği o ifadenin ifade özgürlüğünün koruması dışında kalmasına sebep olamaz.

Ancak bu kuralın önemli bir istisnası vardır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesi. Bu madde uyarınca; “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

1982 Anayasası’nın 14. maddesi ile de paralellik taşıyan bu hüküm, Sözleşme’nin İkinci Dünya Savaşı sonrasında faşizm ve Nazizm tehlikesinin yeni ortadan kalktığı ve liberal demokrasiler için bir tehdit olarak görülen komünizmin yayılmakta olduğu bir dönemde hazırlandığı düşünülürse daha çok anlam ifade edecektir²⁹⁴. Nitekim ifade özgürlüğü ile ilgili olarak bu maddenin daha çok nefret söylemlerine veya soykırım reddine ilişkin davalarda gündeme geldiğini söyleyebiliriz²⁹⁵.

Mahkeme bu maddeyi, 10. maddenin uygulanması açısından konu bakımından bir sınır olarak kabul etmektedir. Eğer ifadenin, 17. maddede ortaya konduğu üzere, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir eylem niteliğinde olduğuna karar verirse hiçbir tartışma yapmadan 10. maddenin konu bakımından uygulanamaz olduğuna hükmetmektedir. Bu özelliği nedeniyle 17. maddenin bir

²⁹³ Handyside/Birleşik Krallık, p. 49.

²⁹⁴ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara : Yetkin Yayınları, 2002, s 94-95.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 99 ; Harris/ O’Boyle/Bates/ Buckley/ Harvey/ Lafferty/ Cumper/ Arai/ Green, **op. cit.**, s. 852-853.

giyotin hükmü olduğu da ifade edilmiştir²⁹⁶. Bugün Mahkemenin içtihadında 17. madde, daha çok ırkçılık ya da yabancı düşmanlığına ilişkin başvurularda gündeme gelmektedir²⁹⁷.

Ancak Mahkemenin ifade özgürlüğünün kötüye kullanılmasında 17. maddeyi uyguladığı kararlar her zaman kabul edilemezlikle sonuçlanmamaktadır. Doğrudan kabul edilemezlik kararlarının verildiği kararlar dışında farklı uygulamalar da tespit etmek mümkündür²⁹⁸. Mahkeme bazen 17. maddeyi dolaylı olarak uygulamakta²⁹⁹ ve 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlama sebeplerinin uygulanmasında bir yorum aracı olarak kullanmayı tercih etmektedir. Bazen de bu maddenin uygulanabilirliği mümkün görünmesine rağmen uygulanmayacağına karar vermiştir. Son olarak, bazı kararlarda ise 10. madde uyarınca esas yönünden yaptığı incelemeyi bitirdikten sonra 17. maddenin uygulanmayacağını belirtmekle yetinmiştir.

Mahkemenin 17. maddenin doğrudan giyotin hükmü olarak uygulanmasında getirilen ilk kriter *Lehideux ve Isorni/Fransa* kararından çıkmıştır³⁰⁰. Doktrinde bu karardan yola çıkılarak, doğrudan Yahudi Soykırımının ve İkinci Dünya Savaşı'ndaki doğruluğu kesinleşmiş tarihi olayların reddine ilişkin ifadelerin 17. madde nedeniyle 10. madde koruması dışında bırakıldığı, diğer nefret söylemine yönelik ifadelerinse 10. madde kapsamında incelendiğini ileri sürülmüştür³⁰¹. Gerçekten de *Lehideux ve Isorni* kararında, İkinci Dünya Savaşı'nda Nazilerle işbirliği yapan Fransa devlet başkanı Philippe Pétain'in aslında Fransa'yı korumaya çalıştığına yönelik ifadeler 10. madde kapsamında incelenmişken; *Garaudy/Fransa* kararında ise yaptırıma konu olan eser, Yahudi Soykırımı süresince gerçekleşen

²⁹⁶ Jean-François Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », **Revue universelle des droits de l'homme**, C. 4, S. 12, 1992, p. 464.

²⁹⁷ Oya Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", Sibel Inceoğlu (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Avrupa Konseyi, 2013, s. 86.

²⁹⁸ Mark E. Villiger, "Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg practice", Joseph Casadevall /Egbert Myjer /Michael O'Boyle/Anna Austin (ed.), **Freedom of expression : essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights**, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, Ekim 2012, s. 324.

²⁹⁹ Dolaylı uygulama (indirect application) terimi için bkz. Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29 S.1, 2011, s. 67-68.

³⁰⁰ AİHM, *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 24662/94, 23.09.1998, p. 47 ve 53.

³⁰¹ David Keane, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention of Human Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 25, S. 4, 2007, s. 642-643.

eylemlerin gerçekleşmediğine yönelik iddiaları açıkladığından başvurunun 10. madde kapsamında değerlendirilmeyeceğine karar verilmiştir³⁰².

Ancak Mahkemenin, Yahudi Soykırımına dair revizyonist ifadeler dışında, ırkçı ifadelere ilişkin de 17. maddeyi konu bakımından kabul edilemezlik kararı vermek için kullandığını görüyoruz. Aslında bunun 17. maddenin yazılış amacına göre bir genişleme olduğunu söyleyebiliriz; çünkü bu yaklaşım, sadece demokratik düzeni fiilen tehlikeye sokan durumları değil, Sözleşme'nin temelindeki değerlere içerik olarak aykırılığı da ifade özgürlüğünün konusu dışında bırakmaktadır³⁰³. Bu yaklaşıma örnek verilebilecek ilk karar *Norwood/Birleşik Krallık* kararıdır³⁰⁴. Mahkeme bu kararında “İslam Britanya’dan defol – Britanya halkını koru” yazılı ve İkiz Kulelerin yanmakta olan bir fotoğrafının arka planda olduğu bir afiş yüzünden para cezasına çarptırılan başvurucunun 17. madde uyarınca ifade özgürlüğünün korumasından faydalanamayacağına kanaat getirmiştir³⁰⁵. Yahudileri hedef alan nefret söylemini de yine aynı şekilde koruma dışında bırakan *Pavel İvanov/Rusya* kararı³⁰⁶ ile birlikte bu iki karar, nefret söyleminin doğrudan, hiçbir ölçülülük denetimi olmaksızın, ifade özgürlüğünün korumasının dışında bırakıldığı sayılı kararlardandır. Eşcinsellere yönelik olanlar da dahil olmak üzere, nefret söylemlerine ilişkin olarak Mahkeme, çoğu zaman esas açısından değerlendirme yaptıktan sonra karar vermeyi tercih etmektedir³⁰⁷.

Peki Mahkemenin hangi ifadelerin tamamen ifade özgürlüğünün koruması dışında kaldığını belirlerken kullandığı, başka bir ölçüt var mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nefret söylemi oluşturabilecek ifadelerle; tarihteki insanlık suçlarını veya demokratik düzene ve değerlere yönelik başka bir eylem türü olan terörist eylemleri konu alan ifadelerin bazılarının 10. madde bakımından esas incelemesine konu olabileceğine karar

³⁰² AİHM, *Garaudy/Fransa* (65831/01, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 24.06.2003; benzer yöndeki bir başka karar için bkz. AİHM, *Witzsch/Almanya* (7485/03, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 13.12.2005.

³⁰³ *Cannie/ Voorhoof*, **op. cit.**, s. 62-63.

³⁰⁴ AİHM, *Norwood/Birleşik Krallık* (23131/03, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 16.11.2004.

³⁰⁵ Bu kararın bir istisnai uygulama teşkil ettiğine ilişkin bkz. O. Serkan Gülfidan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, Şubat 2013, s. 70-73.

³⁰⁶ AİHM, *Pavel İvanov/Rusya*, (35222/04, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 20.02.2007.

³⁰⁷ Antoine Buyse, “Dangerous Expressions : The ECHR, Violence and Free Speech”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 63, Nisan 2014, s. 495.

vermiştir. Buradaki kıstas basitçe bir ifadenin ağırlığına ilişkindir³⁰⁸. Mahkeme hem *Ivanov* hem de *Garaudy* kararında ifadelerin “önemli derecede” anti-semitist olmasına dikkat çektiği gibi, başka kararlarda³⁰⁹ ifadelerin tamamen 10. maddenin tamamen kapsamı dışında bırakılmayı gerektirecek kadar ağır olmadığını belirtmiş ve esastan inceleme yapmayı tercih etmiştir³¹⁰. Bunun dışında, ifadelerin “doğrudan” veya “sadece” Sözleşmenin dayandığı değerleri yok etme amacı olup olmaması da bu ağırlık testinin bir parçası olabilmektedir.

Sanatsal ifadeler açısından özellikle bu doğrudanlık ve münhasırlık ölçütleri önem arz etmektedir. Mahkemenin içtihadında sanatsal ifade özgürlüğü ile 17. maddenin karşı karşıya geldiği iki karar vardır. Bu iki karar her ne kadar dar bir örneklem sunsa da ifade özgürlüğü kapsamındaki 17. madde uygulaması yelpazesinde iki farklı ucu temsil etmesi bakımından analize elverişlidir. Bu kararlardan ilki *Leroy/Fransa* kararıdır³¹¹. Bir karikatürist olan Denis Leroy’un 11 Eylül saldırılarından iki gün sonra yayınlanan haftalık dergide çıkan karikatüründe, saldırıyı imgeleyen bir çizim ve bunun altında “HEPİMİZ BUNUN HAYALİNİ KURDUK... HAMAS YAPTI” yazısı yer almaktadır. Denis Leroy, bu sayının ertesinde çıkan ilk sayıda da bu karikatürün gördüğü tepkiler hakkında bir yazı yazmıştır. Leroy bu yazıda, amacının terör eylemini övmek değil, Amerika Birleşik Devletleri’nin ve dünyadaki emperyalist politikaların bir eleştirisini yapmak olduğunu belirtmiştir. Ancak Leroy hakkında bu çizimi nedeniyle terörizmi övme suçundan 1500 avro para cezasına hükmedilmiş ve karar onanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu başvuruda, söz konusu ifadenin 17. maddeye dayanılarak ifade özgürlüğünün konusu dışında bırakılacak nitelikte olmadığına karar vermiştir. Bunu yaparken dayandığı iki temel argüman, bu ifadenin *sadece* terör eylemini haklı çıkarmak amacına sahip olmadığı ve karikatürün mesajının bir emperyalizm eleştirisi olduğudur³¹². Mahkemenin bu muhakeme biçimi sanatsal ifadeyle ilgili önemli bir hususa işaret etmektedir. Sanatsal ifade daha önce de belirttiğimiz gibi içerdiği

³⁰⁸ Paolo Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime”, *The European Journal of International Law*, C. 26, S. 1, 2015, s. 246-247.

³⁰⁹ AİHM, Soulas ve diğerleri/Fransa, 15948/03, 10.07.2008, p. 48; AİHM, Féret/Fransa, 15615/07, 16.07.2009, p. 52. Belirtmek gerekir ki Mahkemenin buradaki yöntemi esastan inceleme yaptıktan sonra 17. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermektir. Yöntem bu olsa bile, ifadenin en baştan inceleme yapılmaksızın m. 17’nin uygulanmasına sebebiyet verecek ağırlıkta olmadığını söylemek mümkündür.

³¹⁰ Lobba, *op. cit.*, s. 247.

³¹¹ AİHM, Leroy/Fransa (36109/03), 02.10.2008.

³¹² Leroy/Fransa, p. 27.

mesajı doğrudan değil, bir yaratı süreci sonucunda ortaya koyar. Dolayısıyla bazen sanat yoluyla ifade edilen bir düşünce ilk bakışta algılanan dışında da bir anlam içerebilir. Tam olarak da bu nedenle, Mahkemenin bu testi açısından sanatsal ifadelerin, ifade özgürlüğünün korumasına girmeye daha elverişli olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü başka bir bağlamda “Biz hayal ettik, Hamas yaptı.” cümlesi doğrudan ve çıplak biçimde terörü övebilecekken, sanatsal bir bağlamda bu ifade-örneğin olayda olduğu gibi Amerikan emperyalizminin sembolü olarak kabul edilebilecek gökdelenlerin altına yazılınca- bir emperyalizm eleştirisi olarak yorumlanmaya açık hale gelir. Çünkü cümle aynı olsa da ifade artık aynı ifade değildir, özellikle sanatsal bağlamın içinde başka bir ifade haline gelmiştir ve 17. madde açısından *doğrudan* ve *sadece* bir terör övgüsü olabilme özelliğini yitirmiştir.

Ancak Mahkeme için bu yaklaşımın her türlü sanatsal ifade bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. *M’Bala M’Bala/Fransa* kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, komedyen Dieudonné’nin bir stand-up gösterisi kapsamındaki eylemlerinin 17. madde uyarınca 10. maddenin konusunu oluşturamayacağına kanaat getirmiştir³¹³. Karara konu olan olayda komedyen Dieudonné, Paris Zénith’teki gösterisinde revizyonist tezleri sebebiyle tanınan ve daha önce bu sebeple yargılanmış ve cezaya çarptırılmış olan Robert Faurisson’u sahneye davet ederek alkışlatmıştır. Ardından üzerinde Davud Yıldızı olan bir giysi giymiş bir oyuncu Faurisson’a alkışlar arasında “Rezillik ve Yüzsüzlük Ödülü” takdim etmiştir. Ancak bu eylemler neşeli ve onaylayıcı bir şekilde gerçekleşmiş, ardından Faurisson’a söz verilmiş ve konuşması desteklenmiştir. Mahkeme bu kararında, sahne üzerinde gerçekleşen her eylemin ne derece revizyonist görüşleri doğrular ve Yahudi toplumunu incitici nitelikte olduğunu tartışmıştır. Burada *Leroy* kararından farklı olan temel nokta, Mahkemenin *Leroy* kararında karikatürün incitici olabilecek özelliğini tartışmamışken, konu Yahudi soykırımının reddi olduğu zaman bu tartışmaya girmesidir. Üstelik bu karardaki eylemler *Leroy* kararından çok daha dolaylıdır; çünkü her şeyden önce ironinin baskın olduğu bir bağlam söz konusudur. Ancak Mahkeme, *Lehideux ve Isorni* kararından beri istikrarlı bir şekilde yaptığı üzere Yahudi Soykırımının reddine ilişkin bir ifade söz konusu olduğunda daha sıkı

³¹³ AİHM, *M’Bala M’Bala/Fransa* (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 25239/12, 20.10.2015, p. 42.

bir denetim uygulamıştır³¹⁴. Bütün gösterideki unsurları Yahudi soykırımını inkar eden teze ne kadar hizmet ettiği üzerinden denetlemiştir.

Mahkeme yaptığı bu denetim sonucunda kabul edilemezlik kararı verirken, burada artık Dieudonné'nin sanatçı olarak davrandığından da bahsetmenin mümkün olmadığını söylemiştir³¹⁵. Bunu sadece başvuruçunun sanatçı niteliğini kaybetmesini değerlendirmemiş, gösterinin de “sanatsal bir görüntü altında nefret dolu ve Yahudi düşmanı bir saldırıya” dönüştüğünü ortaya koymuştur³¹⁶. Dolayısıyla, başvuruya konu olan olayı, salt ifade özgürlüğünün değil, özel olarak sanatsal ifade özgürlüğünün de konusunun dışına çıkarmıştır. Bunun Mahkeme içtihadında bir ilk olduğunu belirtmemiz gerekir. *M'Bala M'Bala* kararı bu nedenle Mahkemenin sanatsal ifade anlayışını negatif olarak tanımlayan bir unsur barındırmaktadır. Böylesi bir içerik Mahkemeye göre, biçiminden bağımsız olarak hem sanatsal ifade özgürlüğünün hem de ifade özgürlüğünün konusunun dışında kalacaktır. Burada Mahkeme aslında yukarıda belirttiğimiz üzere 17. maddeyi uygulamak için bir ağırlık testi yapmaktadır. Tek bir eyleme dayanarak değil, gösteri boyunca gerçekleştirilmiş bütün eylemleri teker teker inceleyerek bu yoğunluk seviyesinin artık sanatsallığı ortadan kaldırdığını söylemektedir. O halde Mahkemeye göre, *yoğun olarak* inkarcı tezlerin savunusu haline gelen; nefret dolu ve Yahudi düşmanı bir saldırıya dönüşen eylemlerin ve ifadelerin, sanatsal ifade özgürlüğü anlamında korunabilecek bir sanatsallığından da bahsetmek mümkün değildir³¹⁷.

Bu konuda akla gelebilecek bir soru da bu analizin sadece Yahudi soykırımını reddeden ifadeler için mi yoksa tüm diğer insanlığa karşı suçlar için mi geçerli olacağı sorusudur. Sanatsal ifade kapsamında olmasa da AİHM bu konuyu Ermeni soykırımını iddiaları açısından *Perinçek/İsviçre* kararında tartışmıştır. Mahkemenin bu kararda benimsediği yöntem 17. maddeyi tartışmadan 10. maddeyi esastan görüşmek olduğu için doğrudan bir sonuç çıkarmak zordur. Ancak Perinçek'in ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken Mahkeme, Ermeni soykırımının olmadığını belirten sözlerin İsviçre'de söylenmesine ve olayların üstünden uzun zaman geçmiş olmasına önem vermiş; söz konusu ifadede de aslında olayların

³¹⁴ Bu uygulamanın bir çifte standart oluşturduğuna dair görüş için bkz. Gülfidan, **op. cit.**, s. 61.

³¹⁵ *M'Bala M'Bala*/Fransa, p. 39.

³¹⁶ *M'Bala M'Bala*/Fransa, p. 40.

³¹⁷ *M'Bala M'Bala*/Fransa, p. 39.

gerçekleşip gerçekleşmemesinden çok olayların hukuken soykırım olarak adlandırılmayacağına vurgulandığına dikkat çekmiştir³¹⁸. Bu açıdan Mahkemenin, Yahudi soykırımını, tarihsel ve hukuki olarak kesinleşmiş bir olay olması sebebiyle de, başka bir yere koyduğu ve bu konuda daha hassas olduğu kanaatimizce rahatlıkla söylenebilir. Nitekim *M'Bala M'Bala* kararından yola çıkarak bu karara konu olan aynı olayın Türkiye’de Ermeni soykırımı iddialarının reddi üzerinde ilişkin gerçekleşmesi durumunda Mahkemenin doğrudan giyotin hükmünü uygulayacağını söylemek zordur. Çünkü Mahkeme, *M'Bala M'Bala* kararında Yahudi toplumuna yönelik nefretten çok, tarihsel doğruluğu kanıtlanmış olan tezin inkarına vurgu yapmaktadır. Bu unsurlardan birinin –yani tartışılmaz tarihsel gerçeklikleri reddetmenin- yokluğu durumunda en azından sanatsal ifadeler için 17. maddeyi uygulatacak derecede bir nefret söylemi yaratma eşiğinin daha yukarıda olduğunu varsaymamız gerekir³¹⁹. Çünkü Yahudi soykırımı bağlamı dışında 17. maddenin uygulandığı diğer nefret söylemi davalarındaki ifadelerin (Örneğin, *Norwood* kararındaki “İslam Britanya’dan defol” ifadesi) oldukça doğrudan ve net olduğunu söyleyebiliriz. Sanatsal bağlamdaki ifadelerin nadiren bu derece doğrudan olacağını, hatta *M'Bala M'Bala* kararına konu olan olayda da açık ve doğrudan olanın nefret söyleminden çok revizyonist teze verilen destek olduğunu düşünecek olursak 17. maddenin giyotin hükmü olarak uygulanmasının Yahudi soykırımının reddine ilişkin “sanatsal” ifadeler dışında oldukça zor olduğu sonucuna varmamız gerekir.

Son olarak, içerik bakımından İHAS’ın getirdiği sınırlama ile 1982 Anayasası’nda bilim ve sanat özgürlüğü başlıklı 27. maddede yer alan içerik sınırlamasının uyumuna dair de birkaç noktaya değineceğiz. Anayasa’nın 27. maddesinin ilk fıkrası sanat özgürlüğü prensibini koyarken, 2. fıkrasında “Yayma hakkı, Anayasanın 1’inci, 2’nci ve 3’üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.” denmektedir. Kanaatimizce bu bir kapsam kuralıdır çünkü dengeleyici bir ölçüte ilişkin bir ibare olmaksızın ifadenin içeriğine göre bazı ifadeler doğrudan bu özgürlüğün kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bilindiği üzere, Anayasa’nın ilk üç maddesi ise Türkiye Devleti’nin şeklini,

³¹⁸ Perinçek/İsviçre [BD], p. 104, 113-115; 229--250.

³¹⁹ Belirtmemiz gerekir ki bu nefret söylemlerine ilişkin temel ayrımın doğruluğu kanıtlanmış ve kanıtlanmamış tezler üzerinden gerçekleşmesi sorunludur. Doktrinde belirtildiği üzere bunun yerine söylemin etkisine ilişkin bir bağlamsal analiz daha uygun olacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Ezgi Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, Ağustos 2015, s. 54-55, 107-108.

Cumhuriyetin niteliklerini ve devletin bütünlüğü ilkesini, devletin resmi dilini ve başkentini belirler. Dolayısıyla içerik sınırlaması bunların değiştirilmesine yöneliktir. Burada öncelikle “yayma hakkı”nın ne anlama geldiği sorununa eğilmek gerekir³²⁰. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na bakacak olursak yayma hakkının “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı” olarak tanımlandığını görürüz. O halde bu hak aslında sanatsal ifade özgürlüğünden ayrılabilir bir hak değildir. Çünkü yayılmamış bir sanat eseri, kimseyle paylaşılmamış bir eserdir. İfade özgürlüğü ifadeyi başkalarıyla paylaşmayı da kapsadığına göre, sanat eserini yayma hakkının olmadığı bir durumda, sanat eserinin sadece yaratılmış olduğuna dayanarak sanatsal ifade özgürlüğünden de bahsetmemiz mümkün değildir. Aksi yorum özgürlüğün anlamsızlaşmasına yol açacaktır³²¹. O halde bu hükmün sanatsal ifade özgürlüğü açısından konu bakımından bir sınırlama oluşturduğunu söylemek mümkündür. Ancak söz konusu sınırlamanın İHAS’ın 17. maddesinin 10. madde üzerinde getirdiği sınırlamaya göre çok geniş ve orantısız bir sınırlama olduğunu söylememiz gerekir. Nitekim *Karataş/Türkiye* davasına konu olan ve açıkça Kürdistan’ın bağımsızlığını savunan bir şiiri, Komisyon konu bakımından kabul edilebilirlik tartışması yapmadan kabul edilebilir bulmuştur³²².

Anayasa’nın 14. maddesindeki hakların kötüye kullanılması yasağı mevcutken, genel hüküm olan düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama sebeplerinde devletin bölünmez bütünlüğü yer almaktayken, Anayasa’nın 13. maddesi sınırlamalarda demokratik toplum düzeninin gereklerinin göz önünde tutulacağını belirtirken; sanatsal ifadenin özel olarak ve ölçülülük ilkesinden bağımsız bir içerik sınırlamasına tabi tutulması, Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden kaynaklanan yükümlülüklerine tartışmasız bir şekilde aykırılık doğuracaktır. Çünkü Anayasa m. 27/2’deki sınırlama, barışçıl biçimde ve demokratik toplum düzeni çerçevesinde yapılırsa dahi, ilk üç maddeyi değiştirme amacı güden her türlü sanatsal ve bilimsel üretimin yayılmasını bilim ve sanat özgürlüğünün konusunun dışında bırakmaktadır. Anayasanın bir işlevi de elbette ki demokratik hukuk devletini korumak olmalıdır. Oysa 1982 Anayasası, demokratik devlet ve hukuk devleti ilkelerini hukuken koruyan Anayasa maddelerini koruma altına almaya çalışırken,

³²⁰ Turgut Tarhanlı, “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü” (Önsöz), in Karan, **op. cit.**, s. vi.

³²¹ Bingöl, **op. cit.**, s. 115.

³²² AİHK, *Karataş/Türkiye* (23168/94, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 14.10.1996.

militer demokrasi anlayışının da tartışılmaz biçimde ötesine geçmekte, çağdaş ve çoğulcu bir demokrasinin ayrılmaz bir parçası olan hoşgörüyü de tamamen ters düşen bir sınırlama getirmektedir. Bugüne dek birçok değişiklik geçirmiş Anayasa'mızda bu hükmün hala duruyor olması endişe vericidir³²³. Kanaatimizce bu durum, en kısa zamanda bir Anayasa değişikliğiyle kaldırılması gereken bir çelişkidir.

³²³ Tarhanlı, **op. cit.**, s. vii.

III. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMA REJİMİ

Bir sanat eserinin tarihin tozlu sayfalarına gömülmesinin sebebi, nadiren devlet tarafından yasaklanması, bir sergiden kaldırılması, toplatılması veya yakılması olur. Bazen de tam tersine, tıpkı Vatikan’da hadım edilen heykeller veya Baudelaire’in *Kötülük Çiçekleri*’nin yasaklanması gibi sansür çoğu zaman uzun vadede sanat eserinin tarihteki yerini sağlamlaştıran bir olay olarak etki gösterir.

Aslında sanat ile hukuk arasındaki çatışmanın kökeni çok basittir. Sanat bir özgürlük alanı olarak içinden doğduğu dünyanın sınırlarından bağımsız bir anlam üretebilirken, sanatın bu dünyada doğurduğu her etki hukukun sınırlarına çarpmaktadır. Bu özgürlük alanı devamlı olarak içinde bulunduğu toplumu eğip bükmekte ve ona meydan okurken hukuk da bu zorlamanın karşısında kendi sınırlarını dayatma eğilimi içine girmektedir. Elbette bu herhangi bir özgürlük için de söylenebilir. Ama çalışmanın ilk bölümünde sanatın tanımı ve niteliklerini ele alırken de söylediğimiz üzere, sanatın unsurlarına sızmış bir “dünyaya meydan okuma” amacı vardır. Sanat özgürlüğünün kısıtlanması açısından en makul sebeplerden biri olarak kabul gören kişilik hakkının korunması için bile sanat meydan okur bir tavır sergileyebilir. Sanatı sınırlamak istediğiniz zaman, sanat size o kişilik hakkı kavramını da yeniden sorgulatacak bir bağlamda karşınıza gelme potansiyelini taşır. Bu sanatın efsunlu veya yüce bir uğraş olmasından değil, ilk bölümde incelediğimiz üzere sanatın özerkliğinden ve farklı biçimler aracılığıyla kendinde has bir yorum gerektiren anlamlar üretebilmesinden kaynaklanır.

İşte görünenin arkasında olanla, düzeni zorlamakla bu derece iç içe olan sanatın ve sanatsal ifadenin somut olarak nasıl sınırlanabileceği de bu nedenle denge kurmanın zorlaştığı bir noktadır. Ancak bu çalışmanın özelinde bu hassasiyete bir katman daha eklenmektedir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de bir uluslararası mahkeme olmasından kaynaklı olarak taraf devletlere dayatabileceği yükümlülüklerin bir sınırı vardır. Devletlerin kendi iradeleriyle katıldıkları bu

Sözleşme'den aynı şekilde çekilmeleri de mümkündür. Mahkeme, yaptığı denetimi bu ince çizgi üstünde sürdürmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin takdir marjı (veya takdir payı) doktrini işte kısmen bu sorunun çözümüne ilişkin bir işlev üstlenmektedir³²⁴. Doktrinin yeterince tutarlı olmadığına dair birçok görüş³²⁵ ileri sürülmüş olsa da takdir marjı Mahkemenin sıklıkla başvurduğu bir doktrindir. Bu doktrin, Sözleşme'nin halen yürürlüğe girmesi beklenen ek 15. Protokolü'yle birlikte Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde de açıkça yer alacaktır. Takdir marjı doktrini basitçe, Mahkemenin ulusal makamların inisiyatifine bıraktığı, Sözleşme'deki haklara dair öngörülen sınırlamaların yerel ölçekte ve somut olaylarda tesis edilmesi için tanınan bir değerlendirme payı olarak tanımlanabilir³²⁶.

Elbette ki bu değerlendirme payı, devlet egemenliği ile uluslararası yargısal denetim arasındaki gerilimi azaltıcı bir rol oynamaktadır. Ulusal egemenliğe ciddi bir sınırlama getiren bu denetimin bu egemenliğe saygı göstermesi ancak Sözleşme'nin uygulanmasında devletlere belli bir serbesti tanınmasıyla mümkün olabilmektedir³²⁷. Egemenliğin bir başka uzantısı olan ikincillik ilkesinin de yine takdir payı ile ilişkili olduğu açıktır; çünkü hem Mahkeme Handyside kararından beri ulusal makamların öncelikli olarak hakları koruma ödevi olduğunu ve Mahkemenin ikincil nitelikte kaldığını açıklamaktadır hem de Sözleşme'nin 1, 13 ve 35. maddelerinin beraber okunması taraf devletlerin hakları etkin biçimde koruma ve bunun için gerekli başvuru yollarını öngörme yükümlülüğünü ortaya koymaktadır³²⁸. Ancak iç hukuk

³²⁴ Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, 2013, s. 381-382.

³²⁵ Jeffrey A. Brauch, "The Margin of Appreciation and The Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", **Columbia Journal of European Law**, C. 11, S. 1, 2004, s. 121 vd. ; Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of European Court of Human Rights", **Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht**, C. 56, 1996, s. 312-314; Stephen Greer, **op.cit.**, s. 5; Michael R. Hutchinson, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 48, S. 3, Temmuz 1999, s. 641,649; Thomas O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, C. 4, S. 4, 1982, s. 495 ; Ignacio de la Resilla del Moral, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine", **German Law Journal**, C. 7, S. 6, 2006, s. 621; Howard Charles Yourow, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Court of Human Rights Jurisprudence", **Connecticut Journal of International Law**, C. 3, S. 1, 1987, s. 152-153.

³²⁶ Benzer bir tanım için bkz. Şirin, **op. cit.**, s. 363.

³²⁷ Brems, **op. cit.**, s. 299-300.

³²⁸ Murat Tümay, "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", **Ankara Law Review**, C. 5, S. 2, 2008, s. 203-206.

yollarının tüketilmesinden sonra Mahkemeye başvuru yapılabildiğine göre de taraf devletlerin öncelikli olarak Sözleşme'yi uygulamak bakımından daha iyi bir konumda oldukları söylenebilir³²⁹. Bu konuları gereği de bir takdir paylarının olması gerekir³³⁰.

Doktrinin tarihsel kökeninde ise Sözleşme'nin istisna hükmü olan 15. madde vardır. Bu kavramın ilk kez kullanıldığı *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasındaki Komisyon raporunda da Mahkemenin *Lawless/İrlanda* kararında da 15. madde ileri sürülmüştür³³¹. Mahkeme bu davalarda, devletlerin ulusal güvenliğini ciddi olarak tehdit eden, olağanüstü hal ilanını gerektiren bir sebep olup olmadığını belirlemek konusunda geniş bir takdir payı olduğunu belirtmiştir³³². Ancak Mahkemenin uygulaması bu maddeyle sınırlı kalmamış ve zamanla genişlemiştir. Bugün sınırlama sebeplerinin açıkça belirtildiği 8 ila 11. maddeler başta olmak üzere 2., 3. ve 4. madde haricinde hemen her maddenin uygulanmasında takdir marjı doktrininin farklı sıklıklarda da olsa kullanıldığını söyleyebiliriz³³³.

Konumuzu da içeren 8 ila 11'inci maddelerin takdir marjı doktrini ile özellikle ilgili olmasının sebebi bu hakların sınırlanabilir olmaları ve bu sınırlamanın somutlaşmasında da devletlere belli bir manevra alanı bırakılmasıdır³³⁴. Esas sorun ise devletlere bırakılacak bu payın nasıl belirlendiğidir. Maalesef bu konuda bir kesinliğe ulaşmak mümkün değildir. Ancak takdir marjının belirlenmesinde dikkate alınan birçok ölçüt tespit edilmiştir: Somut olaya konu olan hakkın demokratik toplum içindeki önemi (örneğin ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temeli olması nedeniyle devletlere daha dar takdir marjı bıraktığı kabul edilmektedir³³⁵), hakkın hangi sebeple sınırlandığı (örneğin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerinden yargının bağımsızlığının korunması için yapılan kısıtlamalarda, takdir marjı ahlakın korunması amacıyla yapılanlara göre daha dardır³³⁶), bir devletin içinde başvuru konusu olan olayın sistematik ve kapsamlı çözümüne ilişkin devam

³²⁹ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, p. 48.

³³⁰ *Ibid.*; Şirin, **op. cit.**, s. 383-385.

³³¹ Yourow, **op. cit.**, s. 118-119.

³³² Brems, **op. cit.**, s. 243.

³³³ Takdir marjı doktrinine sınırlama sebebi belirtmeyen 5. ve 6. maddenin yorumunda daha az sıklıkta başvurulmaktadır. Ayrıntılı inceleme için bkz. Brems, **op. cit.**, s. 242-255 ; Şirin, **op. cit.**, s. 369-377.

³³⁴ George Letsas, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2010, s. 85.

³³⁵ Brems, **op. cit.**, s. 264-265.

³³⁶ AİHM, *Sunday Times/Birleşik Krallık*.

eden bir tartışma olması³³⁷, somut olayda hakkın sınırlandığı bağlam (örneğin askeri personelin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar daha farklı değerlendirilmektedir³³⁸), hakkın özü, davalı devlete has bazı özellikler veya durumun istisnai karakteri³³⁹. Bunların hepsi Mahkemenin devlete tanıdığı takdir marjını belirlerken dikkate aldığı unsurlardır. Ancak Mahkeme, her kararda bütün bu unsurları birlikte kullanmaz, somut olayın niteliğine göre bu unsurların bir veya birkaçı gündeme gelir.

Bunların yanında takdir marjının belirlenmesinde en çok gündeme gelen ölçüt elbette ki konsensüs testidir. Mahkeme bu testi, hakka getirilen sınırlamanın uygulanmasında devletler arasında ortak bir uygulama olup olmadığını tespit etmek adına kullanmaktadır. Eğer devletler arasında bir ortaklık tespit ederse bu durumda takdir marjı dar, Mahkemenin denetimi de daha sıkı olacaktır³⁴⁰. Mahkemenin bu takdir marjının belirlenmesinde kullandığı ölçütler sıralanabilse de bu ölçütlerin kullanımına dair tutarlı bir uygulamaya rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte takdir marjı doktrinin devletlere bıraktığı bu payı hangi bağlamda bıraktığı ve bu doktrinin ne zaman gündeme geldiği de maalesef tartışma konusudur. Örneğin, Letsas'a göre takdir marjı doktrininin iki farklı kullanımı mevcuttur: İçeriğe dair ve yapısal. İçeriğe dair takdir marjı, aslında sadece hakların mutlak olmamasına ve devletin bu hakkı kısıtlamak için bir takdirinin bulunmasına ilişkin yapılan bir teorik göndermeden ibarettir; çünkü Sözleşme'nin sınırlanabilir maddeleri Mahkemeye göre devletler için bir sınırlama yetkisi getirir³⁴¹. Mahkeme için ise sınırlanabilir hakların ikinci maddelerindeki sınırlamaların ölçülü olması gerekir. O halde bu takdir marjı ancak ölçülülüğe gönderme olabilir. Bundan kastedilen şudur: Ölçülülük denetimi yapısı gereği korunmak istenen menfaat arasında makul bir denge gerektirir. Dolayısıyla bu dengeyi aşmadığı sürece devletlerin hakkı kısıtlamak için yetkileri vardır. Bu nedenle burada teorik bir gönderme söz konusudur.

Yapısal takdir marjı ise sıkı bir denetimden muaf, Mahkemenin gerçek anlamda devletlerin takdirine bıraktığı bir alana işaret etmekte ve yapılan yargısal

³³⁷ Brems, **op. cit.**, s. 288-289. ; AİHM, Mathieu-Mohin Clerfayt/Belçika (9267/81), 02.03.1987.

³³⁸ AİHM, Engel/Hollanda (5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72), 08.06.1976.

³³⁹ Bu unsurlara ilişkin verilmiş doktrinindeki en kapsamlı liste için bkz. Brems, **op. cit.**, s. 256.

³⁴⁰ O'Donnell, **op. cit.**, s. 479.

³⁴¹ Letsas, **op. cit.**, s. 84-85.

denetimi sınırlamaktadır³⁴². Dolayısıyla bu takdir marjı, Mahkemenin bu alanlarda ölçülülük denetimini tam anlamıyla yapmaması ve sorunun çözümünü devletlere bırakması anlamına gelir.

Tüm bu olgular takdir marjı doktrininin öngörülebilirlikten uzak olarak görülmesine yol açmış, bu da haklı olarak doktrinin hukukun üstünlüğüne karşı bir tehdit olarak algılanmasına neden olmuştur³⁴³. Bununla birlikte belli bir tutarlılık sağlanabilse bile, doktrinin özellikle konsensüs testi ile olan bağlantısından ötürü, azınlığı çoğunluğa karşı korumakta zayıf kaldığı da ileri sürülmüştür. Çünkü konsensüs testinde ulusal düzeyde ulusal menfaatler nedeniyle korunmayan azınlık haklarının korunması için uluslararası düzeyde belli bir konsensüs oluşması şartı aranmaktadır³⁴⁴. Aynı şekilde takdir marjı doktrininin, ulusal ölçekteki durumları fazla dikkate alması nedeniyle insan haklarının evrenselliğinden ödün verme ve kültürel göreceliliği benimseme tehlikesine yol açabileceği yönünde uyarılar da yapılmıştır³⁴⁵.

Görüldüğü üzere takdir marjı doktrinine ilişkin tartışmalar Sözleşme kapsamında korunan hakların Mahkeme tarafından denetimine ilişkin en hassas temel noktalara temas etmektedir. Bu nedenle sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlama rejiminin Mahkeme kararları ışığında incelenmesi, bu incelemenin takdir marjı doktrininin de odağında yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Devletlere tanınan takdir marjının daralması, Mahkemenin daha sıkı bir denetim yapmasına ve sanatsal ifade özgürlüğünün daha sıkı bir sınırlama rejimine tabi tutulmasına neden olurken, aksi durumun daha yüzeysel bir denetimle ve devletin sanatsal ifade özgürlüğünü daha fazla kısıtlayabilme imkanıyla sonuçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle Mahkemenin devletin takdir marjını daha dar tutma eğilimi üzerinde durulacak (A), ardından da takdir marjını daha geniş tutma eğiliminin ön plana çıktığı kararlar ele alınacaktır (B). Böylece hem sanat ile hukuk, hem de evrensel insan hakları ile devlet

³⁴² **Ibid.**, s. 90-92. Yapılan ayrıma ilişkin tek görüş Letsas'a ait değildir. Örneğin, Kratochvil de takdir marjı doktrininin bazen normların uygulanmasında, bazen normun kapsamının ve tanımının belirlenmesinde veya bazen de özellikle 5. ve 6. madde kapsamında hakların tanıdığı güvenceleri yerine getirecek araçların belirlenmesinde kullanıldığını ileri sürmektedir. Ancak yazar bu ayrımın her zaman kesin çizgilerle ayırt edilebilir olmadığını da belirtmektedir. Bkz. Jan Kratochvil, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29, S. 3, 2011, s. 329-335.

³⁴³ Brauch, **op. cit.**, s. 125-147.

³⁴⁴ Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 31, S. 4, s. 850-853.

³⁴⁵ Brems, **op. cit.**, s. 307-312.

egemenliği arasında denge tuturmaya alışan Mahkemenin bu dört kollu dengeleme esnasında sanatı ne kadar özgürlüğe kavuşturabildiği tartışılacaktır.

A. MAHKEMENİN TAKDİR MARJINI DAR TUTMA EĞİLİMİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında yukarıda da belirttiğimiz üzere takdir marjını belirlerken kullandığı ölçütler ve bu ölçütlerin sonuçları hakkında bir tutarlılık sorunu vardır. Ancak Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda belirli bağlamlarda takdir marjını daha dar tutma ve daha sıkı bir denetim yapma eğilimi içine girdiğini tespit etmek mümkündür. Bunlardan ilki siyasi bağlamdaki sanatsal ifadelere ilişkin kararlardır. Bu bağlamla kastedilenin sadece angaje sanat ile sınırlı olduğunu dşunmemek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi takdir marjı belirlenirken kısıtlamanın amacı da ifadenin incelendiği bağlama etki etmektedir. Örneğin, devletin ulusal güvenlik veya kamu düzeni gibi birincil derecede siyasi nitelik taşıyan bir amaçla kısıtlamaya çalıştığı sanatsal ifadeler de bu kapsamda değerlendirilecektir.

Bunun yanında Mahkemenin takdir marjını dar tutarak sanatsal ifadeye getirilen kısıtlamayı daha ayrıntılı denetlediği bir başka bağlam da sanatsal ifade ile kişilik hakkını³⁴⁶ dengelemeye çalıştığı durumlardır. Bu durum, Türk hukukunda kişilik hakkıyla korunan deđerler³⁴⁷ olarak bildiğimiz kişinin ismi, haysiyeti, sağlığı ve vücut bütünlüğü, resmi, sesi, sırları ve özel hayatına dair korumayı kapsayan Sözleşme'nin 8. maddesi³⁴⁸ ile 10. maddesi arasında bir çatışmaya yol açmaktadır. Mahkeme bu iki hak arasındaki çatışmayı kendi benimsediği ilkelere göre doğrudan bir ölçülülük denetimi yaparak ozmektedir. Bu nedenle yine burada da devletlere tanınan takdir marjının daha dar olduğu ve sanatsal ifade özgürlüğünün korunması için daha sıkı bir denetim yapıldığını söylemek mümkündür. Takdir marjının daha dar olduğu bu iki bağlamda Mahkemenin sanatsal ifadeyi önce siyasi bağlamda (1), ardından da kişilik haklarıyla ilişkili olarak ele aldığı (2) kararlar inceleyecektir.

³⁴⁶ Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır. Bu hakka ilişkin tanımlar için bkz. Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 5. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, s. 105.

³⁴⁷ Bu değerlerin neler olduğuna ilişkin tüketicisi olmayan bir inceleme için bkz. Kemal Oğuzman/ zer Seli/ Saibe Oktay-zdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 159-182.

³⁴⁸ Sözleşme'nin 8. maddesi Mahkemenin zel hayat kavramını otonom bir kavram olarak görmesi ve bu şekilde yorumlamasıyla tüm bu değerleri kapsayan bir norma dönüşmüştür. Bu konuda bir değerlendirme için bkz. Gülay Arslan nc, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde zel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, 2011, s. 36-47.

1. Siyasi Bağlamda Sanatsal İfade Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında ifade özgürlüğüne tanınan korumanın ifadenin türüne göre değiştiği ve özellikle siyasi ifade için tanınan korumanın daha geniş, devletin takdir marjının daha dar olduğu Mahkeme tarafından da açıkça kabul edilmektedir³⁴⁹. İfadenin sanatsal olması da bu etkinin bir istisnasını teşkil etmemektedir. Sanatın siyasi bir içeriğinin olması veya aynı şekilde devletin özel olarak ulusal güvenliği ve kamu düzenini korumak için siyasi fikir alışverişine etki etme niyetiyle bir sanatsal ifadeyi kısıtlaması da yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sıkı denetimine tabi olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanatsal ifadeyi siyasi bağlamda ele aldığı davalarda çoğu zaman kullandığı gerekçe, sanatsal biçimin bu ifadenin dış dünyada yarattığı etkiye ilişkindir. Çünkü Mahkeme her ifade özgürlüğü kararında olduğu gibi sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin de ifadenin ulusal güvenlik veya kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi belirlemekte ve bu doğrultuda ayrıntılı bir bağlam analizine girişmekte ve sıkı testler uygulamaktadır³⁵⁰. İşte sanatsal biçimin bu analiz kapsamında ifadenin etkisini azaltıcı bir etkisi vardır (a); ancak bu etki her türlü sanatsal ifadeyi kapsamamakta ve bazı sınırlara çarpmaktadır (b).

a. Sanatsal Biçimin İfadenin Etkisini Azaltması

Sanatsal ifadenin siyasi bağlamda ele alındığı ve bu konuda ilke kararı³⁵¹ olarak sayılabilecek olan karar şüphesiz ki *Karataş/Türkiye* kararıdır. Karara konu olan olayda Hüseyin Karataş, “Dersim – Bir İsyanın Türküsü” adında bir antoloji yayınlamıştır. Bu derlemede yer alan bir şiirdeki ifadelerde Türkiye’nin bir bölümünün Kürdistan olarak adlandırıldığı ve bu bölgedeki isyanların bağımsızlık savaşı olarak tanımlandığı gerekçesiyle, başvuru hakkında bölücü propaganda yapmaktan ötürü bir ay on günlük hapis cezasına ve 111 milyon Türk lirası ağır para cezasına hükmedilmiştir³⁵².

³⁴⁹ AİHM, Castells/İspanya (11798/85), 23.04.1992, p. 46.

³⁵⁰ Ulaş Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, İnceoğlu (ed.), **op. cit.**, s. 356.

³⁵¹ Paul Kearns, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford & Portland: Hart Publishing, 2013, s. 167.

³⁵² Karataş/Türkiye, p. 9-15.

Şiirde, gerçekten de kışkırtıcı ifadelerin yer aldığını söylemek mümkündür: “Osmanlı fahişesinin eniklerinin ezmesine izin vermeyeceğiz”, “Meclisin koridorlarında/ Galerilerde/ Garnizonlarda/ Soykırım hazırlıyorlar”, “Kürdistanımız için/ Dersimimiz için/ İsyan ateşiyle sarhoş kellemizi veririz”, “Kürdistan şehitlerine katılırim/ Dersim yenildi/ Ama Kürtçülük/ Ve Kürdistan yaşayacak/ Genç Kürtler intikam alacak”, “Sizi çağırıyorum ölmeye” bu antolojide yer alan bazı dizelerdendir³⁵³. Bu ifadeler, bağlamdan soyut olarak ele alındıklarında içerik olarak şiddeti teşvik eder görünmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri incelerken, bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır. Bunun için de, *Karataş* kararında da yaptığı üzere, ifadenin sadece içeriğine değil, bu ifadenin ulusal güvenlik açısından yarattığı etkiye bakarak bir ölçülülük denetimi yapmaktadır³⁵⁴. Sadece zorunlu bir toplumsal ihtiyaç varsa devletin müdahalesi Sözleşme’ye uygun olacaktır. İşte Mahkeme, takdir marjı doktrini uyarınca bu ihtiyacın olup olmadığını tespitinde devletlere bir takdir marjı tanımaktadır³⁵⁵. Fakat Mahkemeye göre bu takdir payı, somut olayda ifadenin siyasi bir boyutu olduğundan ötürü daha dardır ve sıkı bir denetime tabidir³⁵⁶.

O halde şu noktada tereddüt etmek mümkün değildir: Mahkemenin daha ayrıntılı bir denetim yapmasına neden olan husus ifadenin sanatsallığı değil, siyasi olmasıdır. Bu durum kanaatimizce *Karataş* kararında Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğüne özgü bir koruma tanıdığı iddia edebilmenin önündeki en büyük engeldir. Çünkü devletin takdir marjını daraltarak Mahkemenin denetimini sıkılaştıran esaslı unsur ifadenin sanatsal biçimi değil, politik içeriğidir³⁵⁷. Ancak bu takdir marjı daraldıktan sonra, Mahkeme ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapacaktır. Bu denetim sırasında sanatsal biçim, ifadenin etkisini tespit ederken yani bağlam analizi yaparken dikkate alınacaktır. Sanatsal biçim özellikle müdahalenin gerekli ve orantılı olup olmadığı tespit edilirken ifade özgürlüğünü koruyucu bir işlev üstlenebilecektir.

³⁵³ Daha ayrıntılı alıntılar için bkz. *Karataş/Türkiye*, p. 10.

³⁵⁴ Bu husus Mahkemenin içtihadında yerleşmiştir. Bkz. Giovanni Bonello, “Freedom of Expression and Incitement to Violence”, Casadevall/ Myjer/ O’Boyle/ Austin (ed.), **op. cit.**, s. 350-355.

³⁵⁵ *Karataş/Türkiye*, p. 48.

³⁵⁶ *Karataş/Türkiye*, p. 50.

³⁵⁷ Kearns, **op. cit.**, s. 173.

Peki denetimin bu aşamasında sanatsal biçimin rolü nedir? İşte burada Mahkeme sanatsal biçimi iki özelliği nedeniyle koruma altına almaktadır: Birincisi sınırlı etkisi. Mahkemeye göre, şiir daha az kişiye ulaşan ve herhangi bir kitle iletişim aracına göre daha az etki yaratan bir iletişim yoludur. Bu nedenle ifadelerin içeriği sert olsa dahi sanatsal biçimin bu etki azaltıcı özelliği de müdahalenin zorunlu bir ihtiyaç olup olmadığının tespitinde dikkate alınmalıdır. İkinci olarak da, şiirler bu olayda Mahkemeye göre ayaklanmaya davetten çok, derin bir üzüntü ifadesi içermektedir³⁵⁸.

Bu unsurlardan ilki olan sınırlı etkiyle ilgili en büyük sorun bunun aslında sanata ilişkin özel bir husus olmamasıdır. Örneğin buradan hareketle aynı şiir, hala sanatsal bir ifadeyken yüksek tirajlı günlük bir gazetede yayınlanırsa o zaman daha geniş etkiye sahip olacağından sanatsal biçime tanınan bu korumadan faydalanamaz³⁵⁹. Ancak ikinci unsur gerçekten sanatsal biçime özgüdür. Hatta Mahkemenin bu anlayışı ile Croce'nin sanatı duyguların ifadesi olarak gören anlayışı³⁶⁰ arasında bir ortaklık da kurulabilir. Böylesi bir yaklaşım, Mahkeme içtihadında sanat odaklı bir yorum anlayışı oluşturarak sanatın özelliklerine uygun bir korumanın gelişmesini sağlayabilir³⁶¹.

Elbette ki Mahkemenin zorunlu toplumsal ihtiyacı belirlerken sanatsal biçime yaptığı vurgu önemlidir. Hem ayrık oy yazılarındaki diğer unsurların da dikkate alındığı kapsamlı bir bağlam analizi isteği³⁶², hem de karşı oy yazısında yer alan, kararda biçimin içerikten daha önemli görüldüğüne dair sav, sanatsal biçimin etkisinin bu başvurunun ihlal ile sonuçlanmasındaki kilit rolünü daha da açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ancak bu noktada Mahkemenin karardaki muhakemesinin de sanatsal biçime mutlak bir dokunulmazlık sağladığını söylemek mümkün değildir. Sanatsal biçimi muhakemenin kilit unsuru yapsa da Mahkemenin sanatsal biçime atfettiği özellikler illa ki sanatsal biçimin doğasından kaynaklanmamaktadır. Hem sınırlı etki hem de duygu yoğunluğu sanat eserinden sanat eserine değişebilir.

³⁵⁸ Karataş/Türkiye, p. 52.

³⁵⁹ Aynı yönde bkz. Kearns, **op. cit.**, s. 174.

³⁶⁰ Bkz. I. A. 1. a.

³⁶¹ Kearns, **op. cit.**, s. 171.

³⁶² Karataş/Türkiye, Hakim Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall ve Greve'nin Ayrık Oy Yazısı.

Karataş'ta sanatsal biçime verilen bu önem, Mahkemenin politik sanata ilişkin diğer kararlarında da göze çarpmaktadır. *Alınak/Türkiye*³⁶³ kararına konu olan olayda, Mahmut Alınak'ın yazdığı Şiro'nun Ateşi adlı romanın etnik ve bölgesel ayrımcılık yapmak suretiyle insanları kin ve düşmanlığa tahrik ettiği gerekçesiyle, roman hakkında toplatma kararı verilmiştir ve bu kararın kaldırılmasına yönelik talep de karara bağlanmamıştır³⁶⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yine sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca hizmet edip etmediğini incelerken özel olarak olayda sanatsal bir ifade olan romanın varlığına dikkat çekmiş, sanatsal ifadenin sınırlı etkisine dayanmıştır. Ayrıca tıpkı *Karataş*'ta olduğu üzere romanda yer alan ifadelerin, şiddete teşvikten çok derin bir üzüntüyü ifade etme amacına yönelik olduğunu belirtmiştir³⁶⁵.

Bu olayda *Karataş*'tan farklı olarak Mahkeme, roman gerçek olaylara dayansa bile romandaki karakterlerin söylediklerinin de tamamen kurgu olduğunu belirtmiştir³⁶⁶. Ayrıca başvurucunun da belirttiği üzere, romanda yer alan karakterler, yazarın görüşünü yansıtmak zorunda değildir. Edebi bir eser yaratan kişi bir eserindeki her karakterin fikrini savunmaz, bir romanda karakterlerin konuşmaları ve düşünceleri ancak o romanın bağlamının tamamında anlam ifade edebilir ve bunlar eserin bütünlüğünden soyut ele alındıklarında anlamları çarpıtılmış olur³⁶⁷. Edebi eserlerin ortaya koyduğu anlam da, eğer varsa, içindeki karakterlerin fikirlerinden ibaret değildir; bu ifadeler bütünü içinde durdukları yerin yorumlanmasıyla anlam ifade ederler. Strazburg Mahkemesi, *Karataş*'ta dikkate almadığı kurguya ve eserdeki her fikrin yazara ait olmadığına ilişkin savunmalara burada karara etki eden unsur olarak yer vermiştir³⁶⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Karataş* ve *Alınak*'taki bu ilkeleri Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Buna ilişkin karar, Anayasa Mahkemesinin sanatsal ifade özgürlüğünü değerlendirdiği *Fatih Taş* başvurusuna

³⁶³ *Karataş/Türkiye*, Hakim Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa And Baka'nın Karşı Oy Yazısı.

³⁶⁴ AİHM, *Alınak/Türkiye* (40287/98), 29.03.2005, p. 12-19.

³⁶⁵ *Alınak/Türkiye*, p. 45.

³⁶⁶ *Alınak/Türkiye*, p. 43.

³⁶⁷ Kearns, **op. cit.**, s. 171. Benzer biçimde Alman Anayasa Mahkemesinin sanatsal ifadelerin bağlamından kopuk olarak değil, bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. BVerfGE 67, 213.

³⁶⁸ Eleni Polymenopoulou, "Does One Swallow Make a Spring? Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, S. 16, 2016, s. 532.

ilişkin karardır³⁶⁹. “Bu Yürek Dağlar Aşar Gerilla Şiirleri-1” (birinci kitap) ve “Dağın Kalbinde Gizliyiz Gerilla Şiirleri-2” adlı kitapları yayınlayan yayınevının sahibi Fatih Taş, bu kitaplardaki ifadelerden ötürü PKK terör örgütüne basın yoluyla yardım ettiği gerekçesiyle önce adli para cezasına çarptırılmış ardından da hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu sanatsal ifade özgürlüğü açısından incelemiştir³⁷⁰. Karardaki ölçülülük denetiminde, hem Karataş hem de Alınak kararlarına atıfla şiirlerin kitap olarak basılmasının ifadenin etkisini azalttığı, bu eserlerdeki ifadelerin daha soyut bir biçimde derin bir üzüntünün ifadesi olduğu ve kurgu niteliği taşıdığı belirtilmiştir. AYM bu unsurların ışığında, yapılan müdahalenin ölçülü bir müdahale olmadığına kanaat getirmiş ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir³⁷¹.

AİHM'nin *Karataş* ve *Alınak* kararları dışında politik sanata dair verdiği daha yakın tarihli bir karar ise tiyatroya ilişkindir. *Kar ve diğerleri/Türkiye* kararında Mahkeme, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken sanatın sınırlı etkisine dayanarak başvuruculara verilen hapis cezasının, başvurucuların ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir³⁷². Karara konu olan tiyatro oyunu “*Bir Hak Düşmanı*”dır. Oyun 28 Şubat sürecinin hemen ertesinde Mart ayında sergilenmiştir. Oyun “*Zargonya*” isimli kurmaca bir ülkede geçmekte, oyunun bir yerinde Müslümanlar toplanıp darbe tehlikesine karşı silahlanmak gerektiğini tartışmakta ve oyun askeri darbeye sonuçlanmaktadır. Olayın *Alınak* kararında olduğu gibi gerçeklikle bağı kurulabilir olsa da aslında bir kurgu olması bu kararda hiç gündeme

³⁶⁹ AYM, Fatih Taş Başvurusu (2013/1461), K. T. 12/11/2014.

³⁷⁰ AYM esasa dair incelemeye geçmeden önce, para cezasının infazının tamamlanmamış olmasına ve kovuşturmanın ertelenmesi kararına rağmen müdahale olup olmadığını hem müdahalenin varlığı açısından hem de ilgili kararların tarihi sebebiyle zaman bakımından kabul edilebilirlik açısından tartışmıştır. Konumuzla ilgisi olmadığı için bu tartışmalara burada yer vermiyoruz. Ancak karardaki karşı oylar hakimlerin bu konudaki anlaşmazlıklarına ilişkindir. Bkz. AYM, Fatih Taş Başvurusu, p. 30-34, 69-79.

³⁷¹ AYM, Fatih Taş Başvurusu, p. 101-110. Burada Anayasa Mahkemesi'nin bir fırsatı kaçırdığını belirtmek gerektiğini düşünüyoruz. Mahkeme maalesef sadece “ifade özgürlüğünün”, yani Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi AİHS'den farklı olarak Anayasa'da bu konuda uygulanacak, özel hüküm niteliğinde bir sanat özgürlüğü düzenlemesi vardır. AYM tıpkı Alman Anayasa Mahkemesi gibi bu özgürlüğü ifade özgürlüğünden ayrı değerlendirebilirdi. Mahkeme bu maddeyi AİHS'nin 10. maddesi ve AİHM içtihatları ışığında yorumlayabilir, yayma hakkına ilişkin kapsam fıkrasını “hakkın kötüye kullanılması” sınırına çekebilir, örneğin, “ilk üç maddeyi değiştirme amacı ancak ifadelerin açıkça şiddete teşvik ederek bu üç maddede belirtilen Cumhuriyet düzenini ortadan kaldırmayı amaçlaması durumunda vardır.” yönünde bir içtihat geliştirebilirdi. Yine AİHM'nin bu ilkelerini uygulayarak ilgili ifadelerin böylesi bir şiddet teşvikine yol açamayacağı açık olduğundan sanat özgürlüğü kapsamında kaldığına ve dolayısıyla yapılan müdahalenin 28. maddede korunan sanat özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmedebilirdi.

³⁷² AİHM, *Kar ve diğerleri/Türkiye* (58756/00), 03.05.2007.

gelmemiştir. Dolayısıyla siyasi bağlamda kurmaca savunmasının tam anlamıyla oturmuş bir savunma olduğunu söylemek bu karar nedeniyle bizce pek mümkün değildir. Ancak sanatsal biçimin sınırlı etkisi, Mahkemenin siyasal bağlamda sanatsal ifade özgürlüğüne dair yaptığı denetimde en istikrarla kullandığı ölçütlerden biri olarak değerlendirilebilir. Buradaki temel sorun ise, sanatın sınırlı etkisinin sanatın doğasından kaynaklanan bir unsur olmaması, hatta bazen sanatsal ifadeyi korusa bile aslında sanatı anlamaktan uzak, onu küçük gören bir yaklaşımın sonucu olmasıdır³⁷³.

b. Sınırlı Etki Ölçütünün Kullanılmadığı Haller

O halde sanatın sınırlı etkisi ilkesinin Mahkeme içtihadında yerleşmiş bir ilke olduğunu söyleyebilirsek bile ifade özgürlüğünün sınırlanabilir bir hak olmasından ötürü sanatsal ifadeye tanınan bu korumanın da bir sınırı olabilir. Kaldı ki her ifade gibi sanatsal ifadenin de dünyada bir etkisi olduğundan mutlak bir dokunulmazlığa sahip olması kabul edilemez.

Bu konuya ilişkin AIHM'nin verdiği bir karar, çalışmanın ikinci bölümünde de değindiğimiz *Leroy/Fransa* kararıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere Mahkeme, karara konu olan karikatürün 17. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ilk görünüş korumasından faydalanacağına hükmetmiştir³⁷⁴.

Leroy'a verilen adli para cezası nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu inceleyen Mahkeme, bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken oldukça ayrıntılı bir bağlam analizi yapmıştır. Mahkemeye göre karikatürün bir sanatsal ifade olduğundan şüphe yoktur ve bir sanatsal ifade olarak karikatür doğası itibariyle tahrik edicidir³⁷⁵. Bu tahrik edicilik hicivden kaynaklanmaktadır. Hiciv de kendine mündemiç özellikleri nedeniyle gerçeği çarpıtan ve abartan bir sosyal ve sanatsal yorum biçimidir. Mahkemeye göre bu nedenle daha özenli olarak incelenmesi

³⁷³ Patrick Wachsmann, "Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour Européenne des droits de l'Homme?", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, S. 78, 2009, s. 495-496.

³⁷⁴ Karar ve karara konu olan olayla ilgili açıklama için bkz. II. B. 2. b.

³⁷⁵ *Leroy/Fransa*, p. 45.

gerekmektedir³⁷⁶. Bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz, hicve normalde kişilik hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğünün çatışması vesilesiyle tanınmış olan bu koruma, *Leroy* kararında ilk defa kişilik hakkından tamamen bağımsız bir siyasi bağlamda gündeme gelmiştir. Mahkemenin bu olayda sanatsal ifadeye dair yaptığı tek analiz budur. Mahkeme, bu doğrultuda gerçekten ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Ancak birkaç gerekçe ile 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Öncelikle yayınlanan karikatürün yayımlandığı zaman dikkate alınmış ve bu zamanın 11 Eylül saldırılarına yakınlığının, karikatürün kamu düzenini bozucu etkisini artırdığı ifade edilmiştir. Nitekim saldırının ertesinde yayınlanan bu karikatür; çizerinin karikatürü çizme niyetine dair açıklama yapmasını gerektirecek kadar tepki doğurmuştur³⁷⁷. Aynı zamanda karikatürün içeriğinin ulusal mahkemelerce yapılan yorumu da AİHM'e göre makuldür ve gerçekten karikatür bu saldırılara olumlu bir bakış içermekte ve saldırı kurbanlarının onurunu zedelemektedir. Bu açıdan, terörü övme suçunun oluşması için ifadenin illa ki bir etki yaratması gerekmediği gibi çizerin niyetinin ne olduğunun da özel bir önemi yoktur³⁷⁸. Son olarak *Leroy*'a verilen para cezasının düşük olması ölçülülük denetiminde dikkate alınmış ve ihlalin olmamasının sebeplerinden biri olarak gösterilmiştir³⁷⁹.

Mahkemenin muhakemesine etki eden bu hususlar ışığında yapılacak ilk tespit, aslında sanatsal ifadeye tanınan korumanın bağlam analizinin önüne geçemediği olmalıdır³⁸⁰. Politik içeriği olan her sanatın *Karataş* ve *Alınak*'ta belirtilen korumadan faydalanmadığını da tespit etmek mümkündür. Çünkü Mahkeme ne sanatsal ifadenin sınırlı etkisinden ne de bir duygunun ifadesinden bahsetmiştir. O halde karikatür için Mahkeme, ölçülülük denetimi yaparken sanatın duyguların ifadesi olmasını değil, karikatürün hicivle olan ilişkisi sebebiyle toplumsal bir yorum aracı olmasını dikkate almaktadır. Bu nedenle Mahkeme, ikisi de siyasi sanat olsa dahi edebiyatla karikatür arasına bir fark koymaktadır. Mahkeme edebi eserlerdeki siyasi ifadeleri bir duygu ifadesi olarak görme eğilimine girerken, karikatürü toplumsal bir eleştiri aracı olarak görmektedir. Kanaatimizce bu farklılık,

³⁷⁶ Mahkemenin bu içtihadının ortaya çıkışı hemen sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁷⁷ *Leroy*/Fransa, p. 45.

³⁷⁸ *Leroy*/Fransa, p. 43.

³⁷⁹ *Leroy*/Fransa, p. 47.

³⁸⁰ Eleni Polymenopoulou, *op. cit.*, s. 538.

Mahkemenin Leroy'un karikatürünü yorumlamasında da görülmektedir. *Karataş*'taki ifadelerin doğrudanlığını yok sayarak bunları bir bütün içinde bir üzüntü ifadesi olarak görebilen Mahkeme, bu olayda "görüntü ve yazı bir arada yorumlanınca bu saldırıyı yapanları destekliyor gibi görünüyor" diyen ulusal makamlara hak vermiştir. Oysa çizerin de belirttiği üzere karikatüre eşlik eden yazı Sony reklamından esinlenmiştir³⁸¹. Karikatürün kendisi doğrudan İkiz Kuleleri resmetmemektedir, rastgele birtakım gökdelenler seçilmiştir³⁸². Dolayısıyla sanatın doğrudan görünenin arkasında saklanmış, temelde anti-kapitalist ve ABD politikaları karşıtı anlamını ortaya çıkarabilecek derecede veri karikatürün içinde bulunmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin bu kararda 17. maddeye ilişkin yaptığı sanatın doğasını dikkate alan ve bir önceki bölümde açıklanan³⁸³ yaklaşımını, esasa dair değerlendirmesinde sürdürdüğünü söylemek bizce mümkün değildir.

Karikatürün etkisi meselesine gelince, gerçekten de esas sorun bu karikatürün yayınladığı zaman ve yerdir. Kanaatimizce, Mahkeme sanatın doğasına uygun bir değerlendirme yapsa bile, karikatürün yayımlandığı yer ve zaman sebebiyle ihlal kararı vermemesi mümkündür. Saldırıların hemen ertesinde yayınlanan böyle bir karikatürün kamu düzenini bozucu niteliği olduğu gerçekten de iddia edilebilir. Aslında Mahkemenin burada sanatsal ifadenin varlığına rağmen sınırlı etkiyi kabul etmemesi yukarıdaki savımızı doğrulamaktadır. Eğer bir karikatürün haftalık dergide, saldırıların hemen ertesinde yayımlandığında etkisi artıyorsa o halde şiir veya romanın bir kitapta değil de bir gazetede, mesela tefrika halinde yayınlanması da sanatsal ifadenin sınırlı etkisini ortadan kaldırılabilmektedir. İşte bu da *Karataş*'taki içtihadın sanatsal etkiye tanıdığı korumanın en önemli sınırını ve aynı zamanda en zayıf noktasını teşkil etmektedir. Bizce şöylesi bir yaklaşım daha makul olabilirdi: Eserin içerik değerlendirmesi açısından Mahkeme, daha dikkatli davranıp karikatürün katmanlı anlamının dikkate alınması gerektiğini belirtebilir; ancak somut olayda etkisi çok büyük bir terör olayının hemen ertesinde ve ses getiren bir platformda yayınlanan bu karikatürün, bu olayın kendine has ve çok istisnai şartlarından ötürü bu kısıtlamaya tabi tutulmasının ihlal yaratmadığını; çünkü

³⁸¹ Leroy/Fransa, p. 10.

³⁸² Karikatür için bkz. Noorlander, Peter, "When satire incites hatred: Charlie Hebdo and the freedom of expression debate", The Centre for Media Pluralism and Media Freedom, Strengthening Journalism in Europe: Tools, Networking, Training, URL: <<http://journalism.cmpf.eui.eu/wp-content/uploads/2015/01/leroy-150x150.jpg>> (Erişim tarihi: 03.08.2017).

³⁸³ Bkz. II. B. 2. b.

sanatçının ödev ve yükümlülüklerinin içeriğe dair bir yönlendirmeden ziyade, yaratılan eserin yayınlanacağı koşulları dikkate alması yönünde bir yükümlülük doğurduğunu söyleyebilirdi.

Bunun dışında Mahkemenin siyasi bağlamda sanatsal ifadeyi tespit etmesine rağmen, buna dair hiçbir özel analiz yapmadığı durumlar vardır. Örnek olarak, *Ulusoy ve diğerleri/Türkiye* kararı ile *Dağtekin/Türkiye* kararı verilebilir. Bu iki kararın ortak noktası, yasaklanan eserlerin Kürtçe olmasıdır. Dağtekin kararında Mahkemenin hukuki analizi fazlasıyla kısadır. Mahkeme yasaklanan romanın hiçbir şekilde şiddete teşvik edebilecek bir içeriğe sahip olmadığını, sadece eleştirel nitelikte olduğunu belirtmiştir³⁸⁴. O kadar ki sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin hiçbir karara atıfta bulunmamıştır. Dolayısıyla Karataş'ın aksine, bağlamdan soyut olarak ele alındığında dahi eğer eserde şiddete teşvik edebilecek biçimde yorumlanmaya müsait bir ifade hiç yoksa Mahkeme bu konudaki ilkelerine gönderme yapmaksızın sorunu genel ifade özgürlüğü ilkeleri uyarınca çözmektedir.

Ulusoy kararında ise sorun daha farklıdır. Bu kararda Mahkeme, Kürtçe sergilenen ve hiçbir politik mesaj içermeyen bir tiyatro eserinin temsilinin PVSK ve İller İdaresi Kanunu uyarınca Ankara Valiliği tarafından engellenmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme incelemesinde İdare Mahkemesinin başvuruçunun iptal talebini reddeden kararının, esasen oyun dilinin Kürtçe olmasına dayandığını tespit etmiştir. AİHM, söz konusu eserin kamu düzenini nasıl bozacağına dair ne Mahkeme kararlarında, ne de hükümet savunmasında hiçbir ikna edici kanıt gösterilmediğini belirtmiş ve sorunun kanunlarca idareye tanınan takdir yetkisinin belirsizliğinden kaynaklandığına karar vermiştir³⁸⁵. Burada her ne kadar Mahkeme incelemeyi demokratik toplumun gerekliliği açısından yapmış olsa da kanaatimizce sorunun düğümlendiği nokta müdahalenin kanunla öngörülmesi aşamasındadır. Mahkeme de aslında bu sorunu, önce bu kapsamda tartışmaya başlamış ancak müdahalenin kanuniliğini tartıştığı başlığın sonunda, sonuca demokratik toplumda gereklilik başlığında ulaşacağını belirtmiştir³⁸⁶. AİHM'nin oturmuş içtihadı uyarınca müdahalenin kanunla öngörülmüş sayılması için öncelikle yeterince öngörülebilir ve erişilebilir olması

³⁸⁴ AİHM, *Dağtekin/Türkiye* (36215/97), 13.01.2005, p. 23-27.

³⁸⁵ *Ulusoy ve diğerleri/Türkiye*, p. 48-53.

³⁸⁶ *Ulusoy ve diğerleri/Türkiye*, p. 35.

gerekir³⁸⁷. Olayda ise valiliklere verilen temsilleri yasaklama yetkisi gerçekten de sınırı belirsiz ve geniş bir yetkidir³⁸⁸. Zaten Mahkemenin tespit ettiği üzere esas yasaklama nedeni olan Kürt dilinde bir oyun sergilenmesini engelleyen hiçbir kural yoktur. Bunun da ötesinde, yasaklamanın doğrudan Kürtçe yüzünden olmasa da Kürtçe sergilenen bir oyunun kamu düzenini bozabileceği gerekçesiyle yapılabilmesi bu olayda mümkün olmuştur. Bu yorumu kısıtlayacak yerleşmiş bir Danıştay içtihadı da yoktur. Kanaatimizce, tam da bu nedenle sınırlamanın yeterince öngörülebilir veya erişilebilir olduğu söylenemez. Mahkemenin kararında bu sorunu kendi başlığında incelememiş olması, sorunun ne olduğunu değiştirmemektedir. Buradan sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin özel bir sonuç çıkarmak pek mümkün değildir. Zira ifade özgürlüğünün her alanında olduğu üzere, idarenin kolluk yetkisine dayanarak önlem amaçlı yaptığı her yasaklamada bu yetkiyi veren kanunun yeterince öngörülebilir olması ve idarenin yetkisinin istismar edilmemesi için yeterli güvencelerin sağlanması gerekmektedir³⁸⁹. Sanatsal ifade özgürlüğü de bu gereklilikten muaf değildir.

Sonuç itibariyle, Strazburg Mahkemesinin siyasi bağlamda sanatsal ifade özgürlüğünü ele alışı, ifade özgürlüğüne ilişkin oldukça kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Mahkeme bazen sanatsal biçimin özelliklerini göz önüne alsa da çoğu zaman bu durum sadece ölçülülük denetimindeki bağlam analizinin içindeki bir

³⁸⁷ A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Ocak 2016, s. 396.

³⁸⁸ Olayda bu yasaklamanın kanuni dayanakları olarak 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi, 3713 sayılı Kanun'un 19 Temmuz 2003'te yürürlükten kaldırılan 8. maddesinin 1. fıkrası, 2559 sayılı PYSK'nın ek 1. maddesi ve 5442 sayılı İller İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin (c) bendi gösterilmiştir. (Ulusoy ve diğerleri/Türkiye, p. 9, 18-21). Bu düzenlemelerden PYSK'nın ek 1. maddesi Anayasa Mahkemesinin bir kararına da konu olmuş ve AYM bu hükmün "kimi suçları hedef alması, getirilen sınırlamanın Anayasada öngörülen özel ve genel sınırlama nedenlerine dayalı olması, yargı denetiminin varlığı, haksız olarak verilen zararın devletçe tazmininin istenilebilmesi karşısında, sözü edilen kısıtlamanın demokratik toplum düzeniyle çelişen bir yönü bulunmadığı" gerekçesiyle Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşı oyda belirttiği üzere, bu maddede kullanılan "genel ahlâk, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Anayasa düzeni kavramları çok genel ve soyut niteliktedir" ve "her şeyin bu kavramların içine sokulması mümkündür." Ayrıca bu derece soyut kavramlara dayanarak hak ve özgürlüklerin yargı tarafından kısıtlanması bile sorun yaratırken, böylesi bir yetkinin polise verilemeyeceği açıktır. Bu nedenlerle bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğunun kabulü gerekir. Bkz. AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K. T. 26.11.1986 Ayrıca doktrinde de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin bu kararda dayandığı bir gerekçe olan bu yetkinin ancak suç işlenmesi durumunda kullanılacağına madde metninde somut bir dayanağı yoktur ve böylesi bir şartın sonradan Mahkeme kararı ile getirilmesi anayasaya uygun yorumun da sınırlarını aşmaktadır. Kaldı ki açıkça şiddete davet içermediği sürece bölünmez bütünlük gibi kavramlara karşı sanatla suç işlenmesi de mümkün değildir. Bkz. Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 35. İlgili hüküm 2002 yılında değiştirilmiş, polisden men etme yetkisi kaldırılmış ve polise sadece suç duyurusunda bulunma yetkisi verilmiştir.

³⁸⁹ Ulusoy ve diğerleri/Türkiye, p. 53.

unsur olarak kaldığından sanatın niteliklerine odaklı bir içtihat gelişmemektedir. Aslında Letsas'ın takdir marjına ilişkin ikili doktrini açısından bakacak olursak, siyasi bağlam yapısal takdir marjını daraltarak, Mahkemenin daha esasa ilişkin bir denetim yapmasını sağlamaktadır. Ancak içeriğe dair takdir marjı, yani devletin zorunlu toplumsal ihtiyacı belirlerken sahip olduğu takdir payı, sadece sanatsal ifadenin varlığı nedeniyle kısıtlanmamaktadır. İfadenin sanatsal olması devletin bu ifadeyi kısıtlarken daha dikkatli davranmasının başlı başına bir sebebi olmamaktadır. Çünkü bunun için Mahkemenin sanatın özelliklerini sanatsal ifadenin etkisi geniş olsa dahi dikkate alabilmesi gerekir. Sanatsal ifadenin korunmasının esas dayanağı, eserin daha az insana ulaşmasından ötürü etkisinin sınırlı kalması olduğu sürece, bağlam analizinde bu korumanın bertaraf olması çok kolaylaşmaktadır. Bunun yerine Mahkemenin sanatın doğasına ilişkin olarak benimsediği, sanatın şiddete teşvikten çok duyguların ifadesine yönelik olduğu içtihadının kökenindeki fikre, yani sanat eserinin ancak bir bütün olarak anlaşılabilceğine dayanması daha yerinde olacaktır. Böylece sanat eserlerinin sanatın farklı anlamları içerebilecek yoğunluktaki yapısı ön plana çıkacak, bu bakış açısı sanatı dokunulmaz kılmadan daha koruyucu bir perspektifin bulunmasını sağlayacaktır.

2. Kişilik Hakkı ile Çatışan Sanatsal İfade

Türk doktrininde ele alındığı üzere, kişilik hakkı sanatsal ifade özgürlüğünün en yaygın olarak kabul gören sınırlarından biridir. Bu yaklaşımda Alman Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki içtihadının da etkisi vardır. İnsan onurunu temel değer olarak kabul eden Alman Anayasa Hukuku'nda diğer tüm temel haklar gibi sanat özgürlüğü de aynı temele dayandığından, insan onurunun bir uzantısı olan kişilik hakkı sanat özgürlüğünün sınırını teşkil eder³⁹⁰.

AİHM kararlarında da ifade özgürlüğü kişilik hakkıyla karşı karşıya gelmektedir. 10. madde ile 8. madde arasındaki bu çatışmaya dair sanatsal ifade özgürlüğünün ötesinde oldukça gelişmiş ve kapsamlı bir içtihattan bahsetmemiz mümkündür. Zira hem ifade özgürlüğünün kişisel kullanımında, hem basın özgürlüğü açısından, hem sanatsal ifade özgürlüğü açısından, hatta bazen ticari bağlamda dahi ifade özgürlüğü kişilik hakkı ile çatışabilir. Bu iki hakkın çatışması

³⁹⁰ Bingöl, *op. cit.*, s. 126-127, Kanadoğlu, *Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, s. 45 ; Kanadoğlu, "Sanat Özgürlüğü", s. 36- 37.

genellikle Mahkemenin yapısal takdir marjını dar tutması ve ayrıntılı bir ölçülülük incelemesi³⁹¹ yapmasıyla sonuçlanmaktadır³⁹². Bu nedenle, bu konuda yapılacak genel bir değerlendirme, bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Biz bu bölümde özel olarak sanat eserleri ile kişilik hakkının çatışmasının ele alındığı kararları irdeleyeceğiz. Çünkü Mahkemenin bu alanda sanatsal ifadenin niteliğine ilişkin birtakım özel tartışmalar sonucunda bazı ilkeler geliştirdiğini tespit etmek mümkündür. Bu kapsamda öncelikle hicve koruyucu bir etki tanınmıştır (a). Bunun dışında kurmaca ile gerçeklik arasındaki sınırdaki gidip gelen sanat eserlerinde, sanatsal ifade özgürlüğünün kişilik hakkı ile çatışması sonucunda kurmacaya tanınan ve yeni yeni ortaya çıkan koruyucu etkinin³⁹³ de değerlendirilmesi gerekir (b).

a. Hicvin Koruyucu Etkisi

Hiciv bir edebi anlatım biçimidir. Türkçede “yergi” olarak da ifade edilen hiciv, bir kimseyi, bir düşünceyi, bir toplumu, bir geleneği yermek için kullanılan söz olarak tanımlanabilir³⁹⁴. Edebi olarak hiciv, Türk edebiyatında da dünyada da oldukça yaygın bir türdür. Divan edebiyatında hicviye türü, halk edebiyatında taşlama türü, Türk kültüründe hicvin bir edebi tür olarak yer ettiğini göstermektedir. Bununla birlikte hiciv sadece edebiyat yoluyla yapılmaz. Görsel sanatlar ve özellikle karikatür, hicvin bir anlatım biçimi olarak kullanıldığı sanat türleridir.

Mahkemenin hicve tanıdığı sanatsal koruma ise *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* kararından doğmuştur. Karara konu olan sanat eseri bir edebi eser değil, bir resimdir. Başvurucu derneğin düzenlediği sergide Otto Mühl’ün “*Apocalypse*” (Kıyamet) adlı eseri sergilenmektedir. Birçok ünlü kişinin yüzünün fotoğraflarının kolaj tekniğiyle kullanıldığı eserde, Rahibe Teresa, Avusturyalı kardinal Hermann Groer ve aşırı sağ görüşte bir parti olan Avusturya Özgürlük Partisi’nin (FPÖ) eski lideri Jörg Haider cinsel pozisyonlarda resmedilmektedir.

³⁹¹ Mahkeme haklar arasındaki bu çatışmayı çözmek için kullandığı yöntemi dengeleme olarak isimlendirse de aslında bu incelemedeki dengeleme, ölçülülük testinden farklı bir sonuç doğurmamaktadır. Hakkın kısıtlanması eğer menfaatler arasında adil bir denge sağladiysa ölçülü olarak kabul edilmektedir. Bkz. Peggy Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”, Eva Brems (ed.), **Conflicts Between Fundamental Rights**, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, s. 232.

³⁹² **Ibid.**, s. 227-229.

³⁹³ Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 532-533.

³⁹⁴ Türk Dil Kurumu, “Yergi” başlığı, **TDK Büyük Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5991ae9fe610e7.72771210 (Erişim tarihi: 17.08.2017).

Sergi devam ederken bir ziyaretçi, resme duyduğu tepki nedeniyle yine FPÖ üyesi bir siyasetçi olan Bay Meischberger'in suratını kapatan kırmızı bir boya fırlatmıştır. Serginin sonlanmasıyla resmin sergilenmesinin engellenmesi için dava açan Bay Meischberger kişilik hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminat talep etmiştir. Avusturya mahkemeleri, resmin Meischberger'in kamusal şöhretini zedelediği ve onu aşağılayarak kişilik hakkını ihlal ettiği için sanat özgürlüğünün sınırlarını aştığına karar vermiş; resmin sergilenmesini yasaklamış ve derneğin 1453 avro tazminat ödemesine hükmetmiştir. Karar Yüksek Mahkeme tarafından da onanmıştır³⁹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise öncelikle sanatsal ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın amacının ne olduğunu tartışmış ve kararların dayandığı yasa maddesinin amacı kişilik hakkının korunması olduğu için, sınırlama amacının başkasının haklarının korunması olduğuna hükmetmiştir. Böylece hükümetin cinsel içerik nedeniyle ahlakın korunması amacının da güdüldüğü yönündeki savını kabul etmemiştir³⁹⁶. Öncelikle bu savın reddi, ahlakın korunması amacıyla yapılan sınırlamalara tanınan geniş takdir marjının olayda uygulanmayacak olması bakımından önemlidir. Nitekim Mahkeme bundan sonra, müdahalenin demokratik toplumdaki gerekliliğini incelerken ayrıntılı bir ölçülülük denetimine girişmiştir.

Mahkeme bu denetimi yaparken hicvin demokratik toplumdaki önemine ilişkin özel bir muhakeme geliştirmiştir. Mahkemeye göre, hiciv kendine mündemiç özellikleri nedeniyle gerçeği çarpıtan, abartan sosyal ve sanatsal bir yorum biçimidir. Bu kapsamda gerçek dışı abartılı bir anlatıma başvurulması normaldir. O halde sanatçının böylesi bir ifadeye ilişkin hakkı da özel bir özenle değerlendirilmelidir³⁹⁷. AİHM'nin bu içtihadı kanaatimizce *Karataş*'taki içtihadından bile daha önemli bir koruma sağlamaktadır. Çünkü Mahkemenin daha ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapmasının temel dayanağı, sanatsal bir ifade biçimi olan hicvin kendine has ve doğrudan sanata dair özellikleridir: Abartı ve gerçeğin çarpıtılması. Bu iki unsur da aslında sanatı gerçeklikten ayıran ve ona özerkliğini kazandıran birçok araçtan ikisidir. Oysa *Karataş*'ta takdir marjının en başta dar tutulmasının temel sebebi olarak ifadelerin siyasi niteliği olarak gösterilmiştir. Ancak bundan sonra ölçülülük

³⁹⁵ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, p. 7-18.

³⁹⁶ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, p. 31.

³⁹⁷ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, p. 33.

denetimi yapılırken ifadelerin sanatsallığı rol oynar. Burada ise sanatsallık Mahkemenin tüm muhakemesini belirleyen bir eksendir.

Mahkemenin hicve tanıdığı bu koruma, kişilik hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğünü dengelerken de ön plandadır. Bu dengeyi incelerken Mahkeme, elbette olaydaki kişinin siyasetçi olmasından kaynaklı siyasi bağlamı dikkate almıştır. Kişinin özelliklerinin dikkate alınması zaten Mahkemenin ifade özgürlüğü ile kişilik hakkının dengelenmesine dair izlediği sistematığın olağan bir unsurudur³⁹⁸. Bunun dışında kişinin yüzünün zaten kırmızı boya ile kapandığını iddia etmiş ve diğer daha çok tanınan figürler arasında siyasetten de emekli olmuş Meischberger'in daha az dikkat çektiğini eklemiştir. Dolayısıyla Mahkeme kişilik hakkına gelen zararın olayda daha az olduğuna oysaki sanatsal ifade özgürlüğünün daha çok korunması gerektiğine karar vermiştir³⁹⁹.

Yapılan ölçülülük denetimine baktığımızda ifadenin sanatsallığının önemi hala görüle bile hem politik bağlamın hem de kişilik hakkına verilen zararın azlığının, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair kararda etkili olduğunu söylemek mümkündür. Ancak politik bağlamın etkisinin kısıtlı olduğu da açıktır. Zira Mahkeme kişinin siyasetten çekilmiş bir kişi olduğunu söylemiştir. Yani kişinin bir zamanlar politikacı olması, sanatçının bu kişiye dair daha şoke edici eleştiriler yapabilmesi imkanını sağlarken, kişinin emekli olması ona bir koruma sağlamamakta, tam tersine onun kişilik hakkına verilen zararı azalttığı için sanatsal ifadeye tanınan korumanın artmasına neden olmaktadır. Mahkeme, kişilik hakkına verilen zararı bile sanatsal ifadenin korunmasının lehine olacak şekilde yorumlayarak kişilik hakkına tanınan korumayı iyice daraltmaktadır.

Kişilik hakkının sanatsal ifadenin karşısında bu derece az korunmasının yarattığı tepki karşı oy yazılarından görülebilir. Hakim Loucaides somut olaydaki resmin sanatsal bir ifade olarak tanımlanamayacağını, iğrenç ve anlamsız bir resimler

³⁹⁸ Aagje Ieven, "Privacy Rights in Conflict: In Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Rights' Balancing of Private Life Against Other Rights", Eva Brems (ed.), **op. cit.**, s. 42.

³⁹⁹ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, p. 34-36.

bütünü olduğunu iddia etmiştir⁴⁰⁰. Hakim Spielmann ve Hakim Jebens ise ifadenin sanatsallığını sorgulamaktan çok, takdir marjının dar tutulması gerektiği görüşüne katıldıklarını belirtmişler; ancak kişinin haysiyetine tanınan korumanın sanatsal ifadeye tanınan korumaya üstün gelmemesi gerektiğini söylemişlerdir⁴⁰¹. Hakimlerin atf yaptığı üzere Alman Anayasa Mahkemesi gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile tamamen ters bir içtihat benimsemiştir. Alman Anayasa Mahkemesi benzer bir olayı Strauss karikatürü kararında ele almıştır. Olaydaki karikatürde Bavyera Eyaleti Başbakanı Franz Josef Strauss bir domuz biçiminde resmedilmiştir ve Strauss yine domuz şeklinde resmedilmiş yargı mensuplarıyla cinsel ilişkiye girmektedir. Strauss'un politikasını hiciv yoluyla sert biçimde eleştirme amacı karikatürün bağlamından anlaşılabilir. Mahkeme, Strauss'u en özel şekilde korunan mahremiyet alanı olan cinsel davranış esnasında ve aynı zamanda bir hayvan formunda resmetmesi nedeniyle karikatüristin sanat özgürlüğünün korunmayacağına ve Strauss'un haysiyetinin korunması gerektiğine karar vermiştir⁴⁰².

Benzer şekilde yakın zamanda Fransa'da Yargıtay, Cumhurbaşkanı adayını Marine Le Pen'e gönderme yaparak bir dışkı resminin üstünde "Le Pen, Size Benzeyen Aday" yazan *Charlie Hebdo* karikatürünün⁴⁰³ Fransız devlet televizyonu kanalı France 2'deki "On n'est pas couché" (Daha Yatmıyoruz) adlı programda yayınlanmasının da ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığına karar vermiştir⁴⁰⁴. Burada somut olaydaki bağlam *Vereinigung Bildender Künstler* kararından farklıdır. Çünkü politikacı, tanınırlığı yüksek bir Cumhurbaşkanı adayıdır ve bu nedenle ifade özgürlüğüne karşı daha geniş bir hoşgörü göstermesi gerekir. Ancak bu olayda bir sergi salonunda sergilenen bir resim veya bir karikatür dergisinde yayınlanan bir karikatür değil, *prime time* kuşağında yayınlanan bir karikatür söz konusudur. Dolayısıyla bir yandan da kişinin haysiyetine karşı daha geniş etkili bir saldırı vardır.

⁴⁰⁰ Bu yaklaşım kanaatimizce iyi ve kötü sanat arasında bir ayırım yapma sonucunu doğurabilecek, tehlikeli bir yaklaşımdır. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de bunu reddetmiştir. bkz. Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 45.

⁴⁰¹ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, Hakim Spielmann ve Jebens'in Karşı Oy Yazısı, p. 5-6.

⁴⁰² BVerfGE 75, 369

⁴⁰³ 7 Ocak 2015'teki Charlie Hebdo saldırısında öldürülen Stéphane Charbonnier'nin (Charb) çizdiği bu karikatür için bkz. Huffpost.fr, "VIDÉO. Dessins sur Marine Le Pen: Laurent Ruquier condamné pour la croix gammée, pas pour l'étron", 22.05.2014 (Güncelleme: 05.10.2016), <http://i.huffpost.com/gen/1811086/thumbs/o-MARINE-LE-PEN-570.jpg?1> (Erişim tarihi: 04.08.2017).

⁴⁰⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 20 Eylül 2016, 15-82.942.

Fakat, burada *Strauss* veya *Vereinigung Bildender Künstler*'den farklı olarak ne o kişinin yüzü kullanılmıştır ne de cinsel bir bağlam söz konusudur. O halde, ifade içeriği daha az saldırgandır ve kişiden konumu gereği eleştirilere karşı daha geniş hoşgörü göstermesi beklenebilir. Bu nedenle kanaatimizce karikatürün programda yayımlanması hicvin koruyucu sınırları içinde değerlendirilmelidir.

O halde şunu söylemek mümkündür: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Vereinigung Bildender Künstler* karardaki yaklaşımıyla sanatın korunması açısından oldukça büyük bir adım atmıştır. Her türlü ahlaki ve kişisel kaygının ötesinde sanatsal ifadenin aslında gerçeklikten başka bir doğası olduğunu gösteren bir karar vermiştir. Kanaatimizce de kişilik hakkı, sanatsal ifade özgürlüğünün bir sınırı olmalıdır. Ancak sanatsal ifadenin doğası gereği abartmaya başvurması normaldir. Sanatsal ifadenin anlamının kendi özerk kurallarına göre değerlendirilmesi, sadece görünüşe göre bir değerlendirme yapılmaması gerekir. Aşırı sağcı politikacıların ve dini figürlerin kendilerinin ahlaksız kabul edecekleri bir pozisyonda resmedilmelerinin bu ideolojilerin ahlak dayatmasına karşı getirilen bir tepki olduğu açıktır. Modern sanatın bu kalıpları zorlayarak ilerlediği, çalışmanın ilk bölümünde de açıklanmıştır. Dolayısıyla sanatın bu kışkırtıcı yönünün yok sayılarak bir değerlendirme yapılması, sanatın etkin bir korumadan yoksun olması sonucunu doğuracaktır.

Mahkemenin hicve kişilik hakkı karşısında tanıdığı bu geniş koruma terör övgüsüne karşı kamu düzeninin korunması bağlamında yukarıda *Leroy/Fransa* davasında belirtildiği gibi aynı genişlikte uygulama bulamamaktadır. Aynı şekilde nefret söylemi oluşturacak nitelikteki mizahi ifadeler bu korumadan yararlanmamaktadır⁴⁰⁵.

Kişilik hakkının karşısında hicve sağlanan bu geniş koruma daha önce de açıkladığımız üzere sadece sanat eserleri ile sınırlı kalmamıştır. Özellikle politikacılara getirilen eleştirilerde kullanılan hicvli üslup da yine hicve tanınan bu

⁴⁰⁵ Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 531-532. Yazar bundan hareketle hicve sağlanan koruma konusunda Mahkemenin tutarsız olduğunu iddia etmektedir. Kanaatimizce Mahkeme içtihadı her ne kadar yukarıda belirttiğimiz üzere her zaman sanatın korunmasıyla sonuçlanmasa da hangi bağlamda ne sonucun ortaya çıkacağına dair yeterli tahmin imkanı verecek şekilde olabildiğince tutarlı uygulanmaktadır. Hicve dair Sözleşme'nin 17. maddesinin belirlediği sınıra dair bkz. II. B. 2. b.; AİHM, M'Bala M'Bala/Fransa.

korumadan faydalanmış ve zorunlu toplumsal ihtiyacın varlığının tespitinde dikkate alınmıştır⁴⁰⁶. Aynı şekilde politikacıların 8. madde kapsamında yaptıkları başvurularda hicvin etkisi, yerel mahkemeler tarafından dikkate alındıysa bu başvurular reddedilmiştir⁴⁰⁷. Ancak Mahkeme, bu tür davalarda özellikle belirgin bir abartı veya belirli bir olaya gönderme aramaktadır. Örneğin fotomontaj yoluyla gerçekleştirilen eserlerde kişinin gerçekten o fotoğrafı verdiği yönünde bir algı yaratılması mümkünse, hicvin sağladığı bu korumanın etkisi ortadan kalkmaktadır⁴⁰⁸. Ancak *Eon/Fransa* davasında olduğu gibi Eon'un Cumhurbaşkanı'na söylediği "Defol git gerizekalı" lafı daha önce Cumhurbaşkanı'nın söylediği aynı ifadeye gönderme taşıdığından bu korumadan faydalanabilmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin ise bireysel başvuru kapsamında benzer bir yaklaşımı şu ana dek açıkça benimsemediğini söylemek gerekir. AYM, Bekir Coşkun kararında tipik bir hiciv örneği olan köşe yazısı için hicvin koruyucu etkisini gündeme getirmemiştir. Ancak kararda genel ilkelere göre sorunu çözerek Bekir Coşkun'un aldığı cezanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir⁴⁰⁹.

Bu bilgilerin ışığında bizce bu korumanın kökeninde iki unsur olduğu söylenebilir. Biri hicvin toplumsal yanısıdır; çünkü çoğu zaman hiciv toplumsal bir eleştiri yapmak amacıyla kullanılmaktadır. Mahkemenin bu yönü ön plana çıkarması normaldir. Çünkü bilindiği gibi Mahkeme sanatsal ifadeyi, demokratik toplumdaki fikir alışverişine etkisi nedeniyle koruma altına almıştır. Bu perspektiften yaklaşıncı Mahkemenin sağladığı bu korumanın, Mahkemenin genel ifade özgürlüğü yaklaşımıyla aynı çizgide olduğu görülebilir. Aslında tam da bu sebeple kişilik hakkının karşısında hiciv daha geniş koruma kazanır⁴¹⁰. AİHM, sanat özgürlüğünü Alman Anayasa Mahkemesi gibi insanlık onurunun bir parçası olarak görmüş olsaydı, kişilik hakkına daha geniş koruma sağlaması beklenebilirdi. Oysa sanatın toplumsal yönü nedeniyle korunması onu toplumsal bir menfaate karşı daha

⁴⁰⁶ Örnek olarak, Alves da Silva/Portekiz, Eon/Fransa.

⁴⁰⁷ Örnek olarak bkz. AİHM, Haupt/Avusturya (55537/10, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 02.05.2017.

⁴⁰⁸ AİHM, Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH & Co. KG/Almanya (52205/11, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 15.03.2016, p. 27-31.

⁴⁰⁹ AYM, Bekir Coşkun Başvurusu, B. No: 2014/12151, K. T. 04.06.2015.

⁴¹⁰ Hicvin dışında da ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemi gereği kişilik haklarına göre soyut olarak daha çok korunduğu da ifade edilmektedir. Ancak bu durum her somut olayda ifade özgürlüğü hakkının kişilik hakkına üstün geleceği anlamına gelmez. Bu sadece Mahkemenin genel eğilimini ifade eder. Bkz. Ducoulombier, **op. cit.**, s. 239.

savunmasız hale getirirken kişisel menfaatlere karşı daha güçlü bir koruma sağlamaktadır.

İkinci unsur ise hicvin gerçeklikle olan bağı kesecek kadar sanatsallık barındırmasıdır. Gerçeklikle sanat arasındaki bu çizginin önemi, özellikle kurmacayla ilgili kararlarda daha da ön plana çıkmaktadır.

b. Kurmacanın Koruyucu Etkisi

Hicve sağlanan korumaya ilişkin olarak belirttiğimiz üzere Mahkemenin kişilik hakkına karşı sanata sağladığı korumada sanatın gerçeklikten uzaklaşmasının bir rolü olduğu şüphesizdir. Söz konusu edebi eserler olunca gerçeklikten uzaklaşmanın bir başka katmanı daha gündeme gelmektedir. Edebi türler arasında gerçek hayatı doğrudan yansıtma iddiası içinde olan biyografi, anı olduğu gibi çoğu zaman kurgu ağırlıklı olan roman ve öykü gibi eserler de vardır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, sanat eserlerine sanatçının algıladığı gerçeklik bir şekilde sızar. Kurmaca ile gerçek arasındaki sınır da çoğu zaman kesin bir şekilde çizilemez. Akşit Göktürk'ün ifadesiyle “Hiçbir kurmaca metin, gerçek yaşamdaki değer ölçülerini, durumları, davranış ilkelerini olduğu gibi kopya etmez, bunlar arasında belli bir seçme yaparak, seçilen öğeleri kendi aralarında yeniden düzenler. Bu düzenleme, gerçek yaşama oranla, bir olasılıktır ancak. Ne gerçeğin özdeşidir, ne de karşılaşacağı okurun bireysel değer ölçüleriyle yazınsal beklentilerinin.”⁴¹¹

İşte edebi eserlerin gerçeklikle olan bu bağının derecesi özellikle kişilik hakları açısından sorun yaratabilmektedir. Çünkü roman veya öyküdeki olaylar gerçek olmasa bile karakterlerin gerçekte var olan kişilerden esinlenmesi veya var olan bir kişinin kahramana dönüştürülmesi, o kişiye o eser içinde atfedilen eylemlerin, kişinin gerçek hayattaki kişiliğine etkisini de gündeme getirmektedir⁴¹².

Yukarıda dikkat çektiğimiz üzere Mahkemenin içtihadında kurmacaya dair bir iddia ilk olarak *Almak* kararında gündeme gelmiştir. Ancak bu karardaki sorun sanatsal ifadenin bir kişinin haysiyeti üzerindeki etkisi değildir. Öte yandan olay örgüsü her ne kadar gerçek olaylardan esinlense de karakterler tamamen kurgusaldır.

⁴¹¹ Akşit Göktürk, *Okuma Uğraşı*, 5. Baskı (e-kitap), İstanbul: YKY, 2010, s. 65.

⁴¹² Wachsmann, *op. cit.*, s. 496.

Sınırlama amacının ulusal güvenliği ve toprak bütünlüğünü korumak olduğu olayda Mahkeme, kurgusallığın sanatsal ifadeyi koruyucu, toprak bütünlüğüne karşı olduğu iddia edilen tehlikeyi ise azaltıcı bir etki yarattığını söylemiştir⁴¹³.

O halde Mahkemenin kurmacayı gerçek dünyada yaratılan etkiyi değiştiren bir unsur olarak algılamaya yabancı olmaması gerekir. Ancak Mahkeme, *Lindon, Otchakovsky-Laurens, July/Fransa* kararında bu konuda soru işareti yaratmaya müsait bir muhakeme izlemiştir⁴¹⁴. Başvuruya konu olan olayda, “*Le procès de Jean-Marie Le Pen*” (Jean-Marie Le Pen’in Davası) adlı kitabın yazarı Mathieu Lindon (suça iştirak eden sıfatıyla) ve bu kitabı basan yayınevının yönetim kurulu başkanı Paul Otchakovsy-Laurens bu kitapta yer alan ifadelerden ötürü Le Pen’e hakaret ettikleri gerekçesiyle 15000’er Fransız Frangı para cezasına ve toplam 25000 Fransız Frangı da tazminata mahkum edilmişler, ilgili karar da onanmıştır. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararından sonra ise 27 yazar mahkumiyete sebep olarak gösterilen kısımları alt alta alıntılıyarak, her alıntının sonuna “Bana göre hakaretimiz değil, ben bunu bir romanda yazmaya hazırım.” yazmışlar ve bu çağrı da *Libération* gazetesindeki bir köşede yayımlanmıştır. Gazetenin yayın yönetmeni Serge July de bu yazı nedeniyle 15000 Fransız Frangı para cezasına ve 25000 Fransız Frangı tazminata mahkum edilmiş ve karar onanmıştır⁴¹⁵.

Kararlara konu olan yapıt ise gerçek olaylardan esinlenmekle birlikte kurmaca bir romandır. Eserde, Jean Marie Le Pen’in başkanlığını yaptığı siyasi parti Ulusal Cephe’nin bir üyesinin afiş asarken, genç bir Kuzey Afrikalıyı öldürmesi üzerine açılan davada onu savunan solcu, Yahudi ve eşcinsel avukat Pierre Mine’in hikayesi anlatılmaktadır. Olay kurmaca olsa da, 1995 yılında Paris’te Faslı Brahim Buaram’ın, yine aynı yıl Marsilya’da da Komor asıllı Fransız Ibrahim Ali’nin Ulusal Cephe sempatizanlarınca öldürüldüğü gerçek olaylarla roman arasında bir esinlenme ilişkisi olduğu açıktır. Tanıtım yazısında da belirtildiği üzere gerçek hikayeden esinlendiği açık olan bu kurmaca olaydan yola çıkan kitap, Le Pen ile nasıl etkili şekilde mücadele edileceği sorusuna bir cevap aramaktadır⁴¹⁶.

⁴¹³ Alınak/Türkiye, p. 40-41.

⁴¹⁴ Wachsmann, **op. cit.**, 497-498.

⁴¹⁵ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, p. 9, 14, 20-23, 27.

⁴¹⁶ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, p. 11. Görüldüğü üzere, kararda inceleme yapılan iki farklı bağlam vardır. Lindon ve Otchakovsky-Laurens’in durumunda sanatsal bağlamda ifade özgürlüğüne bir müdahale varken, July’nin durumu basın özgürlüğüyle ilişkilidir. Çünkü romandan

Paris İstinaf Mahkemesince hakaret suçunu oluşturan kısımlar şunlardır: Anlatıcının Le Pen'in "bir siyasi partinin başkanı değil bir katiller çetesinin şefi" olduğunu söylemesi ve Le Pen'i "Al Capone"ye benzetmesi; Avukat Pierre Mine'in savunma esnasında Le Pen'in her önerisinin ve lafının "ırkçılık dolu" olduğunu bunların "arkasında insanlık tarihinin en iğrenç hayaletinin görülebileceği"ni ve sanığın yaptığı eylemin Le Pen'in tavsiye ettiği şey olduğunu söylemesi; avukatın katıldığı televizyon programında Le Pen'i "seçmenlerinin sertliğiyle, bazen de düşmanlarının olduğu gibi seçmenlerinin de kanlarıyla, beslenen bir vampir" olarak tasvir etmesi⁴¹⁷.

Söz konusu eser bir roman olduğundan Mahkeme tıpkı *Alinak*'ta olduğu gibi eserin kısıtlı bir kesime hitap ettiğini belirtse de bu husus sonuca önemli bir etkiye bulunmamıştır. Mahkeme daha çok, ulusal mahkemelerin hakaret suçunu oluşturduğunu iddia ettikleri kısımlara ilişkin yaptığı denetimi incelemekle yetinmiştir⁴¹⁸. Paris İstinaf Mahkemesi, yaptığı incelemede ilgili kısımları romanın bağlamında inceleyerek bunun ne derece romanın yazarının görüşü olarak görülebileceğini teker teker incelemiştir. Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin yaptığı bu inceleme Sözleşme ile bağdaşmaktadır. Paris İstinaf Mahkemesi sözler anlatıcıya aitse, anlatıcının yazarın görüşünü yansıttığını varsaymıştır. Ana karakter olan avukata ait olan sözler içinse sözlerin söylendiği bağlam ile anlatıcının söyledikleri arasında bir bağ kurulabiliyorsa bunların da yazara atfedilebilir olduğuna karar vermiştir. Örneğin, avukatın duruşmada yaptığı savunmada söylenen sözlerden önceki paragrafta anlatıcının avukatın konuşmasına benzer şekilde "Bu duruşmanın (...) daha çok Le Pen'in duruşması olduğu konusunda herkes mutabıktı." ifadesinin geçmesi, avukatın sözünün yazarın görüşünü yansıttığına kanıt olarak sunulmuştur. Bununla birlikte Büyük Daire, İstinaf Mahkemesinin kararını incelerken bu kararda, İstinaf Mahkemesinin eserin kurmaca niteliğine rağmen Le Pen'in gerçek hayattakine olabildiğince yakın şekilde romanda yer almasını vurgulamasını ve Le

ilgili alıntılar bağlamından koparılarak siyasi ve hukuki bir tartışma hakkında fikir beyan etmek için bir gazetede kullanılmışlardır. Zaten Mahkeme de bu iki hususu ayrı ayrı incelemiştir. Bu nedenle biz de Lindon ile Otchakovsky-Laurens'in durumuna eğilerek özel olarak sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin hususlara değineceğiz.

⁴¹⁷ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, p. 18. (Çeviri için Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İnsan Hakları Fonu desteğiyle hazırladıkları özet çeviriden yararlanılmıştır. Çeviriye ulaşmak için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119658>, Erişim tarihi: 04.08.2017.)

⁴¹⁸ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, p. 51-53.

Pen'in romandaki karakterlerin konumları için bir referans noktası olması nedeniyle romanda geçen hakaretamiz ifadelerin gerçek hayatta olduğu gibi minimum bir doğrulama testine maruz kalması gerektiğine dair iddiasını da Sözleşme'ye uygun görmüştür. Normalde kurmaca bir romanda böyle bir gereklilik olmaması gerekirken buradaki roman, gerçek kişilerin de yer aldığı bir roman olduğundan böylesi bir yükümlülüğün aranabileceğine karar vermiştir⁴¹⁹.

Mahkemenin bu yaklaşımından çıkarılabilecek açık bir sonuç vardır. Bir roman içindeki olaylar kurmaca olsa dahi gerçek kişiler içeriyor, dolayısıyla gerçeklikle bağı güçleniyorsa, bu kişiler hakkında romanda yer alan ifadeler, sanatsal ifadenin korumasından tam olarak faydalanamaz. Bu ifadeler kurmaca değil, sanki sanatsal bağlamın dışındaymışçasına muamele görür. Gerçeklikle olan bağ azaldıkça da sanatsal ifade özgürlüğüne tanınan koruma artar. Kararda gündeme gelen bir diğer husus da kurmacada karakterlerin ve anlatıcının Le Pen hakkında söylediklerinin yazara atfedilebilirliği meselesidir. AİHM burada da yazarın kurmacanın içinden kendi fikirlerini ne kadar yansıttığına dair yapılan incelemeyi Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Yazarın kurmacanın içinden tezahür etmesi⁴²⁰ olarak ifade edilebilecek olan bu durumun dikkate alınması, kurmacanın sanat için mutlak bir dokunulmazlık kalkması haline gelmesinin önüne geçer. O halde kurmacanın içinde böyle anlamsal bir ayrım yaparak yazarın görüşünü aramak da 10. maddeye aykırılık yaratmaz. Ancak elbette ki burada özenli ve eserin anlam bütünlüğüne uygun bir denetimin yapılması şarttır.

Mahkemenin bu yaklaşımına dair önemli eleştirilerde bulunmak mümkündür. Öncelikle, gerçek kişi romanda yer aldığı ortada bir roman yokmuşçasına denetim yapmak tek seçenek değildir. Zira roman hiçbir okuyucu tarafından bilgi alınmak için okunmaz, içindeki olaylar gerçeğe yakın olsa da kimse bunların gerçek olduğunu iddia etmez⁴²¹. Daha önce de belirttiğimiz gibi sanatın gerçeklikle bağı olsa dahi sanat bir yaratıdır ve bu, gerçekliğin yaratıcıdaki etkisinin bir yaratım süreci sonucunda ortaya konulmasıyla oluşur. Ancak Mahkeme bunu yok sayarak ve *Alinak* kararındaki içtihadını uygulamayarak, olgularla değer yargıları arasındaki farka dair

⁴¹⁹ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, p. 55.

⁴²⁰ Edouard Treppoz, "Pour une attention particulière du droit à la création: l'exemple des fictions littéraires", *Recueil Dalloz*, 2011, s. 2488-2489.

⁴²¹ Wachsmann, *op. cit.*, s. 501-502.

bir ayrım yapmayı ve olağan içtihadını uygulamayı tercih etmiştir⁴²². Bu karardaki kısmi karşı oyu yazan hakimlerin de dikkat çektiği üzere, bu yaklaşım aslında *Vereinigung Bildender Künstler*'deki içtihadattan bir dönüş olarak görülebilir⁴²³. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu karara konu olan olayda cinsel pozisyonda betimlenen kişinin fotoğrafı dahi kullanılmıştı. Dolayısıyla *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* kararının (*Lindon* kararı), *Vereinigung Bildender Künstler* kararının aksine, sanatsal ifadenin özerkliğini anlamaktan oldukça uzak olduğu söylenebilir. Ancak kanaatimizce Mahkemenin içtihadı kendi içinde tutarlıdır. Mahkeme hievi gerçekten kopan ve abartılı özelliği nedeniyle koruma altına aldığı belirtmektedir. Bu nedense gerçeklik algısının net bir biçimde kırılmadığı her sanatsal biçim, Mahkeme tarafından sanatsal ifadeye tanınan korumadan da tam olarak faydalanmamaktadır. Ancak belirttiğimiz üzere buradaki sorun Mahkemenin ilkesinde değil, bu ilkeyi sanatsal ifade için uygularken aslında kurmacanın gerçeklikle ilişkisini yanlış değerlendirmesinde, kurmacanın gerçeklikle yaklaştığı her noktada hala kurmaca olduğunu görmeyip gerçeklikle aynı düzlemde değerlendirmesindedir.

Mahkemenin olgu ve değer yargısı ayrımını uygulama biçimi de bu karar özelinde eleştirilmiştir. Mahkemenin normalde bir ifadenin değer yargısı mı yoksa olgu atfı mı olduğuna dair ayrıntılı bir değerlendirmeden kaçınmama ve değer yargısı kategorisini daha geniş tutma eğilimi vardır⁴²⁴. Ancak bu kararda bu aradaki ayrımın devletlerin takdir payında olduğunu belirtmiştir. Bu önemli bir sonuç doğurmaktadır. Mahkemeye göre değer yargılarının ifade özgürlüğü korumasından faydalanması için, onları kanıtlayacak “yeterli olgusal temel”e sahip olması yeterlidir⁴²⁵. Oysa olgular için daha yüksek bir kanıt seviyesi aranabilir⁴²⁶. Somut olayda ise romandaki ifadelerin gerçek anlamda kullanılmadığı açıktır. Le Pen'in gerçekten bir vampir ya da Al Capone olması mümkün değildir. Burada Mahkeme en dar ölçekte bile

⁴²² Polymenopoulou, *op. cit.*, s. 533; Ömer Korkmaz, **Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 177.

⁴²³ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, Hâkim Rozakis, Bratza, Tulkens And Šikuta'nın Karşı Oy Yazısı p. 2. Aynı yönde bkz. Wachsmann, *op. cit.*, s. 507-508.

⁴²⁴ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Harvey/ Lafferty/ Cumper/ Arai/ Green, *op. cit.*, s. 698-699. Örneğin AİHM Jerusalem/Avusturya kararında bir tarikatın “totaliter” ve “faşist” olduğu yönündeki ifadenin değer yargısı olduğunu belirtmiştir. Bkz. AİHM, Jerusalem/Avusturya (26958/95), 27.02.2001, p. 44. Bu ayrımın belirginleştiği bir diğer karar da Lingsens kararıdır. Bkz. AİHM, Lingsens/Avusturya (9815/82), 08.07.1986.

⁴²⁵ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Harvey/ Lafferty/ Cumper/ Arai/ Green, *op. cit.*, s. 700-702.

⁴²⁶ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Antwerpen & Oxford: Intersentia, 2006, s. 795.

ifadedeki mecazın yarattığı farkı yok sayma yolunu benimsemiştir. Karşı oyun da ortaya koyduğu üzere, bu ifadelerin bir değer yargısı olduğunun kabul edilmesi durumunda Le Pen'in ırkçı ifadelerinden ötürü aldığı mahkumiyetler, yeterli olgusal temeli oluşturacak düzeydedir⁴²⁷. Kaldı ki buradaki ifadelerin gerçeklikle ilgisi olduğu kabul edilse dahi, bu ifadeler siyasi bir figür hakkındadır ve bu ifadelerin korunmasında üstün bir kamusal menfaat mevcuttur. Dolayısıyla, Mahkemenin bu konudaki genel eğilimine⁴²⁸ göre bu ifadenin yine daha geniş bir korumadan yararlanması gerekir. Bunun yanında Mahkeme aynı zamanda romandaki ifadelerin şiddete ve nefrete teşvik edeceğini iddia etmiştir. Kişinin ününün korunması bağlamında yapılan bir incelemede Mahkemenin neden böyle bir ibarede bulunduğu pek anlaşılabilir değildir⁴²⁹. İfadelerin yer aldıkları bağlam dışında böyle oldukları düşünülse bile, Mahkeme romanın sadece Le Pen ile mücadeleyi teşvik ettiğini kararın başında belirtmiştir. Kaldı ki, romanın şiddeti övdüğünü düşündürten bir ibare ulusal mahkeme kararlarında dahi yoktur. Mahkeme buna inansa bile, *Karataş*'tan beri oturmuş içtihadı gereği romanın genel bağlamını dikkate alarak böylesi bir tespitten kaçınmalıydı.

Mahkemenin kurmacaya ilişkin bu dar algısının sınırlarını test eden yakın tarihli bir başka karar da mevcuttur. *Jelsevar ve diğerleri/Slovenya* kararında Mahkeme başvuruçuların 8. madde ihlaline yönelik iddiasını değerlendirmiştir. Yazar B.M.Z., kendi bastığı romanında Slovenya'dan ABD'ye göçen ve inançlı bir Katolik olan Rozina adlı karakterin hikayesini anlatmakta ve bu kadının kocasıyla olan ilişkisini düzeltmek için cinsel ilişkiye girdiğinden, içki yasağı döneminde ABD'de içki sattığından bahsetmektedir⁴³⁰. Başvuruçular romanda, resmi olmamakla birlikte yaşadıkları bölgede kullandıkları aile isminin kullanıldığını, romandaki detayların anlatılan kişinin anneleri olduğunu açık ettiğini belirterek tazminat davası açmıştır. Slovenya mahkemeleri ise başvuruçunun tazminat talebine hak vermiştir. Bunun üzerine yazarın Slovenya Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru sonucunda

⁴²⁷ Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa, Hâkim Rozakis, Bratza, Tulkens And Šikuta'nın Karşı Oy Yazısı, p. 5. Aynı yönde bkz. Wachsmann, **op. cit.**, s. 504-505.

⁴²⁸ Özsoy, **op. cit.**, s. 114.

⁴²⁹ Wachsmann, **op. cit.**, s. 509.

⁴³⁰ AIHM, *Jelsevar ve diğerleri/Slovenya* (47318/07, Kabul edilebilirlik Hakkında Karar), 11.03.2014, p. 3-6.

Anayasa Mahkemesi ise yazarın sanatsal ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³¹.

AİHM bu davada Slovenya Anayasa Mahkemesinin incelemesini yeterli bulmuş, yani sanatsal ifade özgürlüğünün kişilik hakkından daha fazla korunmasını onaylamıştır. Edebi ve sanatsal ifadenin yüksek bir korumadan yararlandığını belirten AİHM, öncelikle *Karataş*'taki sınırlı etki içtihadına atıfta bulunmuştur. Ama bunun yanında kurmacaya ilişkin Slovenya Anayasa Mahkemesinin yaptığı değerlendirmeyi de incelemiştir. AİHM, Anayasa Mahkemesinin romandaki olayın ortalama okuyucu tarafından nasıl algılandığını değerlendirmesine ve bunun sonucunda romandaki karakterin kurmaca olarak algılanacağı sonucuna ulaşmasına katılmıştır. AİHM'e göre kitabın bir bütün olarak değerlendirilmesi ve bunun sonucunda ifadelerin kırıncı olmadığı sonucuna ulaşılması, Sözleşme'nin gereklerine uygundur. Bununla birlikte AİHM, kararın sonunda, eserin biyografi değil de roman olması nedeniyle kurmaca olarak algılanacağını açık olduğunu, bu nedenle başvurucunun annesini tanıyanların dahi bu olayların gerçek olmayacağına ilişkin kanaat getirmesinin mümkün olduğunu vurgulamıştır⁴³².

Bu karardaki muhakeme sistematigi *Lindon* kararıyla çelişki içinde değildir⁴³³. Tam tersine büyük ölçüde tutarlılık göstermektedir. Çünkü Mahkeme özel olarak romandaki olayların kişiye atfedilebilir olup olmadığına dair bir analize girişmiş; romanın kurmaca bir tür olmasını tek başına sonuca ulaştıran bir sebep olarak değerlendirmemiştir. *Lindon* kararında da Mahkemenin yaptığı bundan ibarettir. *Lindon* kararında romanda yer alan Le Pen karakterinin, gerçekten de Jean-Marie Le Pen'in bir tasviri olması nedeniyle kişilik hakkını koruyan bir yaklaşımı tercih etmiş⁴³⁴; ancak *Jelsevar*'da kişinin tanınırlığının mümkün olmaması nedeniyle kurmacaya ilişkin korumayı uygulamıştır. O halde *Alinak*, *Lindon* ve *Jelsevar* yan yana konduğunda ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır: Sanat eseri gerçek hayattaki kişilere atfedilebilir nitelikte bir olgu veya değer yargısı içerdiğinde kurmacanın korumasından faydalanmazken, ifadelerin romandaki karakterin yarattığı perdeyi

⁴³¹ *Jelsevar* ve diğerleri/Slovenya, p. 13-20.

⁴³² *Jelsevar* ve diğerleri/Slovenya, p. 34-38.

⁴³³ Karşıt görüş için bkz. Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 533.

⁴³⁴ Tekrar vurgulamak isteriz ki bu yaklaşıma katılmamakla birlikte, bu yaklaşımı benimsesek dahi somut olayda Le Pen'in siyasi bir figür olması nedeniyle sert eleştirilere daha hoşgörülü olması gerektiğinin tespiti gerekirdi. Fakat bu sorun Mahkemenin kurmacaya tanıdığı korumaya ilişkin değildir.

ortalama bir okuyucuya göre geçemeyecek nitelikte olması durumunda ise kurmacanın koruyucu etkisi uygulanmakta ve sanatsal ifade özgürlüğü kişilik hakkına üstün gelmektedir. Kanaatimizce burada AİHM'nin *Lindon* kararına göre daha farklı yorumladığı tek husus “sıradan okuyucu” kriteridir. *Lindon* kararında AİHM'nin Sözleşmeye uygun bulduğu ve Paris İstinaf Mahkemesinin yaptığı analiz, kitaptaki ifadelerin hem yazara hem de gerçek kişiye atfedilebilirliği açısından nesnel bir analizdir. Mahkeme kendince nesnel kriterlerine göre bu anlamın çıkıp çıkmadığını incelemiştir. Oysa *Jelsevar*'da AİHM, sıradan bir okuyucunun buna nasıl yaklaştığına dikkat çekmeyi tercih etmiştir. Yani Mahkemeye göre kurmacanın gerçek kişilere atfedilebilirliği tartışılırken objektif bir anlam analizi yapılmamalı; bunun yerine, okuyucu ile yazar arasında o eser özelinde oluşan “kurmaca paktı”nın unsurları dikkate alınmalıdır⁴³⁵. Bundan kasıt şudur: Bir ifadenin gerçek kişi veya olaylarla ilişkisi değerlendirilirken yazarın okuyucuya neyin kurmaca, neyin gerçekliğe ilişkin olduğuna dair nasıl yol gösterdiği, okuyucunun algısı dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁴³⁶.

Son olarak karşılaştırma yapmak adına AİHM'nin buradaki muhakemesi ile Alman Anayasa Mahkemesinin benzer olaylardaki sistematığı arasında paralellik kurulabilir⁴³⁷. Alman Anayasa Mahkemesinin sanat özgürlüğü konusundaki ilke kararı olarak kabul edilen *Mephisto* kararında, Mahkeme kurmaca sanat eserinin kişilik hakkına zarar verip vermediğini tespit ederken romandaki unsurlardan yola çıkarak sanatsal yabancılaşmanın ne kadar gerçekleştiğini ve roman karakterinin kişinin orijinalinin bir portresi olup olmadığını değerlendirmektedir⁴³⁸. Eğer karakterle “gerçeği” arasındaki bağ, sanatsal ifade yoluyla yeterince koparılmamışsa kişilik hakkının ihlali mümkün olmaktadır. Türkiye’de Yargıtay’ın da aynı yönde bir yaklaşımı mevcuttur. Zira Ayşe Kulin’in “Adı: Aylin” adlı biyografik romanında kişinin özel hayatına ilişkin sırların rızası olmaksızın ve doğrudan o kişiye atfedilebilir şekilde kullanılması kişilik hakkının ihlali olarak görülmüştür⁴³⁹.

⁴³⁵ Treppoz, **op. cit.**, s. 2489-2490.

⁴³⁶ Fransa Mahkemelerinin benzer yönde bir kararı için bkz. TGI Paris 7 sept. 2011, N° RG 10/01674 (aktaran Treppoz, **op. cit.**).

⁴³⁷ Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 532-533.

⁴³⁸ BVerfGE 30, 173.

⁴³⁹ Kanadoğlu, **op. cit.**, s. 41.

B. Mahkemenin Takdir Marjını Geniş Tutma Eğilimi

Yukarıda incelediğimiz üzere AİHM'nin bir konu hakkında devletlerin takdir marjını kısıtlaması, daha ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapması ve menfaatleri dengelerken de belli bir menfaati daha çok koruma eğilimine girmesini sağlar. Bu başlık altında inceleyeceğimiz hususlarda ise Mahkeme bunun tam tersi bir eğilim göstermektedir.

İlk önce ele alacağımız husus, Mahkemenin sanatsal ifadeyi ahlaki ve dini menfaatlerle dengelemeye çalışması olacak (1). Genel olarak ifade özgürlüğüne ilişkin kararlar aslında Mahkemenin takdir marjı doktrinini netleştiren kararlar olarak görülmektedir⁴⁴⁰. Sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin korumanın Mahkeme içtihadında zayıf olduğu algısının oturmasının kökeni ise Mahkemenin bu kararlardaki duruşundan kaynaklanmaktadır⁴⁴¹. AİHM'nin sanatsal ifade özgürlüğü ve ahlaki ve dini değerler tartışmasına ilişkin içtihadının ardından doktrinde oldukça az yer bulan mülkiyet hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğünün çatıştığı kararları inceleyeceğiz. Elbette burada mülkiyet hakkını fikri mülkiyeti de kapsayan şekilde ele alarak fikri haklar ile sanatsal ifade özgürlüğünün çatışması sorununu, AİHM kararlarına yansımalarıyla sınırlı olmak kaydıyla değerlendireceğiz (2).

1. Dini ve Ahlaki Değerlerin Karşısında Sanatsal İfade

Sanatsal ifadenin dini ve ahlaki değerler karşısında sınırlanması, Sözleşme sistematüğinde iki farklı amaca denk gelmektedir. Ahlaka dair getirilen sınırlama, 10. maddenin metninde belirtilen "ahlakın korunması" amacına dair iken, dini değerler için getirilen sınırlama "başkalarının hakkının korunması" amacıyla ilişkili olarak dini duyguların incinmemesi hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğünün dengelenmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu farka rağmen, bu iki bağlamda Mahkemenin muhakemesi büyük benzerlikler göstermekte, kararlarda ayrıntılı bir ölçülülük denetiminin yokluğu göze çarpmaktadır. Dolayısıyla sorun aynıdır. Sonuçta ahlaki değerlerle çatışma durumunda, doğrudan devletin ahlaki değer dayatabilmesi

⁴⁴⁰ Bu doktrinin oluşması sürecinde ifade özgürlüğü kararlarının etkisi için bkz. Howard Charles Yourow, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Lahey/Boston/Londra: Kluwer Law International, 1996, s. 22, 110- 135.

⁴⁴¹ Kearns, **op. cit.**, s. 161-167.

mümkün olmakta, dini değerlerle çatışma durumundaysa çoğunluğun dini görüşü azınlığın hakkına üstün gelmektedir⁴⁴². Bu nedenle iki durumda da Mahkemenin yaklaşımı paternalizme kapı aralamaktadır (a). Fakat 2010 yılından itibaren Mahkemenin özellikle ahlaki değerlere ilişkin içtihadında bir değişim tespit edilebilir (b).

a. Mahkemenin Paternalizme Göz Yuman Yaklaşımı

Ahlâkın ve dini değerlerin korunmasına ilişkin kararlar Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğüne dair verdiği ilk kararlardandır. Aynı zamanda bu konu hakkında AİHM içtihadı oldukça zengindir. Bu iki sınırlama amacını birlikte incelememizin sebebi ise yukarıda belirttiğimiz gibi Mahkemenin bu iki amaca ilişkin de takdir marjını benzer biçimde geniş tutmasının yanı sıra çoğu davada dini değerleri hedef alan provokatif sanatın bunu cinselliği kullanarak da yapmasıdır.

Bu alandaki ilk karar olan *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararındaki yaklaşım, diğer kararlara sirayet etmiştir. *Müller* kararında AİHM, Joseph Felix Müller'in "*Drei Nachte, Drei Bilder*" (Üç Gece, Üç Resim) adlı eserinin⁴⁴³ sergilendiği *Fri-Art 81* adlı sergiden çıkarılarak el konulmasının ve müstehcen eserlerin sergilenmesi nedeniyle Müller'e 300 İsviçre Frangı para cezası verilmesinin 10. maddeye uygunluğunu incelemiştir⁴⁴⁴.

Mahkeme bu hususları incelerken takdir marjı doktrinine özel bir yer vermiştir. Mahkemenin *Handyside* kararından beri belirttiği üzere ahlakın korunması konusunda devletler arasında bir ortak paydanın bulunmaması bu konuda devletlerin belirli bir takdir marjına sahip olmasına yol açmaktadır⁴⁴⁵. Mahkeme bir kere takdir marjının genişliğine hükmettikten sonra sorunun çözümünü büyük ölçüde ulusal makamların takdirine bırakmış olmaktadır. Buradaki takdir marjı Mahkemenin ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapmaktan vazgeçmesi anlamına gelmektedir⁴⁴⁶.

⁴⁴² Benvenisti, **op. cit.**, s. 850-853.

⁴⁴³ Resim için bkz. Josef Felix Müller İnternet Sitesi, <http://www.jfmueller.ch/cms/index.php/7-jfm/11-3-naechte-3-bilder> (Erişim tarihi: 14.08.2017).

⁴⁴⁴ Müller ve diğerleri/İsviçre., p. 8-19.

⁴⁴⁵ *Handyside*/Birleşik Krallık, p. 47.

⁴⁴⁶ Letsas, **op. cit.**, s. 90.

Kanaatimizce bu sorun ölçülülük denetiminin doğasından kaynaklanmaktadır⁴⁴⁷. Mahkemenin izlediği muhakemede, eğer ulusal makamların sınırlaması ahlakın korunması amacıyla sınırlama gerçekleştirilmişse Mahkeme yapılan sınırlama ile ahlakın korunması arasında denge kurmaya çalışamaz. Çünkü sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin Mahkemenin dayanak aldığı bir “ahlak” anlayışı yoktur. O halde bu müdahalenin neyi gerçekleştirmeye elverişli olduğu veya neyi gerçekleştirmek için gerekli olduğu sorusu cevapsız kalır. Çünkü ölçülülük denetimi somut bir denetimdir. Soyut bir ahlak anlayışı çerçevesinde yapılamaz. Menfaatin somut etkisinin görülebilmesi gerekir. Bu nedenle buradaki denetim sadece makul olup olmama denetimine dönüşmektedir. *Müller* olayında Mahkeme resmin içeriğinin ilk görünüşte yeterince şoke edici olduğuna karar verdiğinden ulusal mahkemelerin denetiminde bir sorun görmemiştir⁴⁴⁸. Üstelik bu sırada sınırlama amacını da sadece ahlakın korunması olarak değil, küçüklerin korunmasına dayanarak başkalarının haklarının korunması olarak⁴⁴⁹ değerlendirerek iki farklı amaçla devletin ölçülü bir önlem almadaki manevra alanını da artırmıştır. Küçüklerin bu eseri görmesini engelleyen bir önlem alınmamış olmasını da ihlalin yokluğuna gerekçe olarak göstermiştir. Bunun dışında resimlere el konulmasını da ayrıca inceleyen⁴⁵⁰ Mahkeme 1982 ile 1989 arasında resimlere el konulmuş olmasını, Komisyonun görüşünün aksine Sözleşme’ye uygun bulmuştur. Mahkemenin buradaki muhakemesi de ölçülülük denetiminin gereklerinden oldukça uzaktır⁴⁵¹. Komisyonun da belirttiği gibi yaş sınırı veya sergileme yasağı gibi daha az müdahaleci önlemlerle de aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Oysa Mahkeme sadece İsviçre mahkemelerinin konu hakkındaki içtihadına dayanarak, Müller’in isteseydi daha önce de bu resimler üzerindeki el koyma kararını kaldırabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Ancak bu durum, el koymanın en baştan beri gerekli bir müdahale olup olmadığını tartışmaktan yani ölçülülük denetimini tam anlamıyla yapmaktan kaçınmak anlamına gelmektedir.

⁴⁴⁷ Ölçülülük denetiminin unsurlarına dair bkz. Sağlam, **op. cit.**, s. 110-117.

⁴⁴⁸ Müller ve diğerleri/İsviçre, p. 36

⁴⁴⁹ Müller ve diğerleri/İsviçre, p. 30-31.

⁴⁵⁰ Bu noktada Komisyon’da karşı oy yazısı yazan Üye Danelius’a katılıyoruz. İfade özgürlüğüne yapılan müdahale el konulma ve para cezası olarak ayrı ayrı değil birlikte incelenmeliydi. Mahkemenin ve Komisyonun başka kararlarında bir örneği olmayan bu yaklaşımı neden benimsediğini anlamak pek mümkün değildir. Bkz. AİHK, Müller /İsviçre (Komisyon Raporu), Üye Danelius’un Karşı Oy Yazısı.

⁴⁵¹ Benzer yönde bkz. Önder Bakırcıoğlu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, **German Law Journal**, C. 8, S. 7, 2007, s. 729.

Görüldüğü üzere Strazburg Mahkemesi kendi ahlak anlayışını dayatmayı reddetme görüntüsü altında devletin bir ahlak anlayışı dayatmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte sanatsal ifadenin özelliği açısından en büyük problem Mahkemenin müstehcenliğin ne olduğunu, sanatın müstehcen olup olamayacağını tartışmaktan kaçınmak adına, sanatın kendine has özelliklerini anlamayı ve sanatı koruyucu bir yaklaşım geliştirmeyi reddetmesidir⁴⁵². Oysa çalışmanın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere sanat yapısı gereği kalıplara meydan okur. AİHM sanatsal ifadeyi, demokratik toplumdaki fikir alışverişine ve kişinin kendini gerçekleştirmesine katkısı yüzünden koruyorsa sanatın buna imkan veren özelliğinin tam da kalıp dışı davranabilmek olduğunu anlaması gerekmektedir. Bu nedenle, Mahkemenin bir anlamda ispat yükünü tersine çevirmesi gerekir. Mahkeme için eğer sanatsal ifade ahlaken belirli ölçüde şok ediciyse o zaman sanatsal niteliğinin önemi olmamaktadır. Oysa doktrinde önerildiği üzere, ABD Yüksek Mahkemesinin *Miller v. California* kararında belirlediği testten esinlenerek eğer eser ancak “ciddi bir sanatsal değer”den yoksunsa ahlaka ilişkin endişelere daha geniş takdir marjı tanıma yoluna gidebilir⁴⁵³. Bir diğer seçenekse, ilk bölümde belirttiğimiz Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadından esinlenen kriterdir⁴⁵⁴. Bu kriter burada bir işleve bürünerek sınırlayıcı bir sanat tanımı olmaksızın devletlerin takdir marjını daraltmak için bir kriter de olabilir. Böylece sanatsal değerın sanatın demokratik toplumdaki işlevini de dışlamadan korunabilmesi kanaatimizce mümkün olacaktır.

AİHM'nin sanatsal ifade karşısında ahlakın korunması konusunda devletlerin takdir marjını geniş tutmasına tek örnek *Müller* kararı değildir. AİHM ahlakın korunması amacıyla gerçekleştirilen müdahalelerin tartışıldığı diğer başvurularda da benzer bir yaklaşım sergilemiştir. *V.D. ve C.G./Fransa* kararına konu olan olayda yoğun derecede şiddet ve cinsellik içeren *Baise-moi* adlı film 16 yaşından küçüklerin izlemeyeceğine dair uyarı ile vizyona girmiştir. Ancak Danıştay filmin gösterim lisansına ilişkin iptal kararı vermiştir. Bunun üzerine bir filmin vizyona girmesine, fakat 18 yaşından küçüklere yasak konmasına olanak veren bir düzenleme olmadığından, filmin ancak X klasmanında video olarak piyasaya sürülmesi mümkün olmuştur. AİHM bu durumun 10. maddeyi ihlal ettiğine dair başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir. Buradaki sorun Mahkemenin ahlakın

⁴⁵² Kearns, *op. cit.*, s. 162.

⁴⁵³ *Ibid.*, s. 177.

⁴⁵⁴ Bkz. I. A. 2. a.

korunması konusunda yine devletlerin takdir marjının geniş olmasına dayanmasıdır. Mahkeme sanatın genel ahlakın bozulmasına nasıl sebebiyet verebileceğine dair herhangi bir tartışmadan, filmin ahlaki gerçeklerle yasaklanmasını filmi izledikten sonra makul bulduğunu söyleyerek kaçınmıştır⁴⁵⁵.

Bu konuya dair Mahkemenin yakın tarihli bir başka kararı ise *Kartunnen/Finlandiya* kararıdır. Kararda, çocuk pornografisinin yaygınlığına dikkat çekmek üzere, internetten genç kızların tahrik edici veya cinsel eylemlerde bulunurkenki fotoğraflarını alıp bunları sergisinde kullanan sanatçı Ulla Kartunnen'in fotoğraflarına el konmasının Sözleşme'yi ihlal edip etmediği tartışılmıştır ve Mahkeme hem ulusal mahkemelerin el koyma dışında bir cezaya hükmetmemesine hem de bu konudaki geniş takdir marjına dayanarak açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir⁴⁵⁶. Kanaatimizce de bu olayda özellikle fotoğrafları sergilenen kişilerin haklarının korunmasının da gerekliliği düşünüldüğünde verilen karar yerindedir. Ancak konumuz açısından sorun, Mahkemenin bu olayda eserin sanatsal nitelikte olduğunu tanımayı dahi reddetmesidir⁴⁵⁷. Ulusal mahkemeler sanatçının sanat eseri yaratma iradesini dikkate almış olsalar da Mahkemenin bunu hiçbir şekilde gündeme getirmemiş olması sanatsal ifadeye tanınan korumanın zayıflığını ve AİHM'nin bu hususta sanatın işleyişine odaklanan bir yaklaşım benimsemekten ne derece uzak olduğunu açıkça göstermektedir.

Mahkemenin yaklaşımında benzer sorunları, dini değerleri hedef alan sanat eserlerinin yasaklanmasının Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken de görmemiz mümkündür. Bu konuya ilişkin çıkan ilk karar Komisyon'un *X. ve Y./Birleşik Krallık* kararıdır. Karara konu olan eser bir şiirdir. Şiirde İsa ile ölümünden sonra cinsel ilişkiye girildiği tasvir edilmekte ve İsa'nın hayattayken de Havariler ile eşcinsel ilişki yaşadığı anlatılmaktadır. Bunun üzerine dine hakaret sebebiyle birinci başvurucuya 1000 İngiliz Sterlini, ikinci başvurucuya 500 İngiliz Sterlini ve 9 ay hapis cezası verilmiştir⁴⁵⁸. Komisyon bu müdahaleyi değerlendirirken amacın dini duyguların incinmemesi hakkını korumak olduğunu belirtmiş ve taraf devletlerin bu

⁴⁵⁵ AİHM, V.D.&C.G./Fransa (68238/01, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 22.06.2006.

⁴⁵⁶ AİHM, Kartunnen/Finlandiya (1685/10, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 10.05.2011.

⁴⁵⁷ Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 534-535.

⁴⁵⁸ AİHK, X. ve Y./Birleşik Krallık (8710/79, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 07.05.1982.

suçu tanımlamalarına dair yine geniş takdir marjı olduğunu belirtmiştir. Şiirin yayımlandığı dergi aslında eşcinsel dergisi olmasına rağmen herkesin satışına da açık olduğundan kişilerin bu şiiri okuyup alınmaları Komisyona göre olasılık dahilinde görülebilir⁴⁵⁹.

Dini duyguların korunması için sanatsal ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların Mahkemenin gündemine taşındığı davalar ise kronolojik sırayla *Otto Preminger Institut/Avusturya*, *Wingrove/Birleşik Krallık* ve *İ.A./Türkiye* davalarıdır. Bu kararların üçünde de devletlerin dini duyguların korunması konusunda sahip oldukları geniş takdir marjı vurgusu ışığında Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

AİHM bu kararlarda yapılan sınırlamanın güttüğü meşru amacı belirlerken “başkalarının hakkının korunması”nı odağına almıştır. *Otto Preminger* kararında Mahkeme, dini duyguların korunmasının 9. maddenin kapsamına girdiğini iddia ederek olayda din ve vicdan özgürlüğü hakkının korunması amacı olduğunu belirtmişken⁴⁶⁰, 9. madde ile dini değerlerin korunması arasındaki ilişkiyi *Wingrove*'da yumuşatmış ve sadece 9. maddenin sağladığı korumanın amacı ile uyumdan⁴⁶¹ bahsetmekle yetinmiştir⁴⁶². *İ.A.* kararında ise yine başkalarının dini duygularına saygı bekleme hakkından bahsetse de bunun 9. madde ile olan ilişkisine dair hiçbir atıf yoktur. Bu yaklaşım aslında *Choudhury/Birleşik Krallık* kararında Komisyon'un Şeytan Ayetlerine karşı dine hakareten yaptırım uygulanmamasını 9. maddeye aykırı görmeyip başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulan yaklaşımına da daha uygundur⁴⁶³.

Mahkemenin bir pozitif yükümlülük olarak 9. madde kapsamında tanımadığı “dini değerlere saygı gösterme hakkı”nın gerçekten bir hak olup olmadığı da tartışma konusudur. Hakların çatışması sistematığı açısından yaklaşırsak ortada gerçek anlamda bir hak çatışması olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Çünkü burada bir kişiye somut olarak atfedilebilen bir hak yerine soyut ve spekülatif bir

⁴⁵⁹ X. ve Y./Birleşik Krallık, p. 11-12.

⁴⁶⁰ Otto-Preminger Institut/Avusturya, p. 47.

⁴⁶¹ Wingrove/Birleşik Krallık, p. 48.

⁴⁶² Tolga Şirin, “İfade Özgürlüğü Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 10, 2016, s. 537-538.

⁴⁶³ AİHK, Choudhury/Birleşik Krallık (17439/90, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 05.03.1991.

menfaat vardır⁴⁶⁴. Bu nedenle de bu çatışma aslında gerçek olmayan bir hak çatışması olarak görülmelidir⁴⁶⁵. Fakat bunu nasıl ele alırsak alalım, Wachsmann'ın da belirttiği gibi, sonradan Sözleşme'ye eklenen bir sınırlama sebebi söz konusudur⁴⁶⁶. “Başkalarının haklarını koruma” ifadesinin bu derece geniş yorumlanması hakların sınırlandırılmasında belirlilik ilkesinin aşındırılması anlamına geleceği gibi⁴⁶⁷ kural olan özgürlüğün geniş, istisna olan sınırlamanın dar yorumlanması ilkesinde de aykırı olacaktır.

Strazburg'un bu sınırlama amacını sanatsal ifade karşısındaki değerlendirme biçimi de tıpkı ahlakın korunmasında olduğu gibi oldukça sorunludur. Bu kararlarda Mahkeme, ayrıntılı bir ölçülülük denetiminden yine devletlerin bu konudaki konsensüs yokluğuna sığınarak kaçınmıştır. Başvurucuların, dini duyguların incinmesinin somut olayda zor olduğuna işaret eden her türlü argümanını bertaraf etmiştir. *Otto Preminger*'de Oskar Panizza'nın Aşk Konsili oyunu nedeniyle yargılanması üzerine kurulu aynı adlı filmin Tyrol kasabasındaki bir sinema salonundaki gösteriminin yasaklanması ve filmin kopyasına el konulması söz konusudur. Filmde İsa düşük zekalı bir çocuk olarak gösterilmekte, Meryem ile İsa öpüşmekte, İsa Meryem'in memelerine dokunmakta, Şeytan ile Meryem arasındaki cinsel gerilim ön plana çıkarılmaktadır. Filmin sonunda İsa Meryem ve Tanrı Şeytan'ı alkışlarken gösterilmektedir⁴⁶⁸. *Wingrove* kararında ise yönetmen Nigel Wingrove'un “*Visions of Ecstasy*” (...) adlı kısa filminin dine hakaret gerekçesiyle video olarak dağıtımının yasaklanması söz konusudur. Filmde, Rahibe Teresa'nın önce yalnız, sonra başka bir kadınla birlikte yarı çıplak biçimde kendinden geçişi gösterilmekte, bu sırada Teresa ile çarpmış İsa arasında da yine cinsel yakınlık yaşanan sahneler filmde yer almaktadır⁴⁶⁹. *İ.A.* kararında ise Abdullah Rıza Ergüven'in “Yasak Tümceler” kitabı yasaklanmış ve kitabı basan yayınevi editörü 16 dolara karşılık gelen bir adli para cezasına mahkum edilmiştir. Kitapta Muhammed

⁴⁶⁴ Şirin, *op. cit.*, p. 535.

⁴⁶⁵ Ducoulombier, *op. cit.*, s. 219 vd. ; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 110.

⁴⁶⁶ Patrick Wachsmann, “La liberté de religion et le droit de critique”, **Annuaire internationale des droits de l'Homme**, C. 4, Atina/ Brüksel: Ant N. Sakkoulas/ Bruylant, 2009, s. 247-248.

⁴⁶⁷ Hülya Dinçer, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Koruma”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, C. 2, S. 1, 2010, s. 1117.

⁴⁶⁸ Otto Preminger Institut/Avusturya, p. 20-22.

⁴⁶⁹ Wingrove/Birleşik Krallık , p. 8-10.

ile Ayşe'nin cinsel hayatına göndermeler yapılmakta, Muhammed'in ölülerle ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi yasaklamadığından bahsedilmektedir.

Her üç olayda da görüldüğü üzere, dini hassasiyetleri olan kişilerin bu filmlerin içeriğine tesadüfen maruz kalmaları mümkün değildir. Bu davalarda hem Komisyon⁴⁷⁰ (*İ.A.* dışında) hem de başvurucular bu hususu özellikle belirtmişlerdir. *Otto Preminger*'de küçük bir kasabada paralı girilen bir sinema salonu, *Wingrove*'da ve *İ.A.*'da da ancak para ile satın alınabilecek bir eser söz konusudur. Dini duyguları incinecek kişilerin bu eserlerden kaçınması kolaylıkla mümkündür⁴⁷¹. Fakat Mahkeme bu savunmalara önem vermemiştir. *Otto Preminger*'de Mahkeme kasabadaki çoğunluğun Katolik inancına mensup olmasından bahsederek “dini barış”ın sağlanması adına alınacak önlemleri yerel makamların daha iyi belirleyeceğini söylemekte ve takdir marjını son derece geniş yorumlamaktadır⁴⁷². Özellikle bu yaklaşım hakların korunması amacının içini boşaltmaktadır. Çünkü Mahkeme, bir hakkın korunması kapsamında gördüğü sınırlamayı dini barışın korunması için alınan önlem olarak ifade etmekte ve bir çelişki içine girmektedir. Temel sorun da buradadır. Başvurucular savunmalarını bir hakka zarar vermediklerini vurgulayarak yaparlarken Mahkeme soyut bir dini barış ve huzur kavramına dayanmaktadır.

Wingrove kararında Mahkeme biraz daha açıklayıcı bir denetim yapmış olsa da bu, sonucu değiştirmemiştir. AİHM, Dine hakaret iddiasının içerik itibariyle belirlenmesinde devletlerin takdir marjını kabul ettikten sonra ulusal makamların nitelemesini keyfi veya aşırı bulmamıştır. *Otto Preminger*'de açıkça belirtmediği bir sınırı yani dine hakarete ilişkin takdir marjı geniş olduğunda yaptığı denetimin unsurlarını da böylece açıklamıştır: Keyfiyet ve aşırılık. Bununla birlikte videonun yasaklanması yerine dağıtımının kısıtlanabileceğine ilişkin savunmayı da videoların kopyalanabilme ihtimali olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁷³. *İ. A.* kararında ise somut olaya ilişkin hiçbir ölçülülük denetimine rastlamak mümkün değildir. İlgili

⁴⁷⁰ Komisyon ile Mahkeme arasında bu konuda son derece açık bir yaklaşım farkı tespit etmek mümkündür. Komisyon alınan önlemlerin gerekliliğine dair gerçekten bir denetim yapıyorken, Mahkeme takdir marjı doktrininin arkasında saklanıp sınırları belirsiz bir denetim yapmaktadır. Bkz. Polymenopoulou, **op. cit.**, s. 520-523.

⁴⁷¹ Pierre- François Docquir, “La Cour Européenne des Droits de L’Homme sacrifie-t-elle la liberté d’expression pour protéger les sensibilités religieuses?”, **Revue trimestrielle des droits de l’Homme**, S. 68, Ekim 2006, s. 846.

⁴⁷² Otto Preminger Institut/Avusturya, p. 55-57.

⁴⁷³ Wingrove/Birleşik Krallık, p. 60-64.

ifadelerin okununca haksız yere hakaret hissi yaratabileceğini belirttikten sonra bu tür hassas konularda devletlerin önlem alabileceğini söylemekle yetinmiştir. Üstelik burada da 2000 adet basılmış bir kitap söz konusudur⁴⁷⁴. İlginç olan, *Karataş* kararında Mahkemenin dikkate aldığı bu savunmayı burada dikkate almamasıdır. Bunun tek açıklaması dine hakaretin şiddet olaylarına teşvike göre daha geniş bir ifade özgürlüğü sınırlaması gerektirmesi olabilir. Şiddet olaylarının demokratik toplum düzeninde yaratabileceği sorunlarla dine hakaretin yaratacağı sorunlar karşılaştırıldığında ise bu önermenin oldukça saçma olduğu görülecektir.

Dolayısıyla şunu söylemek mümkündür. Mahkeme dine hakareti tıpkı ahlakın korunması gibi bir değer olarak görüp soyut bir denetim yapmakta, kişilerin gerçekten bu ifadeye erişmelerinin önüne konulan engellere özel bir önem atfetmemektedir. Bu da azınlığı çoğunluk önünde güçsüz kılan bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım, çoğunluğun dini görüşü nedeniyle, azınlığın çoğunluğu şoke edebilecek ifadeleri söyleyememesi sonucunu doğurur ki bu da *İ.A.* kararındaki karşı oy yazısında belirtildiği gibi *Handyside* kararındaki ilkeyi anlamsız kılar⁴⁷⁵. Nitekim Mahkemenin bu yaklaşımı bir denetim yaparmış gibi görünse de aslında Mahkemenin denetimini oldukça kısıtlı bir hale getirmekte ve ulusal mercilerin tercihlerini ön planda tutmaktadır⁴⁷⁶.

Yine *İ.A.* kararının karşı oyunda belirtildiği gibi, bu içtihadı gözden geçirerek değiştirmenin zamanı gelmiştir. Mahkemenin önüne maalesef *İ.A.*'dan sonra dine hakarete ilişkin gelen davaların hiçbiri sanatsal ifadeye ilişkin olmamıştır. Fakat doktrinde *Aydın Tatlav*⁴⁷⁷ ve *Giniewski*⁴⁷⁸ kararlarına atıfla Mahkemenin bu içtihadından döndüğünü iddia edenler mevcuttur⁴⁷⁹. Aslında Mahkeme bu kararlarda, fikir tartışmasına katkıda bulunan, Mahkemenin ifadesiyle “haksız yere” hakaret içermeyen ve dini eleştiren ifadelerin 10. madde korumasından yararlanması gerektiği yönünde bir içtihat geliştirmiştir. Dolayısıyla *İ.A.* kararında gereksiz yere hakaret içerdiğini söylediği ifadelerin hala koruma dışında kaldığı iddia edilebilir. Dinçer'in belirttiği üzere bu iki kavram arasındaki farkı tespit etmek oldukça zordur

⁴⁷⁴ İ. A./Türkiye, p. 29-32.

⁴⁷⁵ İ. A./Türkiye, Hâkim Costa, Cabral Barreto And Jungwiert'in Karşı Oy Yazısı, p. 3.

⁴⁷⁶ Ruth Dijoux, “La liberté d’expression face aux sentiments religieux : approche européenne”, **Les Cahiers de droit**, C. 53, S. 4, Aralık 2012 s. 869- 870.

⁴⁷⁷ AİHM, Aydın Tatlav/Türkiye (50692/99), 02.05.2006.

⁴⁷⁸ AİHM, Giniewski/Fransa (64016/00), 31.01.2006.

⁴⁷⁹ Şirin, **op. cit.**, s. 538.

ve Mahkemenin öznel bir kriter belirleyerek bazı ifadeleri bu kavramın dışına atması sonucunu doğurur⁴⁸⁰.

Bununla birlikte bu kriterin, sanatsal ifadenin Mahkemenin belirlediği özelliklerine dahi uygun olmadığı açıktır. Mahkemenin devletlerin takdir marjını dar tuttuğu ve sanatsal ifadeyi koruyucu eğilim içine girdiği kararlardan biri olan *Karataş*'ta sanatsal ifadenin yoğun duyguların ifadesi olabileceği belirtilmiştir. *Vereinigung Bildender Künstler*'de ise AİHM, toplumsal bir yorum metodu olan hicvin abartmaya yer vermesini sanatsal ifadenin bir unsuru olarak görmüş ve özel olarak korumaya almıştır. O halde aslında, kararlara konu olan eserlerde dini değerlere getirilen şoke edici yaklaşım, politik alanlarda gerçekleştiğinde, bu yaklaşımın Mahkeme tarafından koruduğunu görüyoruz. Bu durum takdir marjı doktrini açısından olağan olsa da Mahkemenin sanat anlayışındaki bir çarpıklığa işaret etmektedir. Adeta mahkeme için sanat, sanat olduğundan ötürü değil, siyasi bağlama katkısından ötürü korumayı hak etmektedir. Fakat bu yaklaşım, sadece siyasete ilişkin değil sanata dair de dar bir yaklaşımdır. Din ve ahlak siyasi meselelerdir. Sanatın din ve ahlak ile bu derece uğraşması biraz da siyasetin bu iki kavramı bir baskı aracı olarak kullanıyor olmasından kaynaklanır. Bu yüzden sanatın sadece doğrudan politik bir bağlamda daha değerli olduğunu düşünmek bir yanlısamadır.

Bunun dışında ilk bölümde sanatın korunmasına ilişkin belirttiğimiz gerekçeler çerçevesinde, ahlaka veya dine dair olan eserlerin politik eserlerden daha az özerk bir yapıda olduğu veya kişinin kendisini ifadesi için daha az önemli olduğu ya da içinde bulunduğu toplumu daha az yansıttığı da söylenemez. O halde sanatsal ifade açısından bu kategorik ayrımın makul bir sebebini bulmak mümkün değildir.

Bütün bunlar kanaatimizce Mahkemenin sık sık yaptığı bir diğer vurgu ile daha da karışık bir hale gelmektedir. AİHM bu belirttiğimiz kararların hepsinde ifade özgürlüğünün getirdiği ödev ve yükümlülükler göndermede bulunmuştur⁴⁸¹. İfade özgürlüğüne ilişkin diğer birçok kararda bu ödev ve yükümlülükler ilişkin bazı somutlaşmalar görülebilir. Örneğin muhirlere (*whistleblower*) ilişkin *Guja/Moldova*

⁴⁸⁰ Dinçer, **op. cit.**, s. 1125.

⁴⁸¹ İ.A./Türkiye, p. 24; Kartunen/Finlandiya p. 21; p.Müller ve diğerleri/İsviçre, p. 34; Otto-Preminger Institut/Avusturya, p. 49; V.D. & C.G./Fransa, s.18; Wingrove/Birleşik Krallık, p. 52.

kararında Mahkeme bu ödev ve yükümlülükleri yapılan ifşanın ifade özgürlüğü korumasından yararlanması için sağlaması gereken şartlara dönüştürmüştür⁴⁸². Basın özgürlüğüne dair de yapılan haberin şiddete teşvik etme olasılığı olduğunda, bu ödev ve yükümlülükler daha dikkatli davranmak yönünde bir yükümlülük şekilde somutlaşmaktadır⁴⁸³. Oysa ahlakın ve dini değerlere saygının korunması söz konusuysen sanatçının ifade özgürlüğünü kullanırken ne gibi bir yükümlülüğü olabileceğini anlamak mümkün değildir. Mahkemenin sanatçının ahlaka ve dini değerlere uygun sanat yapması yükümlülüğünden bahsettiğini düşünmüyoruz. Fakat bu durumda da Mahkemenin devamlı olarak yaptığı bu göndermenin ne anlama geldiği, sanatsal ifadenin ne gibi bir yükümlülük yüklediği de maalesef anlaşılammaktadır. Bu göndermenin basit ve işlevsiz bir gönderme olduğunu düşünmek de elbette mümkündür. Fakat bu da Mahkemenin özensiz bir karar yazma metodu uyguladığı anlamına geldiğinden eleştiriye açıktır.

b. Geniş Takdir Marjına Karşı Gelişen Sınırlar: Bir İçtihat Değişikliği mi?

Mahkeme yakın zamanda, taraf devletlere tanıdığı bu geniş takdir marjını daraltan iki önemli karar vermiştir: *Akdaş/Türkiye* ve *Kaos GL/Türkiye*⁴⁸⁴. İki karar da ahlakın korunması nedeniyle yapılan sınırlamalara ilişkindir. Dolayısıyla yapacağımız ilk tespit, sanatsal ifadenin karşısında din ve vicdan özgürlüğünü korumak için yapılan sınırlamalar hakkında devletin hala geniş bir takdir payı olduğudur.

Ahlakın korunması adına yapılan kısıtlamalarda devlete bırakılan takdir marjı açısından Mahkemenin *Akdaş/Türkiye* kararında getirdiği ilk sınır “Avrupa edebi mirası” sınırır. Bu kavram Mahkeme için adeta bir kırmızı çizgi teşkil etmektedir. *Akdaş* kararında AİHM, Rahmi Akdaş’ın editörlüğünde Türkçe’ye çevrilerek basılan Guillaume Apollinaire’in “On Bir Bin Kırbaç” adlı eserinin müstehcenlik gerekçesiyle toplatılmasının, Akdaş’ın da 1100 avroya karşılık gelen bir miktarda adli para cezasına çarptırılmasının Sözleşme’ye uygunluğunu incelemiştir⁴⁸⁵.

⁴⁸² AİHM, Guja/Moldova (14277/04), 12.02.2008.

⁴⁸³ Örneğin *Jersild/Danimarka* davasında Mahkeme basın araçlarının yarattığı etki arasındaki farkın sonuçlarına dikkat etme yükümlülüğünden bahsetmiştir. Bkz. AİHM, *Jersild/Danimarka* [BD] (15890/89), 23.09.1994.

⁴⁸⁴ AİHM, *Kaos GL/Türkiye* (4982/07), 22.11.2016.

⁴⁸⁵ *Akdaş/Türkiye*, p. 4-18.

Kararda devletlerin ahlakın korunmasına ilişkin geniş takdir payından bahseden Mahkeme, bu takdir marjının bir sınırı olduğuna ve bu sınırın da “Avrupa edebi mirasının bir parçası olan bir esere belli bir dilde erişimin engellenmesi” olduğuna karar vermiştir⁴⁸⁶. Bu sonuca ulaşırken dikkate aldığı hususlar, eserin Fransa’da yayımlandığından beri üstünden çok uzun zaman geçmesi, birçok ülkeden ve internetten erişilebiliyor olması ve *La Pléiade* koleksiyonunda⁴⁸⁷ yer almasıdır⁴⁸⁸.

Görüldüğü üzere Mahkeme eserin içeriğine ilişkin sonuca etki edecek hiçbir değerlendirme yapmamış, nötr bir ifadeyle eseri erotik olarak nitelendirmiş ve sadece eserin dışsal özelliklerini dikkate almıştır⁴⁸⁹. Bunun yanında, eserin içeriğinden bağımsız olarak Avrupa edebi mirasında yer aldığını belirledikten sonra ölçülülük denetimine de girmemiştir. Kanaatimizce burada bir tür hakkın özü ile karşı karşıya kalıyoruz. Çünkü Mahkeme buraya yapılacak bir müdahaleyi sanatsal ifade özgürlüğü açısından dokunulmaz çekirdek bir alan olarak görüyor⁴⁹⁰. Hakkın özünde duran kavram ise bu durumda “kültüre erişim” oluyor. Çünkü Mahkeme açıkça meseleyi kültürel hak perspektifinden, bir dilde bir esere erişim hakkı olarak değerlendiriyor. Nitekim Mahkemenin kendi hazırladığı “Kültürel Haklar” raporunda da *Akdaş* kararı “kültüre erişim hakkı” başlığı altında yer almaktadır⁴⁹¹.

Mahkeme ahlakın korunması amacıyla ilgili esere getirilen sınırlamayı *Müller* kararından beri yaptığı üzere basitçe bir esere erişimin kısıtlanması üzerinden değil, yine kültürün bir parçası olan dil kavramını da dikkate alarak, kültüre belli bir dilde erişimin engellenmesi üzerinden değerlendirmiştir⁴⁹². Mahkemenin bu yaklaşımı sanatsal ifade özgürlüğünün kendine has ve kültürel haklarla iç içe olan yapısını dikkate alması bakımından oldukça önemlidir. Çünkü verilen zararın sadece bir esere

⁴⁸⁶ Akdaş/Türkiye, p. 30.

⁴⁸⁷ La Pléiade koleksiyonu Jacques Schiffrin’in 1931’de oluşturduğu bugüne Gallimard yayınevini yönettiği bir koleksiyondur. Bkz. Gallimard.fr, Collection Bibliothèque de la Pléiade, <http://www.gallimard.fr/Catalogue/GALLIMARD/Bibliotheque-de-la-Pleiade> (Erişim tarihi: 06.08.2017).

⁴⁸⁸ Akdaş/ Türkiye, p. 29.

⁴⁸⁹ Arnaud Latil, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale”, *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, S. 83, 2010, s. 779; Ruet, *op. cit.*, s. 928.

⁴⁹⁰ Hakkın özü kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, *op. cit.*, si 146-155.

⁴⁹¹ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Birimi, **Cultural Rights in the case-law of European Court of Human Rights**, Ocak 2011 (Son güncelleme tarihi 17.01.2017), p. 25. http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf (Erişim tarihi: 13.08.2017).

⁴⁹² Ruet, *op. cit.*, s. 928-929.

erişim değil, genel olarak kültüre erişim olduğunu görmüştür. Sanatsal ifadenin kültürel bu yönünün dikkate alınması da daha özgürlükçü ve sanatın niteliğine uygun bir sınırlama rejiminin temelini oluşturabilir. Bu niteliğiyle karar, bazı yazarlarca sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin Mahkeme içtihadında yeni bir çağın başlangıcı olarak görülmüştür⁴⁹³. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararın arkasından gelen ve aynı kavramlar üzerinden değerlendirme yapan başka bir karar şimdilik yoktur⁴⁹⁴.

Kararın bir başka önemi, yukarıda eleştirdiğimiz takdir marjı doktrininin bu alanda kullanımına ilişkin önemli bir adım atmasıdır. Zira unutulmamalıdır ki takdir marjı doktrini Avrupa içinde bir birlik yaratmaktansa bir uyum yaratma amacı çerçevesinde devletlere kendi kültürel özelliklerine uygun bir yaklaşım benimseme imkanı vermekte; ancak bu sırada esas koruduğu menfaat de kültürel görecelilikten çok çoğulculuğa saygı olmaktadır⁴⁹⁵. İşte *Akdaş* kararında benimsenen kültüre erişim hakkı odaklı yaklaşım, takdir marjı doktrininin dengede tutmaya çalıştığı bu gerilimin, demokratik toplumun temel değerlerinden olan çoğulculuktan ödün vermeden çözülebilmesini sağlamıştır⁴⁹⁶.

Bununla birlikte, “Avrupa edebi mirası” kavramı aynı şekilde bir tartışma konusudur. Çünkü sınırlarının ne olduğunu belirlemek oldukça zordur⁴⁹⁷. Örneğin hangi yazarları kapsar? Bu kapsam, Avrupa doğumlu yazarlarla sınırlı tutulamaz, çünkü bu yaklaşım ayrımcılık yasağının ihlali olacaktır⁴⁹⁸. O halde kimin kararına tabi olmalıdır? Eğer buna edebi çevreler karar verecekse o zaman kavramın tespiti ancak belirli sanat çevresinin inisiyatifine bağlıdır⁴⁹⁹. Nitekim Mahkemenin somut olayda eseri Avrupa edebi mirası içinde görmesine neden olan unsurlardan birinin, eserin *La Pléiade* serisine dahil olması olduğu düşünülürse bu eleştiri haksız sayılmaz. Çünkü bu koleksiyon, Jacques Schiffrin’in 1931’de oluşturduğu bugünse *Gallimard* yayınevinin yönettiği bir koleksiyondan ibarettir. Buradaki sanat çevresi

⁴⁹³ Jean-Pierre Marguénaud/ Benjamin Dauchez, “Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen”, *Recueil Dalloz*, 2010, s. 1055.

⁴⁹⁴ Kearns, *op. cit.*, s. 167, dn. 67 ; Polymenopoulou, *op. cit.*, s. 535.

⁴⁹⁵ Mireille Delmas-Marty/ Marie-Laure Izorche, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste”, *Revue internationale de droit comparé*, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 761-762.

⁴⁹⁶ Ruet, *op. cit.*, s. 929.

⁴⁹⁷ Kavram Mahkeme tarafından üretilmemiştir. Her ne kadar kararda atıf olmasa da “Avrupa edebi mirası” kavramı Avrupa Konseyi belgelerinde geçen siyasi temeli olan bir kavramdır. Ruet, *op. cit.*, s. 929-930.

⁴⁹⁸ Latil, *op. cit.*, s. 774.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, s. 780.

kavramının birinci bölümde sosyolojik sanat tanımlarını incelerken değindiğimiz Dickie'nin sanat dünyası kavramını hatırlattığı söylenebilir ve zaten sanatın tanımında böyle bir tanınma gereği olduğu ilk bakışta ileri sürülebilir. Fakat sadece *La Pléaide*'a dayanan bir analiz tek başına ele alındığında bu iddia temelsizdir.

Öte yandan Mahkemenin değindiği bir diğer unsur olan eserin seneler önce yayınlanmış olması ve birçok dile çevrilmesi ise elbette ki konsensüs testini de hatırlatmaktadır. Mahkeme açıkça belirtmese de kanaatimizce burada bu muhakemenin izlerini görmek gerekir. Çünkü AİHM aslında eserin Avrupa'nın geri kalanında yaygın biçimde kabul görmesine dayanmış ve eserin eskiliğini vurgulamıştır. Muhtemelen Avrupa edebi mirası için elimizdeki en belirleyici ve net kriter budur. Eserin eski olması ve birçok ülkede edebi bir eser olarak kabul görmesi belirleyici bir unsurdur. İşte Dickie'nin sanat dünyası kavramıyla bu yaklaşımın arasında paralellik, kanaatimizce bu noktadan kurulabilir. Çünkü eser, edebi değeri seneler içinde ve geniş bir topluluk tarafından tanındığı için sanatsal ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından özünü oluşturan alanda değerlendirilebilmiştir. Esere bu statüyü veren geniş topluluk da aslında okurlardan çok gerçekten de sanat dünyasıdır. Çünkü Mahkeme özel olarak bu değeri ortaya koymak adına sanat dünyasından bir otorite göstermek istemiştir. *La Pléaide* koleksiyonuna yapılan atıf işte bu kapsamda değerlendirilince aslında Mahkemenin varmaya çalıştığı nokta kanaatimizce daha berrak bir şekilde görülmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşımın elitist bir yanı elbette vardır, ancak bu yaklaşım günümüz sanat anlayışına maalesef yabancı olmayan bir yaklaşımdır. Demokratik olmasa dahi günümüz sanat anlayışının aslında sorunu olarak görülebilecek bir bakışı yansıtmaktadır. Eser, içeriği veya kalitesinden çok ona belli bir çevrenin atfettiği değer yüzünden özel bir koruma altına alınmıştır. Topukçu'nun da belirttiği üzere aynı içerikteki bir eser bugün yazılmış olsaydı, aynı korumaya sahip olması için maalesef senelerin geçmesi gerekecekti⁵⁰⁰. Aynı doğrultuda Ruet'nin vurguladığı gibi *Otto Preminger Institut* kararına konu olan *Das Liebeskonzil* filmi de bu korumadan faydalanamazdı. Bu nedenle *Akdaş* kararı sanatsal ifade özgürlüğünün korunması açısından önemli bir ilerleme olsa da sanatsal ifadeye ahlakı koruma amacıyla yapılan kısıtlamalara karşı yeterince kapsamlı bir korumanın temelini atamamaktadır.

⁵⁰⁰ Topukçu, **op. cit.**, s. 578.

AİHM'nin daha yakın tarihli *Kaos GL/Türkiye* kararı ise sanatsal ifade özgürlüğünün ahlakın korunması amacı karşısında kapsamlı bir korumaya sahip olması için daha umut verici bir karardır. Bir LGBTİ derneği olan Kaos GL'nin çıkardığı aynı adlı derginin 28. sayısı “Cinselliğin görselliği, görselliğin cinselliği: Pornografi” temasına ayrılmıştır. Derginin bu sayısı, daha dağıtımına çıkmadan savcının talebi üzerine, içindeki bazı yazılar ve resimler nedeniyle genel ahlaki koruma amacıyla toplatılmıştır. Derginin yayın yönetmeni Umut Güner ise başta Taner Ceylan'ın yazısı ve bu yazıya eşlik eden “Taner Taner”⁵⁰¹ resmi nedeniyle müstehcenlik suçundan yargılanmış ancak dergi dağıtımına çıkmadan toplandığından suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat etmiştir⁵⁰².

AİHM kararda derginin toplatılmasını⁵⁰³ özel olarak sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadı kapsamında incelemiştir⁵⁰⁴. Bunun sebebi, her ne kadar toplama kararı derginin tamamını etkilese de toplamanın gerekçesinde karara etki eden en önemli unsurun Taner Ceylan'ın “Taner Taner” tablosu olmasıdır⁵⁰⁵. Tabloda ressamın kendi ile cinsel ilişkiye girdiği resmedilmektedir.

İnsan Hakları Mahkemesi, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelerken üç hususu ön plana çıkarmıştır: İlki, hakimin toplama kararına ilişkin gerekçesinden toplamanın neye dayanılarak gerçekleştirildiğinin anlaşılmasındır⁵⁰⁶. AİHM ahlakın korunmasına ilişkin verdiği kararlarda takdir marjını geniş tutsa dahi özel olarak ulusal mahkemelerin yeterince makul bir gerekçelendirme yapıp yapmadığını incelemektedir. Çoğu zaman Mahkemenin takdir marjını geniş tuttuğu durumlarda yaptığı denetim bundan ibarettir. Dolayısıyla Mahkemenin bu karardaki bu denetimi, olağan içtihadından sapma göstermemektedir. Mahkemenin buna dayanarak ihlal kararı vermesi şaşırtıcı değildir. Fakat AİHM, böylesi bir gerekçe bile yeterli olabilecekken incelemesine devam etmiştir. Kararın önemli noktası da bu kısmıdır. Mahkeme derginin içeriğinin

⁵⁰¹ Tablo için bkz. Taner Ceylan Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tanerceylan.com/media/dtanertaner.jpg> (Erişim tarihi: 31.07.2017).

⁵⁰² Kaos GL/Türkiye, p. 6-18.

⁵⁰³ Umut Güner'in ceza davasına yönelik iddialar, başvuruyu dernek yaptığı için kişi bakımından kabul edilemez bulunmuş ve esas bakımından incelenmemiştir. Bkz. Kaos GL/Türkiye, p. 25-28.

⁵⁰⁴ Kaos GL/Türkiye, p. 47-49.

⁵⁰⁵ Kaos GL/Türkiye, p. 30.

⁵⁰⁶ Kaos GL/Türkiye, p. 57-58.

ve özellikle Ceylan'ın tablosunun toplumun bir kesimi için şoke edici olabileceğini kabul etmekle birlikte, başvuruçuların derginin özel olarak LGBT topluluğuna hitap ettiğine dair savını yerinde bulmuştur. Ancak Mahkemeye göre yine de küçüklerin korunması adına bazı önlemlerin alınması mümkündür. Mahkeme bunu belirttiikten sonra bugüne dek benzer kararlarda yaptığından dışında bir yöntem izleyerek, küçüklerin erişiminin engellenmesi için uygulanabilecek daha az sınırlayıcı bir önlemin olduğunu söylemiş ve bazı örnekler vermiştir: 18 yaş altına satma yasağı, derginin 18 yaş sınırını belirten özel ambalajla satılması veya en fazla derginin satımdan kaldırılması ancak abonelere ulaşımın mümkün kılınması. Mahkeme aynı zamanda derginin tüm basılı örneklerine beş yıl yedi ay boyunca el konulmasını da ölçüsüz bulmuştur⁵⁰⁷.

Mahkemenin burada yaptığı inceleme, ne anlama geldiğini açıkça belirtmemiş olsa dahi, önemlidir. Çünkü Mahkeme ahlakın korunması ile sanatsal ifade özgürlüğünü dengelediği kararların aksine burada devletin takdir marjını geniş tutmamıştır. Letsas'ın ikili yaklaşımını benimseyecek olursak, burada yapısal takdir marjının kesinlikle geniş olmadığı söylenebilir. Zira karar sadece yerel mahkemenin kararının gerekçesiz olmasını tespitle yetinmemiştir⁵⁰⁸. Somut olayın esasına girmiş, hatta ulusal makamların bu olayda alması gereken önlemlerin ne olabileceğine kadar ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapmıştır. Bu nedenle yapısal anlamda takdir payının tamamen ortadan kalktığı söylenebilir. Ayrıca Mahkeme ölçülülük denetimi yaparken de ulusal makamlara geniş bir sınırlama yetkisi vermemiştir. Örneğin *Wingrove* kararının aksine sadece abonelere gönderme yapılmasının engellenemeyeceğini belirtmiştir. Oysaki tıpkı *Wingrove*'da olduğu gibi bugünkü iletişim teknolojilerinin yaygınlığı düşünülecek olursa derginin taranması ve internetten küçükler tarafından ulaşılabilmesi de mümkündür. Ancak Mahkeme böylesi bir muhakemeyi tercih etmemiştir. Tam da bu nedenle *Akdaş*'ın aksine, *Kaos GL* kararının bir içtihat değişikliğinin sinyali olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü Mahkeme dergi içeriğinin hassas olduğunu kabul etmekle birlikte ayrıntılı bir denetim yapmış ve öngörülen amaçla benimsenen aracın arasındaki dengenin, yani

⁵⁰⁷ Kaos GL/Türkiye, p. 59-62.

⁵⁰⁸ AİHM'nin devlete geniş takdir marjı tanıdığına yaptığı denetimin, ulusal mahkeme kararının gerekçesinin yeterince makul olup olmadığına dair bir inceleme ile sınırlı olduğu yönünde bkz. Kratochvil, **op. cit.**, s. 350.

ölçülülüğün de sınırlarını açıkça çizmiş ve sanatsal ifade özgürlüğünü koruyan bir tutum benimsemiştir.

Elbette ki olaydaki bağlamın LGBTİ haklarına ilişkin olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Mahkeme bu konuda son yıllarda hem 10. madde hem de ifade özgürlüğü ile sıkı bir ilişki içinde olduğunu Mahkemenin de kabul ettiği 11. maddeyle⁵⁰⁹ ilgili olarak LGBTİ haklarını koruyucu ve bu bağlamda ahlakın korunması amacına dair daha ayrıntılı bir denetim yapan ve hakları daha fazla koruyan bir yaklaşım benimsemektedir⁵¹⁰. Bu yaklaşım özellikle takdir marjı doktrinine yöneltilen azınlık haklarını korunmasız bıraktığı eleştirisi dikkate alındığında oldukça yerindedir. Fakat Mahkemenin bu yaklaşımının LGBTİ bağlamıyla sınırlı olup olmadığını ancak zaman gösterecektir. Her şekilde, *Akdaş* ve *Kaos GL* kararları ışığında, devletlerin ahlakın korunması amacıyla sanatsal ifadeyi kısıtlamaları durumunda, onlara tanınan takdir payı *Müller ve diğerleri* kararında olduğu kadar geniş değildir. Zaten takdir payı seneler içinde konsensüs oluştukça da daralabilmektedir⁵¹¹. O halde, Mahkemenin en azından Avrupa edebi eserlerine ve LGBTİ'lere ilişkin konularda daha özgürlükçü bir yaklaşım benimsediği ve bu kapsamdaki sanat eserlerine daha geniş bir koruma sağladığı tespit edilebilir.

2. Mülkiyet Hakkı ile Çatışan Sanatsal İfade

Çalışmanın önceki bölümlerinde sanatsal ifade özgürlüğüyle mülkiyet hakkının özellikle fikri mülkiyet hukuku nedeniyle ilişki içinde olduğunu; sanat eserini yaratanların, yayımına katılanların ifade özgürlüğünün yanında mülkiyet hakkının korumasından da faydalanacağı durumların ortaya çıktığını söylemiştik⁵¹². Zaten bu durumda, bir çatışma değil sadece hakların yarışması vardır. Oysa bu bölümde ise AİHM kararları ile sınırlı olarak sanatsal ifade özgürlüğünün başta fikri mülkiyet hakkı olmak üzere mülkiyet hakkı ile karşı karşıya geldiği durumları inceleyeceğiz.

⁵⁰⁹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Harvey/ Laffert/ Cumper/ Arai/ Green, **op. cit.**, s. 711. Genel olarak düşünce özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Esra Atalay, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 11-17.

⁵¹⁰ AİHM, *Alekseyev/Rusya* (4916/07, 25924/08,14599/09), 21.10.2010; AİHM, *Bayev ve diğerleri/Rusya* (67667/09, 44092/12, 56717/12), 20.07.2017.

⁵¹¹ Paul Contreras, "National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights", **Northwestern Journal Of International Human Rights**, C. 11, S.1, 2012, s. 52-53.

⁵¹² Bkz. II. B. 1. a.

Fikri mülkiyet hukuku⁵¹³ eserin yaratıcısına, eserin yaratıcısının eser üzerinde verdiği emek ve eser ile arasındaki kişisel ilişki nedeniyle hem mali hem de manevi haklar tanır⁵¹⁴. Bu hakların yapısı gereği hak sahibi, eserin kullanımına ilişkin kısıtlamalar getirme yetkisine sahip olur. Böylece fikri mülkiyet hakları uyarınca, eser sahibi, bir eseri kullanarak başka sanat eserleri üretmek veya bir sanat eserini izlemek, görmek, dinlemek isteyenlerin bu yöndeki menfaatlerine kısıtlamalar getirilebilir ve bu kısıtlamaların ihlali tedbir ve tazminat ile sonuçlanabilir⁵¹⁵. Bu kısıtlamalar elbette ki çok çeşitlidir⁵¹⁶. Bu nedenle ifade özgürlüğünün önünde engel teşkil edecek şekilde yorumlanabilir ve sanatsal ifade özgürlüğü, başkasının haklarının korunması amacı çerçevesinde, fikri mülkiyetin korunması amacıyla sınırlanabilir. Bu çalışma kapsamında ise konunun sınırı uyarınca, sanatsal ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyetin çatışabileceği durumlar arasından sadece AİHM kararlarına konu olanlar incelenecektir (a).

Bunun yanında, sanatsal ifade özgürlüğünün maddi nesnelere (*res corporales*) üzerindeki mülkiyet hakkı ile çatışması da mümkündür. Çünkü sanat, özellikle de görsel sanatlar, sanatın icra edileceği mekan, plastik sanatlar ise sanatın icra edileceği bir fon gerektirir. İşte bu gereksinim sanatın kalıpları kırıncı özelliğinin etkisiyle bazen mülkiyet hakkının sınırlarının denendiği bir noktaya ulaşabilmektedir. Çünkü sanatçı mekan olarak kamuya açık bir özel mülkiyeti, eser fonu olarak da bir binayı seçebilir. AİHM önüne de bu çatışma, verdiğimiz örneklerde olduğu gibi hep taşınmaz mallarla ilgili olarak geldiğinden, biz de bu doğrultuda sanatsal ifade özgürlüğü açısından taşınmaz eşyanın durumunu inceleyeceğiz (b).

⁵¹³ Bu kavramı genel anlamda “intellectual property” kavramına denk gelecek şekilde kullanmaktayız. Bu kavram, sadece fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakları değil, patentleri, endüstriyel tasarımları, faydalı modelleri, markaları, coğrafi ad ve işaretleri, ticari unvanları ve diğer ad ve işaretleri, dijital iletişimleri ve çipleri de kapsar. Bkz. Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ocak 2012, s. 3-4.

⁵¹⁴ Konumuzla daha doğrudan ilgili olması açısından sanat eserlerine ilişkin Türk hukukunda eser sahiplerine tanınan bu hakların bir listesini vermek gerektiğini düşünüyorum. Bu hakları şunlardır. Manevi haklar: umuma arz, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, eser sahibinin malik ve zilyede karşı hakları. Mali haklar: İşleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı. pay alma (izleme) hakkı. Bu haklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **op. cit.**, s. 160-200.

⁵¹⁵ **Ibid.**, s. 7-8.

⁵¹⁶ Örneğin FSEK m. 14’te düzenlenen manevi haklardan olan umuma arz hakkı, bir eserin ne zaman ve nasıl yayınlanacağını belirleme yetkisini eser sahibine verirken, bunun ihlali halinde eser sahibinin tazminat talep edebileceğini de düzenlemiştir. Bkz. **Ibid.**, s. 164-168.

a. Yeni Bir Çatışma Alanı: Fikri Mülkiyetin Dayattığı Sınırlar

Fikri mülkiyet hakkı bugün bir temel hak olarak korunur hale gelmiştir. Belirttiğimiz gibi AİHM bu hakkı Ek Protokol'ün 1. maddesi ile mülkiyet hakkı kapsamında koruma altına almaktadır. Fikri haklar ile ifade özgürlüğü hakkının çatışmasını ise bu hakların tarihi kökeninde daha farklı bir açıdan görmek mümkündür. İngiltere'de Matbaacılar Birliği'nin sicilinde her matbaanın hangi kitabı basma hakkı olduğunun kayıt altında tutulmasıyla ortaya çıkan düzen, monarkın da hangi kitabın basılacağına kontrolünü bu Birliğe vermesiyle birlikte bir sansür aracına dönüşmüştür. Yaşanan sorunlar üzerine Anne Kanunu (*Statute of Anne*) çıkarılarak bugünkü anlamda ve doğrudan bir sansür mekanizması içermeyen bir telif hakkı anlayışına geçilmiştir⁵¹⁷. Bu nedenle Anglosakson doktrininde ifade özgürlüğü ile fikri hakların teorik olarak çatışmasının şaşırtıcı olmadığı ifade edilmektedir⁵¹⁸.

Fakat bunun aksine Fransız doktrininde, fikri hakların Aydınlanma Çağı'nda ortaya çıkışında, sanatçıların kendi yaratıcılıklarının maddi kaynağını kendi eserlerinden oluşturarak devletin ve aristokrasinin hakimiyetinden kurtulma amacı olduğu ifade edilmektedir. Böylece sanatçı ekonomik bağımsızlığıyla birlikte entelektüel bağımsızlığını da güvence altına alabilecektir⁵¹⁹. Bu yönüyle yaklaşacak olursak fikri mülkiyet, ESKHS'nin 15. maddesinde yer alan sanatçının eserinden kaynaklı maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkıyla da aynı mantığı paylaşmaktadır. Nitekim doktrinde, yaratıcının hakkının bir insan hakkı olarak benimsenmesi gerektiğini ve fikri mülkiyet haklarına bu perspektiften bakılmasını savunanlar mevcuttur⁵²⁰.

Fakat bugün bu korumanın kaynağı olarak sadece yukarıda belirttiğimiz ifade özgürlüğü fikri mülkiyet ilişkisini görmemiz mümkün değildir. Zira bu kapsamda

⁵¹⁷ Pamela Samuelson, "Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective", **Journal of Intellectual Property Law**, C. 10, 2003, s. 323-324.

⁵¹⁸ Paul Goldstein, "Copyright and First Amendment", **Columbia Law Review**, C. 70, S. 6, Haziran 1970, s. 984.

⁵¹⁹ Christophe Geiger, "Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)", **Recueil Dalloz**, 2005, s. 2684-2686.

⁵²⁰ Graeme W. Austin, "Authors' Human Rights and Copyright Policy", **Columbia Journal of Law & The Arts**, C. 40, S. 4, 2017, s. 405-429.

sadece bilimsel veya sanatsal yaratım değil marka hakları da koruma bulmaktadır⁵²¹. Üstelik, eser sahipliğinin getirdiği mali haklardan sadece eseri yaratan kişiler değil, örneğin Türk hukukunda olduğu üzere işveren sıfatıyla veya sözleşme ile elde eden tüzel kişiler, örneğin şirketler de yararlanabilmektedir⁵²². Bu değişimin sebebi yaşanan ekonomik gelişmelerdir. Bilgi ve sanat, piyasası olan, alınıp satılabilir, sahip olunabilir ekonomik değerler haline gelmiştir. Giderek maddileşen ve kökenindeki amaçtan uzaklaşan fikri mülkiyet koruması da ifade özgürlüğüne daha yabancı hale gelmiştir. Bunun yanında internetin sağladığı, hukukunsa hazırlıksız yakalandığı paylaşım imkanları, bilgiye erişim hakkını da kapsayan ifade özgürlüğünün, fikri mülkiyet haklarıyla daha sık çatışmasına neden olmuştur⁵²³.

Bu çatışmanın varlığı elbette ki hem ifade özgürlüğünün hem de ifade özgürlüğüne müdahale kavramının geniş bir yorumu benimsenirse mümkündür. Biz bu çalışmada yukarıda belirttiğimiz gibi ifade özgürlüğünün kapsamını geniş yorumladığımız için, fikri mülkiyetin ifade özgürlüğüne getirilmiş bir sınır olduğunu kabul ediyoruz. Örneğin, yazarın haklarıyla sınırlı olarak fikri mülkiyetin uzun vadede sanatsal yaratıcılığı teşvik etse dahi başkalarının ifade özgürlüğü açısından bir müdahale olduğunu kabul etmemiz gerekir. Ancak bu müdahalenin başkalarının haklarını korumak için demokratik toplumda gerekli bir müdahale olarak görülmesi elbette ki mümkündür⁵²⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun *France 2/Fransa* kararında France 2 adlı televizyon kanalında *Champs-Élysées* Tiyatrosu'nun restorasyon çalışmalarına ilişkin bir görüntü yayınlanırken kamera durmuş ve ressam Edouard Vuillard'ın yaptığı duvar freskleri toplam kırk dokuz saniye kadar ekranda kalmıştır. Bunun üzerine Vuillard'ın açtığı davada, yayınlanan

⁵²¹ Joanna Schmidt-Szalewski, "Propriété intellectuelle et droits fondamentaux", **Revue trimestrielle de droit européen**, S. 3, 2008, s. 406-407.

⁵²² Mustafa Ateş, **Fikri Hukukta Eser Sahipliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, Şubat 2012, s. 295-296, 299-330. AB mevzuatı kural olarak gerçek kişilerin eser sahibi olacağını düzenlemişse de mali haklar açısından istisnalar tanınabileceğini belirtmektedir. Alman hukukunda ise iş ilişkisi kapsamında yaratılan eserlerde de işveren bu haklara sahip olmaz. Fakat çalışanın bu hakların kullanımına dair lisans verme borcu altında olduğu kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda ise *work for hire* sistemi öngören *1976 Copyright Act* uyarınca sipariş eserlerin ve istihdam ilişkisi içinde yaratılan eserlerin eser sahipliğinin doğrudan tüzel kişilere ait olması mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla her hukuk sisteminde farklı ölçüde olsa da tüzel kişilerin eser sahipliğine dair bazı yetkileri kullanması mümkün kılınmaktadır. Bu konuya ilişkin hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukuku açısından ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Gül Okutan Nilsson, "Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahipliği Sorunu", **Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Haziran 2008, s.496-500.

⁵²³ Geiger, **op. cit.**, s. 2685-2687.

⁵²⁴ Robert Danay, "Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-To-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom", **Yale Journal of Law and Technology**, C. 8, S. 1, 2006 (<https://ssrn.com/abstract=847905>- Erişim tarihi: 14.08.2017).

programda Vuillard'ın eserinin tüm hatları saniyelerce görüldüğü için bunun kanunun fikri hakların istisnalarından biri olarak belirlendiği kısa alıntı olarak görülemeyeceği gerekçesiyle, *France 2* kanalının Vuillard'a 12000 Fransız Frangı tazminat ödemesine hükmedilmiştir⁵²⁵. Komisyon ise bu kararda *France 2* kanalının ifade özgürlüğüne müdahalenin var olduğunu belirtmiş ve meşru amacın da başkalarının hakkının korunması olduğunu söylemiştir. Ancak Mahkeme açısından sorun devletlerin takdir marjı içinde kalan bir yorum sorunudur. Mahkeme burada ifade özgürlüğü ile fikri haklar arasında bir denge kurmak için geliştirilmiş bir kavram olan “kısa alıntı” kavramının yorumuna dair Sözleşme’de tanınan ifade özgürlüğünün bir zorunluluk doğurmadığını belirtmiştir. Sınırın nereden çizileceği, çözümü devletlere kalmış olan bir sorundur. Fakat bununla birlikte Komisyon, devletlerin bu iki hak arasında genel olarak denge gösterme yükümlülüğü olup olmadığına dair bir analiz de yapmamıştır.

Öte yandan, çoğu ülke hukukunda da bu tür istisnalar mevcuttur. Örneğin Türk hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 35. maddesi iktibasları düzenlemiş ve tıpkı bu olayda olduğu gibi iktibas küçük ve büyük olarak ikiye ayırmıştır⁵²⁶. Benzer şekilde, ABD sisteminde “*fair use*” (adil kullanım) telif hakkı korumasının bir sınırını teşkil etmektedir⁵²⁷. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi de bu istisnanın fikri hakka mündemiç olarak ifade özgürlüğüyle denge sağlayan bir mekanizma olduğunu söylemiştir⁵²⁸. Aynı şekilde Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’nün (WIPO) çatısı altında hazırlanan ve bu konudaki en temel uluslararası belgelerden biri olan Fikri ve Edebi Eserlerin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’nin 10. maddesi de yine kısa alıntıyı eserin serbest kullanımını kapsamında düzenlemiştir.

AİHM bu Komisyon kararından on altı sene sonra ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyetin çatıştığı iki karara imza atmıştır. Bunlardan ilki *Ashby Donald ve diğerleri/Fransa* kararıdır. Karara konu olan olayda başvuruculardan Olivier Claisse katıldığı moda defilesinde çektiği fotoğrafları ilgili modaevlerinin izni olmadan ABD moda şirketi *Viewfinder*’a göndermiştir. Bu şirketin sahipleri de diğer iki

⁵²⁵ AİHK, Société National de Programmes FRANCE 2/Fransa (30262/96, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 15.01.1997.

⁵²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **op.cit.**, s. 204-205.

⁵²⁷ Joseph P. Bauer, “Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies?”, **Washington & Lee Law Review**, C. 67, 2010, s. 852.

⁵²⁸ ABD Yüksek Mahkemesi, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), 221.

başvurucudur. Başvurucular hakkında telif hakkı ihlali nedeniyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesinde beraat eden başvurucuların hakkında istinaf mahkemesi para cezasına (ilk iki başvurucu için 8000, üçüncü başvurucu için 3000 avro) ve toplam 15000 avro tazminata hükmetmiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır⁵²⁹.

Diğer karar ise yukarıda da değindiğimiz “*The Pirate Bay*” kararı olarak da bilinen *Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç* kararıdır. Bu kararda ise yukarıda anlatıldığı üzere⁵³⁰ başvurucular, *The Pirate Bay* adlı internet sitesinin yönetiminde görev almışlar, bu nedenle haklarında açılan davalar sonucunda ilk başvurucu hakkında on, ikinci başvurucu hakkında sekiz ay hapis cezasına ve toplam 5 milyon avro tazminata hükmedilmiştir.

AİHM her iki kararda da ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkemenin izlediği yol açısından bazı ortaklıklar tespit edilebilir. Mahkeme iki davada da açıkça ifade özgürlüğü ile Ek Protokol’ün 1. maddesi kapsamında korunan mülkiyet hakkının dengelenmesi sorunuyla karşı karşıya olduğunu belirtmiştir⁵³¹. *Ashby Donald* kararında Mahkeme takdir marjını belirlerken, daha önce de belirttiğimiz gibi, ifadenin türünün önemli olduğuna dikkat çekmiştir. Bu olayda ise çekilen fotoğraflar kar amaçlı olarak ilgili şirket tarafından satılmak için internet sitesine konulmuştur. Dolayısıyla ne sanatsal ne de politik, fakat ticari bir ifade söz konusudur. Hem mülkiyet hakkının dengelenmesi hem de ifadenin ticari niteliği Mahkeme için devletlerin takdir marjının geniş olmasının temel sebebidir. Mahkeme bu unsurları göz önünde bulundurarak eser sahiplerinin izni olmaksızın bu fotoğrafların paylaşılmış olmasının, başvurucuların ifade özgürlüğü hakkına getirilen bu kısıtlamanın Sözleşme’ye uygun bulunması için yeterli olduğuna kanaat getirmiştir. Verilen ceza ve tazminatın da orantısız olduğuna dair bir ibare yoktur. *Neij ve Sunde Kolmisoppi* kararında ise sitenin ticari bir kâr kaynağı olarak da kullanılmasına değinmemiştir⁵³². Bununla birlikte *Ashby Donald* kararından farklı

⁵²⁹ AİHM, *Ashby Donald ve diğerleri/Fransa* (36769/08), 10.01.2013, p. 4-16.

⁵³⁰ Bkz. II. B. 1. a.

⁵³¹ Christophe Geiger/ Elena Izyumenko, “Copyright on the Human Rights’ Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, C. 45, S. 3, Mayıs 2014, s. 322.

⁵³² Geiger/ Izyumenko, **op. cit.** s. 321.

olarak devletin fikri mülkiyeti korumak için pozitif yükümlülüklerinin de olduğuna özel olarak dikkat çekmiştir⁵³³.

Bu iki karara sanatsal ifade özgürlüğü ile sınırlı ilişkisi nedeniyle temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Öncelikle sanatsal ifade ile daha ilgili olan *Neij ve Sunde Kolmisoppi* kararına eğilecek olursak, bu karar özellikle internet ortamında yapılan paylaşımlar açısından Mahkemenin yaklaşımına dair önemli ipuçları verir. *The Pirate Bay* sitesinin aracılığıyla ulaşılan torrent sitelerinde sadece sanat eserleri değil her türlü dijital veri paylaşılabilir. Ancak çoğu zaman müzik, film ve dizi de bu siteler üzerinden indirildiğinden bu kararın dolaylı olarak sanat eserlerinin internet üzerinden erişimi hakkında da yol gösterdiğini söyleyebiliriz. O halde Mahkeme bu konuda mülkiyet hakkı çerçevesinde eser sahibinin haklarının ön plana çıkmasını Sözleşme'ye uygun bulmakla birlikte bu hususta devletlerin pozitif yükümlülüğü dahi olduğunu belirttiğine göre, sanatsal ifade özgürlüğünün internet üzerinde eser sahiplerinin haklarını ihlal ederek sanat eserlerine erişmek için bir gerekçe olamayacağını söyleyebiliriz. Bu karardaki ilke sadece bu eserin paylaşılmasına ilişkin değil, eseri edinenler için de geçerli olmalıdır çünkü Mahkemenin analizi *Ashby Donald*'dan farklı olarak ifadenin biçimine veya içeriğine hiçbir gönderme yapmadan sadece devletin mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğünü vurgulamaktan ibarettir. Ancak elbette ki kişilerin maruz kalacağı yaptırımlar, izlenen amaçla orantılı olmalıdır. Kararda, tekrar edilen uyarılar nedeniyle verilen yüksek cezanın orantılı olduğu vurgulandığına göre internet üzerinden fikri hakları ihlal ederek eserlere erişen kişilerin maruz kalacağı yaptırımlar için de benzer bir uyarı mekanizmasının getirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Nitekim örnek olarak Fransa uygulamasında da hak sahiplerinin telif haklarını ihlal ederek internet üzerinden dosya indiren kişilere önce bir ihtar çekilmekte, ancak bunun arkasından bu eylemi tekrar ederse idari yaptırım uygulanmaktadır⁵³⁴. Kanaatimizce AİHM'nin analizinden hareketle böyle bir uygulamanın Sözleşme'nin ruhuyla daha uyumlu olduğu söylenebilir.

Ashby Donald kararı ise sanatsal ifade özgürlüğü açısından bir soru işareti yaratmaktadır. Mahkemenin kararda dikkate aldığı ve takdir marjını geniş tutmasına neden olan unsurlardan biri ifadeyi ticari olarak nitelendirmesi olduğuna göre, aynı

⁵³³ Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç, s. 11.

⁵³⁴ Pierre Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 3. Baskı, Paris: Dalloz, Ocak 2016, s. 203

ifade sanatsal olsaydı aynı sonuca ulaşılır mıydı?⁵³⁵ Kanaatimizce bu soruya kesin bir cevap vermek zordur. Ancak şu ana dek incelediğimiz kararlardan gördüğümüz üzere Mahkeme sanatsal ifade konusunda devletlere tanıdığı takdir marjını giderek azaltmaktadır. Dolayısıyla, Mahkemenin bu doğrultuda fikri haklarla sanatsal ifade özgürlüğünü dengelerken sanatsal ifade özgürlüğüne ticari ifadelere nazaran daha fazla koruma sağlayacağı söylenebilir. Hele ki bu sanatsal ifade politik sanat olarak kamusal tartışmaya katkıda bulunuyorsa, Mahkemenin ifade özgürlüğü ile demokrasi arasında kurduğu bağlantının ışığında daha fazla korunacaktır⁵³⁶.

Bizce burada AİHM'nin özellikle dikkat etmesi gereken husus, tıpkı ticari ifadeleri ifade özgürlüğü açısından ayrı bir kefeye koyduğu gibi, fikri mülkiyet açısından da marka gibi ticari amaçlarla korunan değerlerle sanat eserlerini koruyan telif hakları arasında bir ayırım yapmaktır. Bunun yolu da fikri mülkiyet korumasının yaratıcı kişinin eserinden kaynaklı maddi ve manevi menfaatlerini koruma hakkı kapsamında yorumlanmasıdır. Böylesi bir bakış açısı sanatsal ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyet korumasının sanatın kültürel yönü göz önünde tutularak dengelenebilmesini sağlayacaktır. Böylece, fikri mülkiyet hakkı basit bir ticari menfaat değil, kültürü ve yaratıcının haklarını koruyucu bir araç haline gelebilecektir⁵³⁷.

b. Taşınmaz Eşyanın Statüsü

Öncelikle başlıktaki ifadeyi açıklamakla başlamamız gerekiyor. Başlıkta mülkiyet ibaresinin yerine taşınmaz mallar ifadesinin tercih edilmesi bir tesadüf değildir. Zira bu başlıkta inceleyeceğimiz kararlardan hepsi mülkiyet hakkı ile ifade özgürlüğünün çatışmasına ilişkin değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere buradaki esas sorun sanat eserinin meydana gelebilmesi için kullanılacak ortamın bir taşınmaz eşyayla ilişki içinde olması durumunda izlenecek yoldur. Söz konusu eşya her zaman özel mülkiyete tabi olmayabilir. Bu nedenle başlıkta taşınmaz eşya sözcüğü tercih edilmiştir. Ancak görüleceği üzere aslında Mahkemenin yaklaşımı bu durumlar arasında ciddi bir farklılık göstermemektedir.

⁵³⁵ Geiger/ Izyumenko, **op. cit.** s. 325-328

⁵³⁶ Sanatsal olmayan fakat politik ve kamuyu ilgilendiren hususlar hakkında da benzer bir sonucun doğması gerektiğini savunan görüş için bkz. Geiger/ Izyumenko, **op. cit.** s. 325-330.

⁵³⁷ Aynı yönde bkz. Austin, **op. cit.**, s. 418-421.

Ne ilginçtir ki içtihatteki sanatsal ifadeye ilişkin ilk kararlardan biri mülkiyet hakkı ile sanatsal ifadenin çatışmasına ilişkindir⁵³⁸. Karar, Komisyon'un verdiği bir kabul edilemezlik kararıdır⁵³⁹. Karara konu olan olayda başvuru Zürih'te birçok binanın üstüne grafiti yaptığı için dokuz ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Komisyon'a hem 7. hem de 10. maddenin ihlali iddiasıyla başvuran başvurunun 10. maddeye ilişkin iddiası kabul edilemez bulunmuştur. Komisyon bu kararda sanatsal ifadenin 10. madde kapsamında korunup korunmadığı sorusunu cevapsız bırakmayı tercih etmiş; ancak her şekilde olayda hem mülkiyet hakkının hem de kamu düzeninin korunması söz konusu olduğu için kabul edilemezlik kararı vermiştir⁵⁴⁰. O halde içtihadın sanatsal ifade karşısında taşınmazlar açısından da mülkiyet hakkını korumak yönünde bir eğilimi olduğu ilk bakışta kolaylıkla söylenebilir. Bunun dışında Komisyon olayda bir kamu düzeni meselesi de görmüştür. Demek ki, binaların görüntüsü kamu düzenine konu olabilmekte, yerleşim yerlerindeki estetiğin korunması, kamu düzeni kapsamında bir menfaat olarak sanatsal ifade özgürlüğüne karşı ileri sürülebilmektedir.

Taşınmazların imar mevzuatı kapsamında kamu düzeni ile olan ilişkisi nedeniyle sanatsal ifade özgürlüğüne yapılan sınırlama AİHM önüne *Ehrmann ve SCI VHI/Fransa* başvurusu ile yeniden gelmiştir⁵⁴¹. Başvuruya konu olan olayda sanatçı Thierry Ehrmann'ın girişimiyle Saint-Romain Mont d'Or'da "*Demeure du Chaos*" (Kaos Evi) adıyla bir müze ve sanatçı evi açılmıştır. Bu müzenin yapımında "*Domaine de la Source*" adı verilen yerleşkenin binası ve dış cephe duvarı resimlerle donatılmıştır. Bu yerleşke ise tarihi bir yapı olan Saint-Romain Mont d'Or kilisesinden görülebilmektedir. Bu nedenle başvuru hakkında, tarihi anıt olarak kabul edilen bir yapıdan görünebilen bir inşa faaliyetini idareden izin almaksızın gerçekleştirdiği için soruşturma başlatılmıştır. Uzun bir dava süreci sonucunda başvuru Ehrmann 30000 avro para cezasına çarptırılmış, binanın da dış duvarlarının eski haline getirilmesine hükmedilmiştir⁵⁴².

⁵³⁸ Topukçu, *op. cit.*, s. 573.

⁵³⁹ AİHK, N./İsviçre (9870/82, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 13.10.1983.

⁵⁴⁰ N./İsviçre, p. 2.

⁵⁴¹ AİHM, Ehrmann ve SCI VHI/Fransa (2777/10, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 07.06.2011.

⁵⁴² Ehrmann ve SCI VHI/Fransa, s. 2-7.

AİHM, getirilen sınırlamanın kamu düzeninin korunması amacıyla yapıldığına karar vermiştir. Sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelerken ulusal mahkemelerin getirdiği sınırlamanın sadece dış duvarlara ilişkin olması nedeniyle makul olduğunu, üstelik sınırlamanın sadece inşaat izni almaktan ibaret olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre, ulusal mahkemelerin eserin sanatsal niteliğini özel olarak dikkate almamış olması ihlal gerekçesi olamaz; çünkü verilen karar sadece dış görünüşü etkileyen kısımlarla ilgilidir ve ölçülüdür. Eski hale iadeye ilişkin verilen karar da yine sadece dış görünüşü etkileyen yerlere dair olması nedeniyle ölçülülük kapsamında Sözleşme'ye uygun bulunurken başvurucunun başvurusu açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. Mahkeme ayrıca verilen para cezasını tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin ölçülü bulmuştur⁵⁴³.

Mahkemenin bu olayda sanatsal ifadeyi özel olarak dikkate almadığı, eserin bir kısmının yıkılmasının nasıl bir etki yaratacağını incelemeyeceği, ayrıca hem bir müze hem de sanatçı evi olan bu yere yapılan müdahalenin o şehirdeki sanatsal hayata etkisini hesaba katmadığı görülmektedir. Bu nedenle AİHM'nin sanatsal ifadeyi önemsemeyen bir değerlendirme yaptığı açıktır⁵⁴⁴. Maalesef *N./İsviçre* kararından beri yirmi sekiz sene geçmesine rağmen, Mahkeme sanatsal ifade özgürlüğü ile imara ve kültürel varlıkların korunmasına dair kamu düzeni arasında bir denge kurmaya çalışırken, sanat eserinin yaptığı katkıyı dikkate almamaktadır. Mahkeme hâlâ devletlere bu yöndeki kamu düzenini belirlemek ve önlem almak konusunda geniş bir takdir payı bırakmaktadır⁵⁴⁵. Oysa tıpkı ahlak anlayışına dair yapılan dayatma bir çoğulculuk sorunu olduğu gibi imara dair de aynı tespit yapılabilir. İkisi de modern anlayışa göre kolluk yetkisinin bir görünümüdür⁵⁴⁶. Devletin imar düzeni ve kültürel varlıkların korunması amacıyla kişilerin hakkını kısıtlamasının mümkün olduğu elbette tartışma dışıdır. Ancak yapılan inşaatın sıradan bir apartman olmasıyla, bir sanat eseri olması arasında da bir fark olmalıdır. Bu iddia açıkça dayanaktan yoksun bulunacak kadar Sözleşme ve insan hakları hukuku mantığına aykırı değildir. Kanaatimizce, dayanaktan yoksun olan Mahkemenin yaklaşımıdır.

⁵⁴³ Ehrmann ve SCI VHI/Fransa, s. 11-15.

⁵⁴⁴ Polymenopoulou, **op. cit.**, s.534.

⁵⁴⁵ François Guy Trébulle, "Droit de l'environnement: août 2010- août 2011", **Recueil Dalloz**, 2011, s. 2694-2695.

⁵⁴⁶ Kolluğun unsurları geleneksel olarak, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı olsa da modern anlayış, genel ahlâkı, kamusal estetiği ve insan onurunu da kolluk kapsamında değerlendirmektedir. Bkz., Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Bursa: Ekin, Ağustos 2016, s. 578-580.

Zira bu tutum, Mahkemenin tamamen pornografik bir videonun yasaklanması ile Paris'te Son Tango'nun yasaklanması arasında fark olmadığını iddia ederek Bertolucci'nin bu filminin yasaklanmasına dair bir başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulması kadar şaşırtıcıdır.

Son olarak doğrudan sanatsal ifadeye ilişkin olmasa dahi Mahkemenin *Appleby* kararında ortaya koyduğu ilkelere de bu başlıkta değinmek istiyoruz. Kararda bir alışveriş merkezinde bildiri dağıtmak isteyen kişilerin bu faaliyetten men edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır. Özellikle performans sanatı kapsamında özel mülkiyete tabi ancak kamuya açık alanların kullanılması gündeme gelebilir. Mahkemenin bu yöndeki içtihadı basitçe şu şekilde özetlenebilir: Özel mülkiyete tabi olan kamuya açık alanda bir ifadenin engellenmesi, o ifadenin başka şekilde hedef alınan kitleye ulaşması mümkün olduğu sürece Sözleşme'yi ihlal etmemektedir⁵⁴⁷. Elbette sanatsal ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda Mahkemenin özel olarak seçilen mekanın sanat eserine etkisi olup olmadığını araştırıp araştırmayacağı da gündeme gelmelidir. Kanaatimizce bu içtihat, sanatsal ifade için böyle bir denetimin yapılmasını gerekli kılar. Çünkü eğer yer değişikliği anlam değişikliğine yol açıyorsa bu durumda aslında özel mülkiyet sahibi sanatçının iletmek istediği bilgi ve görüşü tamamen engelliyor demektir. Ancak Mahkemenin sanatsal ifadenin özelliklerini mülkiyet hakkının karşısında dikkate almama ve mülkiyet hakkını üstün tutma eğilimini dikkate alacak olursak Mahkemeden sanatsal ifadenin gereklerine uygun bir denetim beklemek gerçekçi olmayacaktır.

3. İçtihatteki Boşluk: Pozitif Yükümlülükler

Çalışmanın daha önceki bölümlerinde belirttiğimiz gibi sanatsal ifade özgürlüğü pozitif yükümlülükleri de kapsamaktadır. Ancak ifade özgürlüğüne ilişkin oldukça zayıf olan pozitif yükümlülük içtihadı⁵⁴⁸ sanatsal ifade özgürlüğü özelinde ise hiç tartışılmamıştır. Fakat AİHM bu konu hakkında değerlendirme yaptığı kararlarda ifade özgürlüğünün devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini kabul etse de bu konuda devletin geniş takdir marjına işaret etmekte ve devletlerin

⁵⁴⁷ AİHM, *Appleby ve diğerleri/Birleşik Krallık* (44306/98), 06.05.2003, p. 47-48.

⁵⁴⁸ Aynı yönde bkz. Şahin, *op. cit.*, s. 215.

kaynaklarının ve önceliklerinin pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde dikkate alındığını belirtmektedir⁵⁴⁹.

Bugüne dek Mahkeme ifade özgürlüğü ile ilgili olarak ekseriyetle ifade sahibinin ifadesinden ötürü şiddet eylemlerinden zarar görmesinin engellenmesini veya zarar görmesi durumunda etkili bir soruşturma yürütülmesini pozitif yükümlülük olarak görmüştür⁵⁵⁰.

Bunun dışında AİHM ifade özgürlüğünün yatay etkisini de tanıdığından ötürü, devletin kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözerken de ifade özgürlüğünü dikkate alması gerekmektedir. Örneğin *Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç* kararında AİHM, başvurucuların Arapça ve Farsça kanal yayını yapan antenlerini çıkarmadıkları için ev kira sözleşmelerinin sonlandırılmasını ulusal mahkemelerin ifade özgürlüğü ışığında değerlendirmemiş olmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur⁵⁵¹. Mahkemenin gerekçesinde, başvurucuların antenlerini takabilecekleri başka bir yerin olmaması, memleketlerindeki haberleri kendi dillerinde almak için başka imkanlarının olmaması özellikle dikkate alınmıştır⁵⁵². O halde biraz yukarıda incelediğimiz *Appleby* kararı da dikkate alındığında Mahkemenin bakış açısı şöyle özetlenebilir: Eğer olaydaki bilgi ve fikir alışverişinin başka bir şekilde yapılma imkanı yoksa bu durumda devletin kişiler arası uyuşmazlıklarda ifade özgürlüğünü koruması gerekir. Ancak bu bilgi ve fikir alışverişi aynı derecede etkili başka yollardan yapılabiliyorsa bu durumda ifade özgürlüğünün baskın gelmemesi kabul edilebilir.

Genel anlamda ifade özgürlüğü için var olan bu pozitif yükümlülüklerin sanatsal ifade özgürlüğü için gerekli olmaması için hiçbir sebep yoktur. Örneğin, sergilenen bir resimden ötürü ressamın kendisinin, galeri sahibinin veya galerinin

⁵⁴⁹ Özgür Gündem/Türkiye, p. 43.

⁵⁵⁰ AİHM, Dink/Türkiye (2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09), 14.09.2010; Brems, "Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights", s.143-144.

⁵⁵¹ AİHM, *Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç* (23883/06), 16.12.2008. Alman Anayasa Mahkemesinin de Almanya'daki bir Türk ailenin Türkiye'den haber almalarını sağlayan çanak antenlerle ilgili olarak da haberleşme hürriyetinin malikin menfaatiyle dengelenirken ayrıntılı bir değerlendirme yapılması ve kiracının bu haberlere ulaşma menfaatinin haberleşme hakkının bir gereği olduğunun dikkate alınması gerektiği yönünde benzer bir kararı vardır. Kararın çevirisi ve değerlendirmesi için bkz. Veysel Başpınar, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 241-262.

⁵⁵² Leach, **op. cit.**, s. 379.

tehditler alması durumunda devlet bu sanatçıyı korumak için hiçbir adım atmıyorsa, sanatçı saldırıya uğradıktan sonra saldırıyı gerçekleştirenlerin bulunması için etkili bir soruşturma yürütmüyorsa sanatsal ifade özgürlüğünden doğan pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği söylenebilir.

Fakat sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında karşılaşılabilecek sorunlar dikkate alındığında Mahkemenin tanıdığı bu koruma alanı oldukça yetersizdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere sanatın korunması ve geliştirilmesi de bu özgürlüğün kapsamında görülmelidir. Bundan kastedilen elbette ki sanatın yaratımının devlet eliyle doğrudan gerçekleştirilmesi, yaratıcılığın varlığının garanti edilmesi değildir. Bununla varılmak istenen sonuç, devletin özgürce ve içerik veya biçim sınırlaması olmaksızın sanatın gelişimini destekleyecek düzenlemeler yapmasıdır⁵⁵³.

Devletin sanatçılara verdiği desteğin sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinin önemi artık bugün sansürün sadece devlet eliyle yapılmamasından da kaynaklanmaktadır. 1990'lı yıllardan itibaren neoliberal politikalarla birlikte devletin sanata desteğini azaltması, özelleştirmeler, şirketlerin bu alanda da etkisini artırmasına neden olmuştur. Bununla birlikte şirketler, kendi ellerindeki telif haklarını sanatçıların üretimlerine karşı kullanmaktan da çekinmediler⁵⁵⁴. Bugün artık, kültürün bir endüstri haline dönüşmesiyle şirketler, kitapçevleri, sinema ve tiyatro salonları, sergi galerileri açarak ve yine bir endüstri olan medyayı kontrol ederek sanat piyasasını da yönlendirebilmekte daha da önemlisi toplumun beğenisini şekillendirebilmektedir⁵⁵⁵. Bu düzen içinde serbest piyasanın kuralları kendi sansürünü de yaratmaktadır. Örneğin, bir yayınevinin bir kitabı basması için eserin kâr ettirebilecek olması gerekmektedir. Editörler bu piyasa koşullarına uyum sağlamak için sıra dışı ve riskli eserleri basmak yerine genel beğenin hoşuna gidecek eserleri tercih etmektedir⁵⁵⁶.

Üstelik sanatın bir piyasa haline gelmesiyle birlikte, sanat da spekülasyona açılmıştır. Bunun en çarpıcı örneklerinden birisi *Saatchi* galerisinin sahibi Charles

⁵⁵³ Atalay, **Niteliği**, s. 59-62.

⁵⁵⁴ Robert Atkins, "Money Talks: The Economic Foundations of Censorship", Robert Atkins, Svetlana Mintcheva (ed.), **Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression**, New York, Londra: The New Press, 2006, s. 1, 8.

⁵⁵⁵ Kuspit, **op. cit.**, s. 189.

⁵⁵⁶ André Schiffrin, "Market Censorship", Atkins, Mintcheva (ed.), **op. cit.**, s. 70.

Saatchi'nin İngiltere sanat camiasındaki nüfuzudur. Saatchi, Muhafazakar Parti'nin İngiltere'deki seçim kampanyasını yönettikten sonra, Thatcher'ın seçimi kazanmasıyla kamu müzelerinde ve galerilerinde nüfuz sahibi olarak kendi satın aldığı sanatçıların değerlendirilmesini sağlamıştır⁵⁵⁷.

O halde devletin özel sektörün bir dengeleyicisi olarak ortaya çıkması ve sanatçıların desteklenmesi için karma bir yapının benimsenmesi bir çözüm olabilir⁵⁵⁸. Fakat devletin benimseyeceği yöntemin de sanat anlayışı dayatmaktan uzak, çoğulcu, şeffaf ve kapsayıcı olması gerekir. Bu nedenle, özel veya kamu kaynaklı, yapılacak her türlü desteğin nasıl bir yöntemle yapılacağı sorunu gündeme gelecektir. İşte bu sorun bir kültür ve sanat yönetimi sorunudur. Kültür ve sanat yönetiminin ifade özgürlüğünün etkin biçimde gerçekleştirilebilmesi için son derece önemli olduğunda şüphe yoktur. Ancak çalışmamızın konusu gereğince Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihadı kapsamında buna getirilebilecek çözüm ne olabilir sorusunun cevabını aramamız gerekmektedir.

Pozitif yükümlülükler konusunda Mahkemenin takdir marjı doktrini daha net bir biçimde karşımıza çıkmaktadır. Çünkü Mahkeme tarafından yukarıda belirtildiği üzere devletlerin kaynakları ve siyasi önceliklerine bağlanmış olan bu yükümlülükler devletlerin farklı siyasi seçimleri nedeniyle farklı usullerle uygulanabilmektedir⁵⁵⁹. Bu zaten takdir marjı doktrininin varlığının da gerekçelerinden biridir. Bu nedenle Mahkemeden kültür ve sanat yönetiminin yöntemleri üzerine ayrıntılı bir analiz yapması zaten beklenemez. Mahkeme ancak yükümlülüğün gerçekleşmesi için gereken minimum bir sınır koyacak, bu minimum sınırın altına düşmemek kaydıyla devletlerin yükümlülüğü yerine getirmek için seçecekleri yöntemler takdir marjı içinde kalacaktır. Ancak elbette ki devletlerin bu yükümlülüğü yerine getirmeye elverişsiz bir yöntem seçmesi mümkün olmaz⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Ali Artun, **Çağdaş Sanatın Örgütlenmesi: Estetik Modernizmin Tasfiyesi**, 3. baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2015, s. 145-150.

⁵⁵⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Kültürel Haklar alanında Özel Raportörün, Farida Shaheed, Raporu: Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü Hakkı**, A/HRC/23/24, 14.03.2013, p. 77.

⁵⁵⁹ Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, s. 218.

⁵⁶⁰ Matthias Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, C. 71, 2011, s. 715-717.

Bu pozitif yükümlülüklerin neler olduğunu belirlerken ise hangi yöntemi tercih edeceğimiz önemli bir sorudur. Çünkü inceleme yaptığımız alan Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin belirlediği pozitif yükümlülüklerin aksine ne hakların yatay etkisine ilişkindir ne de ifade kullanımı nedeniyle kişinin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğü tehlike altına girmiştir. Aradığımız pozitif yükümlülük, ekonomik ve sosyal haklarla ilgilidir. Bu nedenle biz burada Ingrid Leitjen'in önerisini benimseyerek bu yükümlülüklerin EKOSOK'tan esinlenerek belirlenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz. Tıpkı EKOSOK'un karşı karşıya kaldığı gibi buradaki esas sorun devletlere yüklenen maddi yüküdür. O halde bunu yaparken uluslararası hukuk açısından devletlerin değişen ekonomik, kültürel ve sosyal siyasetlerini göz önünde bulundurmak gerekir⁵⁶¹. İşte EKOSOK'un bu soruna bulduğu çözüm "asgari öz yükümlülükler" kavramıdır. Bu kavram aslında tıpkı Türk Anayasa hukuku doktrinindeki hakkın özü güvencesinde olduğu gibi devletlerin siyasi gerekçelerle altına inemeyeceği ve derhal gerçekleştirilmesi gereken asgari bir yükümlülük sınırını ifade eder⁵⁶². Bu yükümlülüklerin kabulü ile geniş ve gerçekleştirilmesi zor maddi yükümlülüklerden her devletin uzlaşmasının kolay olduğu bir asgari müşterek yaratılmış olur⁵⁶³.

Bu asgari öz yükümlülüğünün belirlenmesinde uygulanabilecek yöntem Mahkemenin zaten sıklıkla başvurduğu ve tam olarak da benzer bir mantıkla devletlere yüklenecek yükümlülüklerin sınırını belirlemek adına uzlaşma aradığı bir yöntemdir. Kanaatimizce, Mahkeme bir hakkın kapsamına giren ve maddi yükümlülük yükleyen pozitif yükümlülüklerin sınırını belirlerken takdir marjı doktrininin en temel testlerinden biri olan konsensüs testini yapabilir⁵⁶⁴. Böylece yargısal aktivizm eleştirilerine bir ölçüde set çekmesi mümkün olabilir⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Leitjen, *op. cit.*, s. 130-131.

⁵⁶² Amrei Müller, *op. cit.*, s. 588-589. Ancak yazarın da belirttiği gibi EKOSOK 3 no'lu Genel Yorum'da eğer devlet bu yükümlülükleri erişimindeki tüm kaynakları kullanmak için her türlü çabayı göstermesine rağmen yerine getiremiyorsa o zaman kaynak yetersizliğini ileri sürebilir. Bkz.. Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 3**, E/1991/23, 14.12.1990, p. 10. ; Ulaş Karan, **Türkiye'de Sosyal hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi - İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2006, s. 75. Fakat bu sınır gerçekten de oldukça yüksek bir sınır olup adeta bir ifa imkansızlığı halini tasvir etmektedir.

⁵⁶³ Leitjen, *op. cit.*, s. 129.

⁵⁶⁴ Burada elbette sınırlamaya tabi olan haklar kapsamında yer alan ve hakların yatay etkisinin ve usuli yükümlülüklerin ötesine geçerek özel olarak maddi yük teşkil eden pozitif yükümlülüklerden bahsediyoruz. Yaşama hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı veya zorla çalıştırma yasağı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin belirlenmesi için böyle bir testin benimsenmesi hakların

Sorunu ve yöntemi belirlediğimize göre, çözüm ne olabilir? Bu sorunun yanıtı görüldüğünden daha karmaşıktır. Başlangıç noktası olarak yine ESKHS’yi alabilir ve kültürel hakları düzenleyen 15. maddenin (b) fıkrasındaki kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal eserden kaynaklı maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkına bakabiliriz. Bu hak daha önce de açıkladığımız üzere kültürel bir haktır. Fakat bu hakka ilişkin EKOSOK’un belirlediği yükümlülükler, örneğin, eserden kaynaklı menfaatlerin korunmasına ilişkin bir yasal altyapı ve etkin bir koruma mekanizması⁵⁶⁶, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında, mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır Çünkü buradaki menfaatler Avrupa hukuk sisteminde fikri mülkiyet hukuku ile ilişkilidir⁵⁶⁷. Amaç her ne kadar uzun vadede kültürel üretimi sürekli ve devamlı kılmak olsa da eseri yaratan açısından ağır basan menfaat, zaten yaratmış olduğu esere verdiği emeğin karşılığını almaktır. Bu nedenle bu konuda Mahkeme önüne giden bir başvurunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır.

Bunun dışında geriye kalan olasılık, sanatçılara fon ayırmak, maddi destek sağlamak gibi yükümlülüklerin Sözleşme’nin devletler açısından doğurduğu pozitif yükümlülüklerden olmasıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu konunun sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğinde şüphe yoktur⁵⁶⁸. Fakat soru ilk görünüş koruması değil, nihai bir pozitif yükümlülük olduğunda hukuki dayanak bulmak oldukça zordur. Sözleşmenin lafzi veya tarihsel yorumunun buna olanak vermediği açıktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere konsensüs testine dayanarak dinamik yorum anlayışını benimsesek dahi burası Sözleşme’nin tıkanıdığı noktadır. Devletlerin dağınık ve farklılaşan pratiklerinden Sözleşme kapsamında tüm

yapısıyla da uyumsuz. Aynı şekilde hakların yatay etkisi uyarınca devletin kişiler arası uyumsuzlukları temel hakların gereklerine uygun çözmesi de böyle bir teste tabi olmamalıdır.

⁵⁶⁵ **Ibid.**, s. 132-133.

⁵⁶⁶ BM EKOSOK, **Genel Yorum No:17**, p. 39

⁵⁶⁷ Fikri mülkiyetin mülkiyet hakkı kapsamında korunduğuna dair bkz. III. B. 2. a.

⁵⁶⁸ Bu maddi desteğin mülkiyet hakkı kapsamında dayatılması da mümkün görünmemektedir. Çünkü mülkiyet hakkı kapsamında bir müdahalenin doğması için en azından “meşru beklenti”nin varlığı gerekir. Bu sebeple bu teşviklerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi için öncelikle devletin böyle bir maddi teşviki tanımış olması gereklidir. Engellilere yapılan maddi yardımlar hakkında AİHM’nin bu yönde kararı mevcuttur. Bkz. AİHM, Gaygusuz/Avusturya (17371/90), 19.09.1996, p. 41. Tanınmış olan bir maddi teşvikle ilgili sorun ise elbette hem mülkiyet hem de ifade özgürlüğü hakkının konusu olabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere burada benimsenmesi gereken yol, somut olayın niteliğine göre belirlenecektir. Bir tiyatro grubunun bir oyun hazırlamak için aldığı maddi teşvikin kesilmesi, o grubun mülkiyet hakkıyla ilişkili olduğu kadar, o oyunun sergilenmesini engellediği ölçüde ifade özgürlüğüne ilişkin de sorun doğurur.

devletlere empoze edilebilecek bir pozitif yükümlülük bulmak mümkün görünmemektedir. Eğer konsensüs aranacaksa buna en çok yaklaşılabilecek nokta, kanaatimizce Avrupa Konseyi üyesi 38 devletin katılımıyla Avrupa'daki sinemacılara fon desteği sağlayan *Eurimages*'dir⁵⁶⁹. Fakat bizzat Avrupa Konseyi'nin girişimi olmasına rağmen 47 üyenin 9'unun katılmadığı bu fon maalesef tam tersine bu konuda bir konsensüse ulaşmanın oldukça zor olduğunun göstergesidir. Bu nedenle, Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğüne ayrılan fon konusunda yargısal aktivizme girmesini beklemek hayalcilik olur. Fakat zaten Mahkemenin de her sorunun çözümü olmak gibi bir görevi yoktur. Bu konu devletlerin kendi iç hukuklarındaki mekanizmalarla çözüme ulaştırılmalıdır. Nitekim 1982 Anayasası da devlete sanatı ve sanatçıyı koruma ödevi yükleyerek bu yükümlülüğü anayasal seviyede tanımıştır. Türk hukuku açısından çözüm için atılabilecek ilk adım Anayasa'daki bu düzenlemeyi etkili bir koruma sağlayacak şekilde yorumlamaktır⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Avrupa Konseyi/ Eurimages- European Cinema Support Fund, http://www.coe.int/t/dg4/eurimages/About/MemberStates_en.asp (Erişim Tarihi: 08.08.2017).

⁵⁷⁰ Sosyal hakların Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda ileri sürülebilir olması bu noktada büyük önem taşımaktadır. Bu konuyla ilgili bkz. Tolga Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler**, İstanbul: DİSK Yayınları, Aralık 2016, s. 341- 366.

SONUÇ

Hukukta sanata dair bir şeyler söylemenin zorluğundan bahsederek açtığımız bu çalışmanın sonucuna da yine aynı hususu hatırlatarak başlamak istiyoruz. Sanatın ifade gücünün yanında hukukun sanatla yaşadığı macera hacıyatmazı yatırmaya çalışan inatçı bir çocuğun macerası gibidir. Sanat her seferinde yeniden ayağa kalkmanın yolunu bulabilmiştir. Daha önce de vurguladığımız üzere bu durum sanatın büyüğü veya dokunulmaz olmasından değil kendine has yapısından ve özerkliğinden kaynaklanır.

Sanat ve hukuka dair söz söylerken sanata ulvi bir görev yüklememek ama sanatın da niteliklerini tam anlamıyla kavramaya çalışmak önemlidir. Bunun da yolu sanata dair kapsamlı bir anlayış geliştirmeye çalışmaktan ve hukukun sanata yaklaşmaya çalıştığı zamanlarda bu perspektifi göz önünde tutmaktan geçer.

Sanatın kendisi başlı başına bir özgürlük alanı olabileceği gibi bu çalışma kapsamında olduğu üzere ifade özgürlüğü içinde de korunabilir. Bu iki özgürlük alanı birbirine alternatif olabilecek niteliktedir. Bunu sağlamak ise tamamen bir yorum tekniği meselesidir. İfade özgürlüğü de sanata ilişkin gerekli koruma alanlarını kapsamına alacak biçimde yorumlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sanat için ayrı bir özgürlük tesis etmemiş olması da sanatın gereklerine uygun bir koruma sağlanmasının önünde bir engel teşkil etmez.

Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanatla karşı karşıya kaldığında her ne kadar bir insan hakları mahkemesi olsa da sanatın insan üzerindeki etkisini anlamakta ve ona uygun bir koruma alanı yaratmakta zorlanmaktadır. Bunun en önemli sebeplerinden biri Mahkemenin uluslararası bir yargı yeri olmasıdır. Sanat kadar sınırların silikleştiği bir alanda Mahkemenin bir ölçüt dayatmaktan çekinmesi bu sebeple belli bir ölçüde anlaşılabilir. Fakat her ne olursa olsun Mahkemenin görevi Sözleşme'de korunan hakların etkin bir biçimde korunmasına katkıda

bulunabilmesini gerektirir. Bu nedenle Mahkeme takdir marjının arkasına saklanarak sanata etkin bir koruma tanımama eğiliminden vazgeçmelidir.

Çalışmada incelediğimiz gibi Mahkemenin bunu yapabildiği alanlar mevcuttur. Fakat bu alanlar çoğu zaman siyasi bağlamla ilişkilidir. Bunun sebebi Mahkemenin sanatsal ifadeyi de demokratik toplumda sahip olduğu fikir alışverişine ilişkin katkısından ötürü koruma altına almış görünmesidir. Sanatın toplumsal yönünün ve fikir alışverişine katkısının olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Ancak sanata sadece bu açıdan bakmak, sanatın niteliklerini kavrayan ve onu özgürlükçü bir bakış açısıyla koruyan bir perspektif yaratmaktan çok uzak bir yaklaşımla sonuçlanmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin sanatın bireysel niteliğine, estetik değerine de önem vermesi, bu perspektifi kararlarına daha çok yansıtması sanata tanınan korumanın genişletilmesi adına faydalı olabilir.

Sanatın sadece devlet sansürüne maruz kaldığı ve esas sorunun bu olduğu günler de geride kalmıştır. Bu durum sanatın korunması adına devletin müdahale etmeme yükümlülüğün ötesinde pozitif yükümlülüklerinin önemini artırmaktadır. Fakat ne yazık ki Mahkemenin ifade özgürlüğü alanında geliştirdiği pozitif yükümlülükler oldukça sınırlıdır. Bu teorik bir kapsam sorunu değildir. Esas sorun AİHM'nin pozitif yükümlülüklerin varlığını tespit için kullandığı kriterlerden kaynaklanmaktadır. Çünkü Mahkeme devletlerin önceliklerine ve kaynaklarına önem atfetmektedir. Özellikle sınırlanabilir haklar açısından Mahkemenin uluslararası bir mahkeme olarak bu alanda maddi yükümlülükler yaratmak istememesi oldukça makuldür. Fakat bu halde de Mahkemenin hakların yatay etkisi açısından özellikle fikri mülkiyete ilişkin konularda sanatı bir ekonomik değerden ibaret görmeyen yaklaşımı geliştirmeye daha yatkın olması gerekmektedir. Bugüne dek Mahkemenin mülkiyet hakkını ifade özgürlüğüne tercih eden kararları doğrudan sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin olmadığı için bu konuda kesin bir sonuca ulaşamaz. Ancak Mahkemenin sanatsal ifadeye ilişkin tanıdığı özel koruma alanının da oldukça sınırlı olduğunu göz önünde tutarsak fazla umutlu olmak mümkün görünmemektedir.

Mahkemenin bu sorunlu alanların yanında yine de zamanla içtihadını geliştirdiği söylenebilir. Siyasi bağlamda sanatsal ifadeye tanınan koruma 17. maddenin kapsamına giren hususlar bir kenara bırakılacak olursa oldukça güçlü bir

koruma sağlamaktadır. Aynı şekilde Mahkemenin kişilik hakkı ile sanatsal ifade özgürlüğünü dengelerken de yeni yeni geliştirmeye başladığı hiciv ve kurmacaya ilişkin özel koruma alanları da sanatın niteliklerine karşı Mahkemenin daha duyarlı hale geldiğini göstermektedir. Fakat bu alanların sanatın işleyişine ilişkin daha derin bir anlayış gerektirdiği açıktır. Mahkemenin bu yöndeki çabası önemli olsa da kriterlerindeki belirsizlik ciddi kafa karışıklıklarına yol açabilmektedir. Bu nedenle Mahkemenin gelecekte önüne gelecek ilk olayda bu konuda daha berrak bir muhakeme benimsemesi önemlidir.

Mahkemenin önünde şu anda da beklemekte olan ve sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin başvurular mevcuttur⁵⁷¹. Bunlardan özellikle *Alekhina ve diğerleri/Rusya* başvurusu *Pussy Riots* olarak bilinen grubun tutuklanmasına ilişkin olduğundan medyatik bir öneme de sahiptir. Karara konu olan sanatsal ifade performans sanatı olarak nitelendirildiğinden Mahkemenin bu post-modern sanat anlayışının niteliklerini dikkate alıp almayacağı, incelemeyi sanatsal ifade bağlamında yapıp yapmayacağı merak konusudur. Umuyoruz ki Mahkeme önüne gelen bu fırsatı değerlendirerek sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin çağın sanat anlayışını da kapsayan bir içtihat geliştirir. Bu doğrultuda, Mahkemenin taraflara sorduğu sorular ve olayların özeti belgesinde başvuruçuların eylemlerini açıkça “performans” olarak nitelemesi umut vericidir⁵⁷².

Çalışmanın sonuna geldiğimiz şu noktada görüldüğünü umduğumuz üzere, biz sadece AİHM özelinde incelemiş olsak da, hukukun sanatla olan imtihanı her seviyede devam etmektedir. Hukuk, sanatı anlamaya çalışmak zorundadır. Tarihteki sonsuz sayıda örneğin gösterdiği üzere, hukuk sanatı anlayamadığında yıllar geçse de sanat kendini hukuka kabul ettirecektir. Fakat sanat, hukukun sınırlarına çarparsa bile hukuka ve hukukun kontrol ettiği toplumsal düzene meydan okumaya devam etmiştir. Çünkü sanatın hukuka dair cevabını aradığı soru bambaşkadır: “Mantıklı olabilir belki; ama ister Afrikalı olsun ister Asyalı, ister tek boynuzlu ya da iki boynuzlu, kabul edecek miyiz kedilerimizin gözlerimizin önünde gergedanlar tarafında ezilmesini?”⁵⁷³

⁵⁷¹ Polyomenopoulou, **op. cit.**, s. 513.

⁵⁷² AİHM, *Alekhina ve diğerleri/Rusya* (38004/12, Vaka Tebliği ve Taraflara Sorular), 02.12.2013.

⁵⁷³ Eugène Ionesco, “Gergedan”, Çev. Hasan Anamur, **Toplu Oyunları 4**, İstanbul: Mitos Boyut Tiyatro Yayınları, Mayıs 2000, s. 43. (Çeviri, eserin orijinali dikkate alınarak kısmen değiştirilmiştir.)

Bu soruyu cevaplamak için sanat hukuka ihtiyaç duymaz.

XXXXXS
GCPS

KAYNAKÇA

Kitaplar, Tezler, Makaleler

Adajian, Thomas, “The Definition of Art”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2016 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/art-definition/>

Adorno, Theodore W., **Aesthetic Theory**, Çev. Robert-Hulot-Kentor, Greter Adorno, Rolf Tiedermann (ed.), Londra/New York: Continuum, 2002.

Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi, 2010, s.166-167.

Alexy, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, New York: Oxford University Press, 2010.

Arai-Takahashi, Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002.

Aristoteles, **Poetika**, Çev. İsmail Tunalı, 14. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Ekim 2006.

Artun, Ali, **Çağdaş Sanatın Örgütlenmesi: Estetik Modernizmin Tasfiyesi**, 3. baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2015

Atakan, Arda, “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, s. 3-27.

Atalay, Esra, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.

Atalay, Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2004, s. 43-66.

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

Atkins, Robert, "Money Talks: The Economic Foundations of Censorship", Robert Atkins, Svetlana Mintcheva (ed.), **Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression**, New York, Londra: The New Press, 2006, s. 3-9.

Austin, Graeme W., "Authors' Human Rights and Copyright Policy", **Columbia Journal of Law&The Arts**, C. 40, S. 4, 2017, s. 405-429.

Badiou, Alain, **Petit Manuel d'Inesthétique**, Fransa: Editions de Seuil, Ekim 1998.

Bakırcıoğlu, Önder, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", **German Law Journal**, C. 8, S. 7, 2007, s. 711-734.

Barendt, Eric, **Freedom of Speech**, 2. Baskı, Londra: Oxford University Press, 2007.

Başpınar, Veysel, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 241-262.

Benvenisti, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 31, S. 4, s. 843- 854.

Bauer, Joseph P., "Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies?", **Washington & Lee Law Review**, C. 67, 2010, s. 831-914.

Bezanson, Randall P., **Art and Freedom and Speech**, Urbana & Chicago: University of Illinois Press, 2009.

Bidault, Mylène, **La protection internationale des droits culturels**, Brüksel : Bruylant, 2009.

Bingöl, Bilge, "Sanat Özgürlüğü", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2011, s. 92-139.

Bonnello, Giovanni, "Freedom of Expression and Incitement to Violence", Casadevall, Joseph/ Myjer, Egbert/ O'Boyle, Michael/ Austin, Anna (ed.), **Freedom of expression : essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights**, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, Ekim 2012, s. 349-359.

Bourdieu, Pierre, **Les règles de l'art**, Paris : Éditions du Seuil, Ocak 2015.

Boyar, Oya, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", İnceoğlu, Sibel (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Avrupa Konseyi, 2013, s. 81-96.

Bozkurt, Nejat, **Sanat ve Estetik Kuramları**, 11. Basım, Bursa: Sentez Yayıncılık, Mayıs 2014.

Brauch, Jeffry A., "The Margin of Appreciation and The Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", **Columbia Journal of European Law**, C. 11, S. 1, 2004, s. 113-150.

Brems, Eva, “Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights”, Brems, Eva/ Gerards, Janneke (ed.), **Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 137-161.

Brems, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of European Court of Human Rights”, **Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht**, C. 56, 1996, s. 230-314.

Buyse, Antoine, “Dangerous Expressions : The ECHR, Violence and Free Speech”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 63, Nisan 2014, s. 491–503.

Cannie, Hannes/ Voorhoof, Dirk, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29 S.1, 2011, s. 54–83.

Contreras, Paul, “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, **Northwestern Journal Of International Human Rights**, C. 11, S.1, 2012, s. 28-82.

Çeçen, Anıl, **İnsan Hakları**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2015.

Dahl, Robert A., **On Democracy**, New Haven & Londra: Yale University Press, 1998.

Danay, Robert, “Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-To-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom”, **Yale Journal of Law and Technology**, C. 8, S. 1, 2006. (<https://ssrn.com/abstract=847905>- Erişim tarihi: 14.08.2017).

Danto, Arthur C., “The Artworld”, **The Journal of Philosophy**, C. 61, S. 19, Ekim 1964, s. 571-584.

Danto, Arthur C., **What Art Is**, New Haven: Yale University Press, 2013.

Dewey, John, **Art as Experience**, 23. Baskı, New York: Wideview/ Perigee, 1980.

De la Resilla del Moral, Ignacio, “ The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, **German Law Journal**, C. 7, S. 6, 2006, s. 611-644.

Dellaloğlu, Besim F., **Frankfurt Okulu’nda Sanat ve Toplum**, 5. Basım, İstanbul: Say Yayınları, 2014.

Delmas-Marty, Mireille/ Izorche, Marie-Laure, “Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun

pluraliste”, **Revue international de droit comparé**, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 753-780.

Dickie, George, “Defining Art”, **American Philosophical Quarterly**, C. 6, S. 3, Haziran 1969, s. 253-256.

Dijoux, Ruth, “La liberté d’expression face aux sentiments religieux : approche européenne”, **Les Cahiers de droit**, C. 53, S. 4, Aralık 2012, s. 861-876.

Dinçer, Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Koruma”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. 2, S. 1, 2010, s.1101-1126.

Docquir, Pierre- François, “La Cour Européenne des Droits de L’Homme sacrifie-t-elle la liberté d’expression pour protéger les sensibilités religieuses?”, s. **Revue trimestrielle des droits de l’Homme**, S. 68, Ekim 2006, s. 839-849.

Doğan, Mehmet H., **100 Soruda Estetik**, İstanbul: Gerçek Yayınevi, Ocak 1975.

Donnelly, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.

Ducoulombier, Peggy, “Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”, Eva Brems (ed.), **Conflicts Between Fundamental Rights**, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, s. 217-247.

Eagleton, Terry, **Estetiğin İdeolojisi**, Çev. Hakkı Hünler, Ankara: Doruk Yayıncılık.

Erdoğan, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 24, Güz 2001, s. 8-13.

Ersoy, Vesile Setenay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi- İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı), İstanbul, Ağustos 2010.

Eberle, Edward J., “Art and Speech”, **University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change**, C. 11, S. 1, 2007-2008, s. 1-28.

Fischer-Lichte, Erika, **Performatif Estetik**, Çev. Tufan Acil, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, Ekim 2016.

Fischer, Ernst, **Sanatın Gerekliliği**, Çev. Cevat Çapan, 6. Baskı, Ankara : İmge Kitabevi, Ocak 1990.

Finkelburg, Klaus, “Demokraside İfade Özgürlüğü”, Çev. Nihat Ülner, Hayrettin Ökçesiz (haz.), **Düşünce Özgürlüğü**, İstanbul: AFA Yayınları, Mayıs 1998, s. 196-204.

Flauss, Jean-François, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », **Revue universelle des droits de l'homme**, C. 4, S. 12, 1992, s. 461-468.

Geiger, Christophe, “Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)”, **Recueil Dalloz**, 2005, s. 2683-2690

Geiger ,Christophe/ Izyumenko, Elena, “Copyright on the Human Rights’ Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, C. 45, S. 3, Mayıs 2014, s. 316-342.

Gemalmaz, Mehmet Semih, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk – I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 61, S. 7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1987, s. 521-533.

Gemalmaz, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C.1, 8. Bası, İstanbul : Legal Yayıncılık, Aralık 2012.

Gerards, Janneke/ Senden, Hanneke, “The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 7, Ekim 2009, s. 619-653.

Goldstein, Paul, “Copyright and First Amendment”, **Columbia Law Review**, C. 70, S. 6, Haziran 1970, s. 983-1057.

Göktürk, Akşit, **Okuma Uğraşı**, 5. Baskı (e-kitap), İstanbul: YKY, 2010.

Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Bası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000.

Gözler, Kemal, **Anaaysa Hukukunun Genel Esasları**, 8. Baskı, Bursa: Ekin, Temmuz 2016.

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Bursa: Ekin, Ağustos 2016.

Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Ocak 2016.

Graham, Gordon, **Philosophy of Arts. An Introduction to Aesthetics**, 2. Baskı, Londra & New York: Routledge, 2000.

Greer, Stephen, **The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights**, Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, Temmuz 2000.

Harris, David J./ O’Boyle, Michael/ Bates, Ed/ Buckley, Carla/ Warbick, Colin/ Kilkelly, Ursula/ Cumper, Peter/ Arai, Yutaka/ Green, Heather, **Harris&O’Boyle &**

Warbick Law of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Haugen, Hans Morten, “General Comment No. 17 on ‘Authors’ Rights””, **The Journal of World Intellectual Property**, C. 10, S. 1, 2007, s. 53-69.

Helvacı, Serap, **Gerçek Kişiler**, 5. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

Huisman, Denis, **L’esthétique**, Paris : PUF, Eylül 1998.

Hutchinson, Michael R., “ The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights””, **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 48, S. 3, Temmuz 1999, s. 638-650.

Hünler, Hakkı, **Estetik’in Kısa Tarihi**, İstanbul: Paradigma Yayınları, Mayıs 1998.

Ieven, Aagje, “Privacy Rights in Conflict: In Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Rights’ Balancing of Private Life Against Other Rights, Eva Brems (ed.), **Conflicts Between Fundamental Rights**, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, s. 39-68.

Ionesco, Eugène, “Gergedan”, Çev. Hasan Anamur, **Toplu Oyunları 4**, İstanbul: Mitos Boyut Tiyatro Yayınları, Mayıs 2000.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Bilim ve Sanat Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, İstanbul: YKY, Aralık 2000, s. 121-134.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, Kasım 2002.

Kanadoğlu, Korkut, “Sanat Özgürlüğü”, Ünver, Yener/ Yenerer Çakmut, Özlem (ed.), **Hukuk ve Sanat**, Ekim 2016, s. 25-59.

Kanadoğlu, O. Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul: Beta Yayınları, Şubat 2000.

Karan, Ulaş, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, ”, İnceoğlu, Sibel (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Avrupa Konseyi, 2013, s. 355-379.

Karan, Ulaş, **Siyah Bant: Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, İstanbul: Mas, 2013.

Karan, Ulaş, **Türkiye’de Sosyal hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi - İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2006.

Kemp, Gary, “Collingwood's Aesthetics”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.),

<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/collingwood-aesthetics/>>. Erişim Tarihi: 24.04.2017.

Keane, David, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention of Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 25, S. 4, 2007, s. 641-663.

Kearns, Paul, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford & Portland: Hart Publishing, 2013.

Kejanlıoğlu, Beybin D., “Giriş”, Kejanlıoğlu, D. Beybin (ed.), **Zamanın Tozu. Frankfurt Okulu’nun Türkiye’deki İzleri**, Ankara: De Ki Basım Yayın, Şubat 2011, s. 13-20.

Klatt, Matthias, “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, C. 71, 2011, s. 691-718.

Korkmaz, Ömer, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Kratochvil, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29, S. 3, 2011, s. 324-357.

Kuspit, Donald, **Sanatın Sonu**, Çev. Yasemin Tezgiden, İstanbul: Metis Yayınları, Mayıs 2014.

Laaksonen, Annamari, “Freedom of Expression in the Arts and Media”, Wiesand, Andreas J. / Chainoglou, Kalliopi / Sledzinska-Simonn, Anna (ed.), **Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries**, Berlin: De Gruyter, 2016, s.15-22.

Lampe, Ernst-Joachim, “Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi”, Çev. Nihat Ülner, Hayrettin Ökçesiz (haz.), **Düşünce Özgürlüğü**, İstanbul: AFA Yayınları, Mayıs 1998, s. 127-134.

Latil, Arnaud, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale”, **Revue trimestrielle des droits de l’Homme**, S. 83, 2010, s. 769-780.

Lavrysen, Laurens, “The scope of rights and the scope of obligations: positive obligations”, Brems, Eva/ Gerards, Janneke (ed.), **Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 162-182.

Leach, Philip, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, Oxford/ New York: University Press, 2011.

Leijten, Ingrid, “Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR”, Brems, Eva/ Gerards, Janneke (ed.), **Shaping Rights in the ECHR**.

The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 109-136.

Letsas, George, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2010.

Levine, Caroline, **Provoking Democracy: Why We Need the Arts**, Malden /Oxford/ Victoria: Blackwell Publishing, 2007.

Levinson, Jerrold, **Music, Art and Metaphysics. Essays in Philosophical Aesthetics**, New York: Oxford University Press, 2011.

Lobba, Paolo, "Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime", **The European Journal of International Law**, C. 26, S. 1, 2015, s. 237-253.

MacMahon, Jennifer A. "Aesthetic Autonomy and Praxis: Art and Language in Adorno and Habermas", **International Journal of Philosophical Studies**, C. 19, S. 2, 2011, s. 155-175.

Marauhn, Thilo, "Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association, Ehlers, Dirk (ed.), **European Fundamental Rights and Freedom**, Berlin: De Gruyter Recht, 2007, s. 97-117.

Marcuse, Herbert, **La dimension esthétique. Pour une critique de l'esthétique marxiste**, Çev. Didier Coste, Paris: Editions de Seuil, 1979.

Marguénaud, Jean-Pierre, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", Çev. Gülden Kurt, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), **Anayasa'da Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, s. 221-227.

Marguénaud, Jean-Pierre / Dauchez, Benjamin, "Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen", **Recueil Dalloz**, 2010, s. 1051-1055.

Mattern, Mark, "John Dewey, Art and Public Life", **The Journal of Politics**, C. 61, S. 1, Şubat 1999, s. 54-75.

Mattern, Mark, "The Message in the Medium: Poetry Slam as Democratic Practice", S. Love, Nancy/ Mattern, Mark (ed.), **Doing Democracy: Activist Art and Cultural Politics**, Albany: SUNY Press, 2013, s. 121-142.

Murphy, Jeffrie G., "Freedom of Expression and the Arts", **Arizona State Law Journal**, C. 29, 1997, s. 549-568.

Müller, Amrei, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Law Review**, C. 9, S. 4, 2009, s. 557-601.

Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Fazıl Sağlam (ed.), Çev. Bertil, Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam, İstanbul: T. C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, Şubat 2009.

O'Donnell, Thomas, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, C. 4, S. 4, 1982, s. 474-496.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

Okutan Nilsson, Gül, "Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu", **Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Haziran 2008, s.496-500.

Öncü, Gülay Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, 2011.

Özlu, Ceren Ezgi, **ABD Yüksek Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, Ağustos 2015.

Özsoy, Şule, **Measuring Compatibility with the European Convention on Human Rights: The Turkish Example in the Free Speech Context**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Aralık 2006

Özsoy, Şule, "Türkiye'de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2008, s. 27-46.

Platon, **Devlet**, Çev. Eyüboğlu, Sabahattin / Cimcoz, M. Ali, 13. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Mart 2008.

Polymenopoulou, Eleni, "Does One Swallow Make a Spring? Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, S. 16, 2016, s. 511-539.

S. Love, Nancy/ Mattern, Mark, "Introduction: Art, Culture, Democracy", S. Love, Nancy/ Mattern, Mark (ed.), **Doing Democracy: Activist Art and Cultural Politics**, Albany: SUNY Press, 2013, s. 3-28.

Sadurski, Wojciech, **Freedom of Speech and Its Limits**, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.

Samuelson, Pamela, "Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective", **Journal of Intellectual Property Law**, C. 10, 2003, s. 319-344.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Sartori, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Karamustafaoğlu, Tunçer / Turhan, Mehmet, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Schiffrin, André, “Market Censorship”, Robert Atkins, Svetlana Mintcheva (ed.), **Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression**, New York, Londra: The New Press, 2006, s. 67-79.

Schmidt-Szalewski, Joanna, “Propriété intellectuelle et droits fondamentaux”, **Revue trimestrielle de droit européen**, S. 3, 2008, s. 405-417.

Sirinelli, Pierre, **Propriété littéraire et artistique**, 3. Baskı, Paris: Dalloz, Ocak 2016.

Soykan, Ömer Naci, **Estetik ve Sanat Felsefesi**, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, Ocak 2015.

Stecker, Robert, **Aesthetics and the Philosophy of Art: An Introduction**, 2. Baskı, ABD/İngiltere: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, s. 100.

Sunay, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.

Şahin, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, Mart 2009.

Şirin, Tolga, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler**, İstanbul: DİSK Yayınları, Aralık 2016, s. 341- 366.

Şirin, Tolga, “İfade Özgürlüğü Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 10, 2016, s. 527-550.

Şirin, Tolga, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, 2013, s. 360-399.

Tanasescu, Simina, “Artistic Freedom and Its Limitations”, **Romanian Journal of Comparative Law**, C. 2, S. 1, 2011, s. 9-53.

Tanör, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, İstanbul: BDS Yayınları, 3. Basım, 1994.

Tavernier, Paul, “L’art et la Cour Européenne des droits de l’Homme”, **Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, C. 2, Bruylant, 2004, s. 1537-1550.

Tekinalp, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ocak 2012.

Timuçin, Afşar, **Estetik**, 4. Baskı, İstanbul: Bulut Yayınları, 2000.

Tolstoy, L. N., **Sanat Nedir?**, Çev. Mazlum Beyhan, İstanbul : Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Eylül 2007.

Topukçu, Aslı, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan), C. 1, S. 1, 2014, s. 561-590.

Trébulle, François Guy, “Droit de l’environnement: août 2010- août 2011”, **Recueil Dalloz**, 2011, s.2694-2707.

Treppoz, Edouard, “Pour une attention particulière du droit à la création: l’exemple des fictions littéraires”, **Recueil Dalloz**, 2011, s. 2487-2494.

Tunalı, İsmail, **Estetik**, 5. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Ekim 1998.

Tunalı, İsmail, **Grek Estetiği**, 4. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, Şubat 1996.

Turani, Adnan, **Çağdaş Sanat Felsefesi**, İstanbul : Remzi Kitabevi, Eylül 2015.

Tümay, Murat, “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Ankara Law Review**, C. 5, S. 2, 2008, s. 201-234.

Uygun, Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler Genel Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

Van der Schyff, Gerard, “Interpreting the protection guaranteed by two-staged rights in the European Convention on Human Rights”, Brems, Eva/ Gerards, Janneke (ed.), **Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 65-83.

Van Dijk, Pieter/ Van Hoof, Fried/Van Rijn, Arjen/ Zwaak, Leo (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Antwerpen & Oxford: Intersentia, 2006.

Villiger, Mark E., “Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg practice”, Casadevall, Joseph/ Myjer, Egbert/ O’Boyle, Michael/ Austin, Anna (ed.), **Freedom of expression : essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights**, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, Ekim 2012, s. 321-329.

Wachsmann, Patrick, “La liberté de religion et le droit de critique”, **Annuaire internationale des droits de l’Homme**, C. 4, Atina/ Brüksel: Ant N. Sakkoulas/ Bruylant, 2009, s. 245-252.

Wachsmann, Patrick, “Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d’expression par la Cour Européenne des droits de l’Homme?”, **Revue trimestrielle des droits de l’Homme**, S. 78, 2009, s. 491- 511.

Wood, Allen W., **Kant**, Çev. Aliye Kovanlıkaya, Ankara: Dost Kitabevi, Nisan 2009.

Yalçın, Ali, **Alternatif Tiyatrolarda Yönetmenler**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi- Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, Mayıs 2016.

Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara : Yetkin Yayınları, 2002.

Yourow, Howard Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Court of Human Rights Jurisprudence", **Connecticut Journal of International Law**, C. 3, S. 1, 1987, s. 111-161.

Yourow, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Lahey/Boston/Londra: Kluwer Law International, 1996.

Yüksel, S. Evren, "Modernizm ve Kültür-Sanat Bağlamında Frankfurt Okulu", Kejanlıoğlu, D. Beybin (ed.), **Zamanın Tozu. Frankfurt Okulu'nun Türkiye'deki İzleri**, Ankara: De Ki Basım Yayın, Şubat 2011, s. 395-448.

Zuideevart, Lambert, **Adorno's Aesthetic Theory: The Redemption of Illusion**, Cambridge: MIT Press, 1991.

Kararlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AIHM, Akdaş/Türkiye (41056/04), 16.02.2010.

AIHM, Alekhina ve diğerleri/Rusya (38004/12, Vaka Tebliği ve Taraflara Sorular), 02.12.2013.

AIHM, Alekseyev/Rusya (4916/07, 25924/08,14599/09), 21.10.2010.

AIHM, Alnak/Türkiye (40287/98), 29.03.2005,

AIHM, Alves da Silva/Portekiz (41665/07), 20.10.2009.

AIHM, Appleby ve diğerleri/Birleşik Krallık (44306/98), 06.05.2003.

AIHM, Ashby Donald ve diğerleri/Fransa (36769/08), 10.01.2013.

AIHM, Aydın Tatlav/Türkiye (50692/99), 02.05.2006.

AIHM, Bayev ve diğerleri/Rusya (67667/09, 44092/12, 56717/12), 20.07.2017.

AIHM, Dağtekin/Türkiye (36215/97), 13.01.2005.

AIHM, Dink/Türkiye (2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09), 14.09.2010.

AIHM, Engel/Hollanda (5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72), 08.06.1976.

AIHM, Eon/Fransa (26118/10), 14.03.2013.

AIHM, Ernst August Von Hannover/Almanya (53649/09), 19.02.2015.

AIHM, Féret/Fransa, 15615/07, 16.07.2009

AIHM, Garaudy/Fransa (65831/01, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 24.06.2003.

AIHM, Gaygusuz/Avusturya (17371/90), 19.09.1996.

AIHM, Genovese/Malta (53124/09), 11.10.2011.

AIHM, Giniewski/Fransa (64016/00), 31.01.2006.

AIHM, Gough/Birleşik Krallık (49327/11), 28.10.2014.

AIHM, Handyside/Birleşik Krallık (5493/72), 07.12.1976.

AIHM, Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık (25594/94), 25.11.1999.

AIHM, Haupt/Avusturya (55537/10, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 02.05.2017.

AIHM, İ.A/Türkiye (42571/98), 13.09.2005.

AIHM, Instytut Ekonomichnykh Reform, TOV/Ukrayna (61561/08), 02.06.2016.

AIHM, Jelsevar ve diğerleri/Slovenya (47318/07, Kabul edilebilirlik Hakkında Karar), 11.03.2014.

AIHM, Jersild/Danimarka [BD] (15890/89), 23.09.1994.

AIHM, Jerusalem/Avusturya (26958/95), 27.02.2001.

AIHM, Kaos GL/Türkiye (4982/07), 22.11.2016.

AIHM, Kartunnen/Finlandiya (1685/10, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 10.05.2011.

AIHM, Kar ve diğerleri/Türkiye (58756/00), 03.05.2007.

AIHM, Karataş/Türkiye (23168/94), 08.07.1999.

AIHM, Leroy/Fransa (36109/03), 02.10.2008.

AIHM, Lindon, Otchakovsky-Laurens, July/Fransa (21279/02 et 36448/02), 22.10.2007.

AIHM, Lingens/Avusturya (9815/82), 08.07.1986.

AIHM, Lucas ve diğeri/Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 39013/02), 18.03.2003.

AIHM, Mathieu-Mohin Clerfayt/Belçika (9267/81), 02.03.1987.

AIHM, Murat Vural/Türkiye (9540/07), 21.10.2014.

AIHM, Müller ve diğeri/İsviçre (10737/84), 24.05.1988.

AIHM, Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç (40397/12, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 19.12.2013.

AIHM, Norwood/Birleşik Krallık (23131/03, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 16.11.2004.

AIHM, Oberschlick/Avusturya (11662/85), 23.05.1991.

AIHM, Observer ve Guardian/Birleşik Krallık (13585/88), 26.11.1991.

AIHM, Otto Preminger Institut/ Avusturya (13470/87), 20.09.1994.

AIHM, Özgür Gündem/Türkiye (23144/93), 16.03.2000.

AIHM, Pavel İvanov/Rusya, (35222/04, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 20.02.2007.

AIHM, Perinçek/İsviçre [BD] (27510/08), 15.10.2015.

AIHM, Sia Akka/LAA/Litvanya (562/05), 12.07.2016.

AIHM, Steel ve diğeri/Birleşik Krallık (24838/94) 23.09.1998.

AIHM, Soulas ve diğeri/Fransa (15948/03), 10.07.2008.

AIHM, Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1) (6538/74), 24.04.1979.

AIHM, Welsh Silva da Canha/Portekiz (16812/11), 17.09.2013.

AIHM, Wingrove/Birleşik Krallık (17419/90), 25.11.1996.

AIHM, Tatar ve Faber/Macaristan (26005/08,26160/08), 12.06.2012.

AIHM, Şık/Türkiye (53413/11), 08.07.2014.

AIHM, Ulusoy ve diğeri/Türkiye (34797/03), 03.05.2007.

AIHM, V.D.&C.G./Fransa (68238/01, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 22.06.2006.

AIHM, Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya (68354/01), 25.01.2007.

AIHM, Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH &Co. KG/Almanya (52205/11, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 15.03.2016.

AIHM, Witzsch/Almanya (7485/03, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 13.12.2005.

AIHM, Yazar/Türkiye (58709/00 ve 58756/00, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 31.10.2006.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

AIHK, Camiel van Breedam/Belçika (11577/85, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 04.10.1989.

AIHK, Karataş/Türkiye (23168/94, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 14.10.1996.

AIHK, Müller/İsviçre (10737/84, Komisyon Raporu), 08.10.1986.

AIHK, N./İsviçre (9870/82, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 13.10.1983.

AIHK, Özkan/Türkiye (23886/94, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 05.04.1995.

AIHK, S. ve G./Birleşik Krallık (17634/91, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 02.09.1991.

AIHK, Société National de Programmes FRANCE 2/Fransa (30262/96, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 15.01.1997.

AIHK, X. ve Y./Birleşik Krallık (8710/79, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), 07.05.1982.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K. T. 26.11.1986.

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

AYM, Fatih Taş Başvurusu (2013/1461), K. T. 12.11.2014.

AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu (2014/3986), K. T. 02.04.2014.

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 67, 213. (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=637>, Erişim tarihi: 14.08.2017)

BVerfGE 75, 369. (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=634>, Erişim tarihi: 14.08.2017)

BVerfGE 30, 173. (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1478> , Erişim tarihi: 14.08.2017)

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

Barnes v. Glen Theatre Inc. 501 U. S. 560 (1991).

Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971).

Eldred v. Ashcroft, 537 U. S. 186 (2003).

National Endowment of Arts v. Finley, 524 U. S. 569 (1998).

Texas v. Johnson 491 U.S. 397 (1989).

Fransa Yargıtay Kararları

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 20 Eylül 2016, 15-82.942.

Uluslararası Belgeler

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 3**, E/1991/23, 14.12.1990.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 17**, E/C.12/GC/17, 12.01.2006.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Genel Yorum No: 21**, E/C.12/GC/21, 21.12.2009.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Kültürel Haklar alanında Özel Raportörün, Farida Shaheed, Raporu: Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü Hakkı**, A/HRC/23/24, 14.03.2013.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Kültürel Haklar alanında Özel Raportörün Raporu**, A/HRC/31/59, 03.02.2016.

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Birimi, **Cultural Rights in the case-law of European Court of Human Rights**, Ocak 2011 (Son güncelleme tarihi 17.01.2017)
http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf
 (Erişim tarihi: 13.08.2017)

İnternet Sayfaları

Avrupa Konseyi/ Eurimages- European Cinema Support Fund,
http://www.coe.int/t/dg4/eurimages/About/MemberStates_en.asp

Gallimard.fr, Collection Bibliothèque de la Pléiade,
<http://www.gallimard.fr/Catalogue/GALLIMARD/Bibliotheque-de-la-Pleiade> (Erişim tarihi: 06.08.2017).

Huffpost.fr, **“VIDÉO. Dessins sur Marine Le Pen: Laurent Ruquier condamné pour la croix gammée, pas pour l'étron”**, 22.05.2014 (Güncelleme: 05.10.2016)
<http://i.huffpost.com/gen/1811086/thumbs/o-MARINE-LE-PEN-570.jpg?1> (Erişim tarihi: 04.08.2017)

Josef Felix Müller Resmi İnternet Sitesi, <http://www.jfmueller.ch/cms/index.php/7-jfm/11-3-naechte-3-bilder> (Erişim tarihi: 14.08.2017).

Noorlander, Peter, “When satire incites hatred: Charlie Hebdo and the freedom of expression debate”, The Centre for Media Pluralism and Media Freedom, Strengthening Journalism in Europe: Tools, Networking, Training, URL: <http://journalism.cmpf.eu.eu/wp-content/uploads/2015/01/leroy-150x150.jpg> (Erişim tarihi: 03.08.2017)

Taner Ceylan Resmi İnternet Sitesi,
<http://www.tanerceylan.com/media/dtanertaner.jpg> (Erişim tarihi: 31.07.2017).

Türk Dil Kurumu, **TDK Büyük Türkçe Sözlük**,
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts

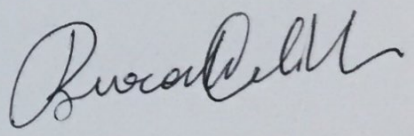
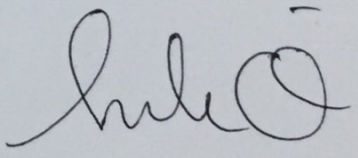
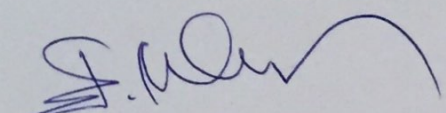
ÖZGEÇMİŞ

Atagün Mert Kejanlıoğlu 24 Ekim 1989 tarihinde Bursa'da doğmuştur. 2008 yılında Galatasaray Lisesi'nden, 2013 yılında ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2016 yılında *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*'nda "*Master 2 Recherche Droit Public Fondamental*" programını "*Le Président de la République dans les systèmes politiques turc et français*" başlıklı tezi sunarak tamamlamıştır. Mart 2014'ten beri MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Atagün Mert KEJANLIOĞLU
Tez Başlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sanatsal İfade Özgürlüğü
Savunma Tarihi 06.09.2017
Danışmanı Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK	
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ	
Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU	

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

