

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÇOĞULCULUK

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu
Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

GİRİŞ

Kaynağı ister ulus ister halk egemenliği anlayışına dayansın, günümüzde, demokrasi olgusu her şeyden önce toplumun “temsilcilerini seçmesi” yoluyla, diğer bir deyişle seçim yoluyla iş başına gelen temsilciler aracılığı ile gerçekleşmektedir. Demokrasilerde iş başına gelen çoğunluk belirli bir süre kamu işlerini yürütme hakkına sahiptir, kural olarak çoğunluğun yönetme hakkı vardır. Fakat bu hak çoğulcu demokrasilerde azınlıkta kalanların haklarının ortadan kaldırılması, çoğunluğun her istediğini yapabilmesi anlamına da gelmemektedir. Çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi arasındaki farklılık da burada ortaya çıkmaktadır. Eğer çoğunluğun her talebinin yapılabilmesi benimsenirse, çoğulcu bir demokrasiden değil çoğunlukçu bir demokrasiden söz edilir ki, çoğunluğun diktatörlüğüne yol açabilecek bu tür yönetim biçimleri, iktidar seçimle iş başına gelmesine rağmen artık bir demokrasi olarak dahi isimlendirilmemektedir.

Çoğulculuk, toplumsal muhalefetin bir gün çoğunluk olma şansını yok etmemeyi amaçladığı gibi, toplumdaki her bir bireyin haklarının korunmasını, farklılıkların yaşayabilmesini de amaçlamaktadır. Dolayısıyla çoğunluğun iradesinin yanılabilceği, hata yapabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğu temsil eden siyasi iktidarın sınırları çizilir ve her zaman hem siyasi hem de hukuki olarak denetlenir.

Çoğulcu demokraside iktidar hem geçici hem de değişkendir. İktidarın sınırlandırılması aynı zamanda azınlıkta kalanların korunmasıdır. Azınlıkta kalanların korunması, bunların çoğunluğu eleştirebilmesi, inanç ve düşüncelerini, yaşam anlayış ve biçimlerini tam bir açıklık ve serbestlik içinde ortaya koyabilmesi ile olanaklıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM) çoğulculuğun altını sıklıkla çizmekte ve çoğulculuğu demokratik bir toplumun olmazsa olmaz koşullarından biri olarak görmektedir. Çoğulculuğun en önemli araçlarından biri olan ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında İHAM şöyle demektedir: “İfade özgürlüğü demokrasinin temelinde yer alır, demokrasinin gelişmesi için ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel

şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşüncelere değil, aynı zamanda kızdıran, şok edici veya rahatsız edici haber ve düşüncelere de uygulanır; bunlar, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir¹.

O halde, toplumdaki çoğunluğun düşünce, duygu ve inançlarına aykırı olan şok edici, rahatsız edici haberler, görüşler, ifadeler veya diğer eylemli ifade ediş biçimleri ve yaşam biçimleri, çoğulcu bir demokraside koruma görmek zorundadır ve hoşgörü ile karşılanmalıdır, açık fikirlilik bunu gerektirmektedir.

Çoğulculuk ile eşitlik veya ayrımcılık yasağı arasında da bir bağ vardır. Eşitlik ilkesi, benzer konumdaki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmamasını öngörür, kişilerin farklı bir muameleye tabi tutulması için nesnel ve makul bir neden olmalıdır. Hem Türk Anayasa Mahkemesi hem de İHAM bu görüştedir². Fakat diğer yandan, ayrımcılık yasağı farklı konumdaki insanların farklı muamele edilmesini de gerektirir.

İHAM bir kararında şöyle demektedir: “kişinin haklarını kullanırken ayrımcılığa uğramama hakkı, her hangi bir nesnel ve makul bir neden olmaksızın, devletin, durumu önemli ölçüde farklı olan kişilere farklı davranmaması durumunda da ihlal edilir”³. O halde dolaylı ayrımcılık da yapılabilir. Devletin önemli ölçüde farklılıkları olan kişilere aynı biçimde davranması dolaylı bir ayrımcılığa neden olmaktadır. Dolayısıyla devletin farklı konumdaki kişilere farklı davranma pozitif yükümlülüğü de vardır. Bu yükümlülük, farklı cinsiyete, inanca, dine, düşünceye, kültüre, ırka, renge, yaşam biçimine saygılı olma yükümlülüğüdür. Böylece, farklı olma hakkının korunması ile çoğulculuk da korunacaktır.

İHAS özel yaşam hakkını düzenleyen 8., inanç özgürlüğünü düzenleyen 9., ifade özgürlüğünü düzenleyen 10., örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddelerinde demokratik toplumun gereklerinden söz etmektedir. Her dört hak ve özgürlük alanı için de aynı sınırlama rejimine yer vermiş ve sınırlamanın sınırı olarak da demokratik toplumda zorunluluğu esas almıştır. Diğer bir deyişle, yukarıda

¹ Örn. bkz. *Castells v. Spain*, 23.04.1992, para. 42; *Vogt v. Germany*, 26.09.1995, para. 52; *Incal v. Turkey*, 09.06.1998, para 46, www.echr.eoe.int/Eng/iudgments.htm.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İncoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, Yıl 206, S. 4, s. 45-61.

³ *Thlimmenos v. Greece*, 06.04.2000, para. 44.

belirtilen hak ve özgürlüklere müdahalelerin demokratik bir toplumda zorunlu olması gerekir, yani müdahale zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olduğu için yapılmalıdır, varılmak istenen meşru amaç ile yapılan müdahale arasında orantı olmalıdır. Bütün tartışma da hangi ifadeler ya da inanç ya da yaşam biçimlerinin dışı vurumuna demokratik bir toplumda müdahale edilebileceği ve ne ölçüde, yani ne kadar ağır bir yaptırım ya da engel getirilebileceği noktasındadır. Başka bir deyişle demokratik toplumun algılanış biçimi belirtilen hak ve özgürlüklerin sınırlarını göstermektedir. Demokrasi ne kadar çoğulcu algılanırsa hak ve özgürlüklerin alanı da o kadar genişleyecektir.

Yukarıda belirtilen bütün haklar bakımından İHAM'ın demokratik toplumu nasıl algıladığını belirlemek bir tebliğ metninin sınırlarının çok ötesine taşmakta, belki birkaç kitap konusu olabilecek kapsama ulaşmaktadır. Bu tebliğde sadece İHAM'ın hak ve özgürlüklerin, özellikle de ifade özgürlüğünün sınırlarını çizerken, siyasi alan ile ahlaki ve dini alanlarda çoğulculuğu nasıl algıladığı üzerinde durularak bir karşılaştırma yapılmaya çalışılacaktır.

1) Siyasi alanda çoğulculuk

İHAM'ın kararlarına bakıldığında siyasi içerikli ifadeler açısından değerlendirme yapılırken şu soruların önem kazandığı görülebilmektedir: Ne söylenmiştir? Ne tür tehlikeler vardır? Nerde ve nasıl söylenmiştir? Ne kadar alenilemiştir? Kim söylemiştir? Kime söylenmiştir? Dört N iki K olarak da fomüle edilebilecek bu soruları örneklerle biraz açmak gerekir.

a) N1: Ne söylenmiştir; İfadenin İçeriği

Ne söylendiği diğer bir deyişle, ifadenin içeriği çok önemlidir ve esas belirleyicidir. Örneğin sarf edilen siyasi sözlerin nefret söylemi içermesi veya şiddete teşvik ya da şiddeti onaylama olması o sözlere müdahale edilmesini meşrulaştırır.

Belirli bir toplumsal gruba yönelik olarak düşmanlık ve hoşgörüsüzlük içeren ifadeler çoğulcu bir toplumda koruma görmemektedir. *Gündüz* kararında İHAM şöyle demektedir:

« Mahkeme, hoşgörü ve bütün insanların eşit bir biçimde onuruna saygı gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğunun özellikle altını çizer. Bu nedenle ilke olarak, demokratik toplumlarda (dinsel

hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere) hoşgörüsüzlüğe dayalı nefretin meşrulaştırılmasını, geliştirilmesini, teşvik edilmesini ve yayılmasını içeren her türlü ifadenin önlenmesi ve cezalandırılmasının gerekli görülebileceğini, öngörülen 'formalitelere', 'şartların', 'sınırlamaların' veya 'cezaların' meşru amaçla orantılı olması koşuluyla kabul eder »⁴. « Ayrıca *Jersild v. Danimarka* kararında Mahkemenin belirttiği gibi, nefret söylemi oluşturan, belirli bir kişi veya grubu aşağılayabilen somut bir ifadenin md 10 tarafından korunmayacağından kuşku bulunmamaktadır »⁵.

Nitekim daha yeni kararlarında bu yaklaşımın uygulamasını görmek mümkündür. Önemli bir siyasi lider olan Jean-Marie Le Pen hakkında, Fransa'daki Müslümanların nüfusunun artmasını Fransızlar için büyük bir tehlike olarak yansıtan ve Fransızların güvenliğinin Müslüman toplumu reddetmeleri ile mümkün olacağını vurgulayan sözlerinden dolayı para cezaları verilmiştir. *Le Pen-Fransa* kararında İHAM dinsel hoşgörüsüzlük içeren sözlerin cezalandırılmasını demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olarak görmüş ve başvuruyu kabul edilmez bulmuştur⁶. Benzer şekilde *Feret* davasında da, Belçika'da bir siyasi parti lideri hakkında, partisinin astığı afiş ve dağıttığı bildirilerde göçmenlerle alay etmesi nedeniyle, dokunulmazlığı kaldırılarak kamu hizmetinde çalışma ve 10 aylık ertelenen hapis cezası verilmiştir. İHAM bu davada da ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi Sözleşmeye uygun bulmuştur⁷.

Şiddeti teşvik eden, destekler görünen ifadeler de koruma görmemektedir. *Zana-Türkiye* kararında⁸, Mehdi Zana'nın, büyük gazetelerden birine verdiği röportajda sarf ettiği "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum... vd." ifadeleri nedeniyle 312. md gereğince cezalandırılmasını İHAM Sözleşmeye uygun bulmuştur. Mahkeme şöyle demektedir:

"...bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda, PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırıları ile aynı döneme rastlamaktadır. Bu şartlar altında, Türkiye'nin güneydoğusundaki en önemli kenti Diyarbakır eski belediye başkanının, büyük günlük gazetelerden birinde

⁴ Ayrıca bkz. *Sürek v. Turkey (No 1)*, 08.07.1999, para. 62.

⁵ *Gunduz v. Turkey*, 04.12.2003, para. 40-41.

⁶ *Le Pen v. France*, 20.04.2010.

⁷ *Feret v. Belgium*, 16.07.2009.

⁸ *Zana v. Turkey*, 25.11.1997, www.echr.coe.int/Eng/judgments.htm. Türkçe çevirisi için bkz, "Zana - Türkiye", çev. Emine Karacaoğlu, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, C. II, İstanbul Barosu yay., İstanbul 1998, s. 304

yayınlanan röportajında 'ulusal kurtuluş hareketi' olarak tanımlanan PKK'ya destek vermesi, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir... Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın 'toplumsal ihtiyaç baskısına' makul bir yanıt olarak görülebileceğini ve ulusal makamlarca gösterilen gerekçelerin 'uygun ve yeterli' olduğunu kabul eder"⁹.

Sürek (no: 1) davasında ise, Sürek'in sahiplerinden biri olduğu haftalık dergide yayınlanan iki okuyucu mektubu değerlendirilmiş ve eleştiri sınırlarının aşıldığı kanaatine varılmıştır. Bu davada içinde bulunulan terör ortamı da dikkate alınarak "faşist Türk ordusu", "TC cinayet çetesi", emperyalizmin kiralık katilleri" gibi ifadelerin yer aldığı mektuplar nedeniyle Sürek'in mahkûmiyeti sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. Mahkemeye göre bu ifadeler, kendini ölümcül şiddet olarak ortaya koyan mevcut önyargıları güçlendirerek ve duyguları harekete geçirerek *kanlı bir hesaplaşmayı teşvik* etmektedir. Bu mektupları yayınlamakla başvurucu yayıncı da sorumluluk altına girmiştir.

Gerek *Zana* kararı gerekse *Sürek* (no. 1) kararı şiddeti öven şiddeti teşvik eden ifadeler bakımından 10. Md'nin koruma sağlamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Şiddet içeren ifadeler çoğulcu bir demokrasinin benimsediği bir yaklaşım değildir.

Şiddet, örgütlü ya da toplu halde kendini ifade etme yöntemleri bakımından da benimsenmez. Örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. Madde barışçıl bir biçimde yapılan gösterileri ve örgütlenmeyi korumaktadır. İHAM'ın gerek siyasi partilerle ilgili kararlarında gerekse gösteri yürüyüşü ile ilgili kararlarında bu yaklaşımı görmek mümkündür.

İHAM, *TBKP-Türkiye* kararında demokrasi ile siyasi grupların faaliyetleri arasındaki ilişkiyi şu şekilde tanımlamaktadır: "Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, bir ülkenin sorunlarını, *şiddete başvurmaksızın*, bıktırıcı olsa bile, *diyalog yoluyla* çözme imkânı tanınması olduğunu kabul etmektedir. Demokrasi ifade özgürlüğü ile gelişir. Bu açıdan bakınca siyasi bir gruba, sırf devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve *demokratik kurallara uygun olarak*

⁹ Para, 59-61

herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istediği için engel olunması haklı görülemez"¹⁰.

Herri Batasuna-İspanya kararında da aynı yaklaşım görülebilir: "*Mahkeme'nin içtihadında da yerleşmiş olan prensibe göre; çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz. Demokrasinin başlıca karakteristik özelliklerinden birisi, birbirlerini kaygılandırırsalar ve rahatsız etseler dahi tartışılan konular üzerinde şiddete başvurmada, diyalog yoluyla görüş alışverişinde bulunulabilmesi imkânıdır*"¹¹.

Sosyalist parti ve *TBKP* kararlarına bakıldığında, İHAM'a göre, "bir siyasi partinin programı veya yöneticilerinin ifadeleri, açığa vurduğu amaç ve hedeflerden farklı olabilir. Bunun böyle olmadığını doğrulamak için, partinin ve yöneticilerinin *eylemleri ve savundukları konuları bir bütün olarak* ele alarak, program ve ifadelerin içeriği ile karşılaştırmak gerekir"¹².

Bu kararlardan şu sonuçlara varmak mümkündür; İHAM'a göre, siyasi partilerin, (a) *demokratik kurallara uygun olarak*, (b) ülkenin sorunlarını *barışçıl yollardan çözüm önerileri getirerek tartışması* siyasi partinin özgürlük alanındadır¹³ ve (c) tersi bir hedef güttüğünü anlamak için *sadece programına veya tüzüğüne değil eylemlerine de* bakarak bir bütün olarak, karşılaştırma yapmak suretiyle değerlendirmek gerekir.

İHAM'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili yaklaşımı da aynı yöndedir. *Oya Ataman* kararında başvuran yönetiminde 40-50 kişilik bir grup, ellerinde pankartlarla toplanmışlardır. Polis, izinsiz gösteri yaptıkları ve kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle, hoparlörle kalabalığa dağılması yönünde uyarıda bulunmuştur. Grup, yapılan uyarıları dinlemeyerek, güvenlik güçlerine rağmen yürüyüşlerine devam etmiştir. Güvenlik güçleri, göstericileri "biber gazı" olarak adlandırılan göz yaşartıcı sprey kullanarak dağıtmış, aralarında başvuranın da yer aldığı otuz dokuz kişiyi gözaltına alarak, karakola götürmüştür. İHAM bu kararda şöyle demektedir:

¹⁰ "*Türkiye Birleşik Komünist Partisi - Türkiye*", 30.01.1998, çev. Sibel İnceoğlu, Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKD) C. II, Ed. Osman Doğru, Sibel İnceoğlu. Hasan Kemal Elban, İstanbul Barosu yay., İstanbul 1998, s. 372-394, para. 57.

¹¹ *Herri Batasuna - İspanya*, 30.06.2009, para. 76, çev. Aşena Topçubaşı, İnsan Hakları Başkanlığı, <http://www.tohav.org/?bolum=dosya&no=63>.

¹² *Socialist Party v. Turkey*, 25.05.1998, www.echr.coe.int/Eng/judgments.htm, Reports 1998-IH, para. 48; *Türkiye Birleşik Komünist Partisi - Türkiye*, para. 58; *Refah Partisi and Others v. Turkey*, 31.07.2001, (third section judgment), para. 48.

¹³ Liberal devlet bütün görüşlerin örgütlenmesine, siyasal iktidar yarışma katılmalarına izin verirken, bunların şiddet yoluna başvurulmadan yapılmasını kabul eder. Erdoğan Teziç, *100 Soruda Siyasi Partiler*, Gerçek yay., İstanbul 1976, s. 132.

“...Gösterici gruba yürüyüşün yasadışı olduğu ve halkın kalabalık olduğu bir saatte kamu düzeninde neden olabilecekleri karışıklıklar konusunda birçok kez bilgi verildiği ve dağılmaları konusunda uyarıldıkları ortaya çıkmaktadır. Başvuran diğer göstericilerle birlikte, güvenlik kuvvetlerinin uyarılarına uymamış ve geçişi zorlaştırmaya çalışmıştır.

Bununla birlikte dosyadaki hiçbir unsur söz konusu grubun, trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için tehlike arz ettiğini göstermemektedir. Sadece, en fazla elli kişilik bir grubun kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmesi söz konusudur. Mahkeme, gösterinin öğleye doğru başladığını ve ilerleyen yarım saat içinde de grubun yakalanması ile sona erdiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, özellikle yetkililerin, İnsan Hakları Derneği adına düzenlenen gösteriye son vermekte gösterdikleri sabırsızlığa anlam verememektedir.

Mahkemeye göre, göstericiler şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığında kamu güçlerinin, İHAM’ın 11. maddesi tarafından güvence altına alındığı şekliyle toplantı özgürlüğünün geçerli olabilmesi için, barış yanlısı toplanmalara hoşgörülle yaklaşması önem taşımaktadır”¹⁴.

Bu kararlar İHAM usuli kurallara uyulmadan örneğin bildirim yapılmadan gerçekleşen bir gösteriye dahi şiddet içermediği müddetçe hoşgörülle yaklaşılması gerektiğini benimsemektedir.

Şiddet veya belirli bir gruba veya kişiye karşı nefret ve hoşgörüsüzlük içermediği müddetçe sisteme yönelik her türlü bireysel düşüncenin koruma altında olduğu söylenebilir. Örneğin *Yalçın Küçük – Türkiye* davasında, ayrılıkçılığı destekleyen görüşleri nedeniyle başvurucuya verilen altı buçuk yıllık hapis cezası, şiddeti araç olarak önermediği ve nefret söylemi içermediği için ölçüsüz bulunmuştur¹⁵.

Gündüz – Türkiye kararı da buna iyi bir örnektir. *Gündüz* kararında bir televizyon programında canlı yayında, Türkiye’deki demokrasiyi despotik, acımasız ve dinsiz olarak, laik sistemi iki yüzlü ve münafık olarak nitelendiren Aczimendi tarikatı lideri Müslüm Gündüz’ün iki yıl hapis cezası ile cezalandırılması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. Gündüz’ün ifadeleri, konuşmanın bütünü içinde değerlendirilerek, şiddeti teşvik etmediği ve dinsel hoşgörüsüzlük üzerinden

¹⁴ *Oya Ataman v. Turkey*, 05.12.2006, para. 40-42.

¹⁵ *Yalçın Küçük v. Turkey (No. 3)*, 22.04.2008.

kine teşvik edici olmadığı gerekçesiyle yine ifade özgürlüğünün koruması altında görülmüştür¹⁶.

Gündüz aynı yayında şeriatı da savunmuştur. Bu açıdan da İHAM'ın dikkat çektiği nokta bu fikri savunurken Gündüz'ün herhangi bir şiddet içeren yöntemden söz etmemesi, milli mahkeme önünde de silah ve baskıyla değil insanları ikna ederek şeriatın geleceğini savunmasıdır¹⁷. O halde şiddete teşvik etmediği ve belirli bir gruba karşı nefret ve hoşgörüsüzlük içermediği müddetçe devlet ve hukuk düzeninin değiştirilmesine ilişkin, şeriat da dahil olmak üzere, herhangi bir görüşü dile getirmek mümkündür.

Bu sonuç bizi, haklı olarak, şu soruları sormaya da sevk edecektir: Acaba şeriat demokrasi ile uyumlu mudur? Şeriatı uygulayan devletlerde insan hakları ve demokrasi korunmakta mıdır? Eğer korunmuyor ise, demokrasi ve insan haklarını temel alan bir sistem nasıl olur da demokrasi ve insan haklarını güvence altına almayan bir sistemin savunulmasına izin verir?

İHAM kararları şeriatın, insan hakları ve demokrasi ile uyuşmadığı yönündedir. Örneğin İHAM, *Jabari-Türkiye* kararında hakkında zina suçlaması yapılan İran vatandaşı bir kadının İran'a geri gönderilmesini İHAS'a aykırı görmüştür. Çünkü İran'daki İslam Hukuku gereğince, zina nedeniyle uygulanan taşlanarak öldürülme cezasını insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir¹⁸.

Refah Partisi ve diğerleri -Türkiye kararında ise bu tespiti daha da açık bir biçimde yapmıştır. İHAM'a göre şeriatın öngördüğü ceza ve ceza usul hukuku ile kadının konumu İHAS'da tanınan haklara aykırıdır. Ayrıca şeriat değişmez dogmalar ve kutsal kuralları yansıttığı için demokrasinin temel ilkelerine de aykırıdır¹⁹. Başka nedenlerin yanı sıra, bu nedenle de İHAM Refah Partisinin kapatılmasını İHAS'a uygun bulmuştur. İHAM şöyle demektedir:

“Eğer bir siyasi partinin yöneticileri şiddete başvurmaya teşvik ediyor veya demokrasi kurallarından biri veya birkaçıyla uyuşmayan bir politika hedefliyor ya da demokrasiyi tahrip ve demokraside korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmeyi

¹⁶ *Gündüz v. Turkey*, para. 48.

¹⁷ Para. 50-51.

¹⁸ *Jabari v. Turkey*, 11.07.2000, para. 41.

¹⁹ *Refah Partisi and others v. Turkey*, (Grand Chamber), 13.02.2003, para. 123.

amaçlıyorsa, o parti kendisine bu nedenlerle verilen cezalara karşı Sözleşmenin korumasını talep edemez”²⁰.

Gündüz kararında ise İHAM şöyle demektedir:

“Hiç şüphe yok ki, Sözleşmenin dayandığı değerler gereği, dinsel hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefretin meşrulaştırılmasını veya teşvik edilmesini ya da yayılmasını amaçlayan ifadeler md 10’un koruması altında değildir. Bununla birlikte, şeriatı savunmak, şiddete çağrı yapılmadığı müddetçe, nefret söylemi olarak görülemez. Ayrıca, başvuruçunun olayı çok özel bir çerçevede değerlendirilmelidir. İlk olarak, ... söz konusu programın amacı başvuruçunun lideri olduğu bir tarikatı tanıtmaktır; ikinci olarak başvuruçunun uç noktalardaki görüşleri zaten daha önce kamunun önünde tartışılmış ve bilinmektedir ve ayrıca programa katılan diğerlerinin müdahalesi ile dengelenmiştir; son olarak bu görüşler başvuruçunun aktif olarak katıldığı çoğulcu bir tartışmada dile getirilmiştir. Bu nedenle Mahkeme bu olayda sınırlama ihtiyacının doğduğuna ikna olmamıştır”²¹.

O halde İHAM, iktidara gelme ve rejimi değiştirme ihtimali olan bir partinin sadece amaca ulaşmak için önerdiği araçların barışçıl olmasını değil amacının da demokrasiye uygun olmasını ararken, bireysel bir ifade için aynı hassasiyeti göstermemektedir. Öyleyse şöyle bir yorum yapmak yanlış olmaz: demokrasi karşıtı bireysel bir ifadenin demokrasi açısından yarattığı tehlike ile örgütlü bir biçimde ortaya konan ve gerçekleştirilme olasılığı olan demokrasi karşıtı ifadeler arasında fark vardır. Birincisi dengelenmiş bir yayıncılıkla sunulmuşsa, bir tehlike olarak görülmezken, ikincisi dikkate alınması gereken bir tehlike olarak görülmektedir.

b) N2: Ne tür Tehlikeler Vardır; İçinde Bulunan Somut Durum

İfadenin içeriğinin yanı sıra ne tür tehlikelerin olduğunun saptanması da bazen önem kazanır. Şiddete teşvik olup olmadığı saptanırken toplumun içinde bulunduğu durum, bir şiddet ortamının olup olmadığı, diğer bir deyişle sözlerin yarattığı tehlike belirleyici olabilmektedir.

²⁰ Para. 98.

²¹ Gündüz v. Turkey, para. 51.

Örneğin *Zana* kararında²², röportajın, güneydoğudaki aşırı bir *gerilimin bulunduğu sırada yapıldığını*, röportajda "ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımlanan PKK'ya destek verilmesinin, o bölgede *zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceğini* İHAM dikkate almıştır.

Sürek (No 1) kararında da Mahkeme yayınlanan ifadelerin, kendini *ölümcül şiddet olarak ortaya koyan mevcut önyargıları ve duyguları* güçlendirebileceğini belirtmektedir.

Benzer yaklaşım siyasi partilerle ilgili de gösterilmektedir. *Refah partisi – Türkiye* kararında, çok hukukluluk ve Şeriat kurallarını öneren Refah partisinin kapatılmasını Sözleşmeye aykırı görmeyen İHAM şöyle demektedir: "*Türkiye'nin tarihi ve büyük Müslüman çoğunluğu göz önünde tutulduğunda, teokratik bir rejimin kurulma olasılığı tahayyül edilemez bir durum değildir*²³. *Refah Partisinin kazandığı milletvekili sayısı, seçimlerdeki oy oranı ve radikal dini akımların siyasi geçmişi dikkate alındığında Refah Partisinin siyasi amaçları teorik veya hayali değildir, ulaşılabildir*"²⁴. Dolayısıyla İHAM, akıl dışı, hayali bir tehlikeden değil olanaklı bir tehlikeden söz edildiğini ve somut olarak da bir tehlike olduğunu kabul etmektedir.

Çoğulcu demokrasi sadece zorunlu olduğunda bireysel veya örgütlü ifadelere müdahale etmelidir. Gerçekten somut bir tehlike yoksa müdahaleden kaçınılması gerekir.

c) N3: Nerede ve Nasıl Söylenmiştir; Mekan, Ortam.

Sözlerin nerede ve nasıl ifade edildiği, diğer bir deyişle hangi koşullar altında sözlerin sarf edildiği bazen belirleyici olabilmektedir. Örneğin, bir canlı yayın veya kamuya yönelik bir yerdeki konuşma sırasında sarf edilen sözleri geri almak mümkün değildir, heyecan veya kızgınlık ile söylenmiş sözlerle ilgili daha hoşgörülü olmak gerekir.

Yine *Gündüz* kararı buna ışık tutuyor. *Gündüz* televizyon programında canlı yayında bir imam tarafından değil de Belediye memuru tarafından kısılan nikahın

²² *Zana v. Turkey*, 25.11.1997, www.echr.coe.int/Eng/iudgments.htm. Türkçe çevirisi için bkz, "*Zana - Türkiye*", çev. Emine Karacaoğlu, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, C. II, İstanbul Barosu yay., İstanbul 1998, s. 304.

²³ *Refah Partisi v. Turkey*, 31.07.2001, (Third Section), para. 65.

²⁴ Para. 77.

sonucu doğan çocukların piç olacağını söylemiştir. Bu ifadenin laik yaşam biçimini benimsemiş olanlara karşı bir aşağılama olduğu konusunda kuşku yoktur, İHAM da bu görüştedir. Buna rağmen Türkiye aleyhine ihlal kararı çıkmıştır. Çünkü İHAM'a göre bu ifade canlı yayında kullanılmıştır, canlı yayın sırasında yapılan sözlü beyanları Gündüz'ün formüle etme, düzeltme, kamuya açıklanmadan önce geri alma olanağı yoktur. Bu nedenle İHAM, ifade özgürlüğü ile başkalarının haklarının korunması arasındaki menfaatler dengesinde, içinde bulunan somut koşulları dikkate alarak birinciden yana tavır almıştır.

Gündüz kararında İHAM'ın ihlal sonucuna varmasında, Türk milli mahkemelerinin yaklaşımlarının da etkili olduğu söylenebilir. Milli mahkemeler, bir toplumsal kesime yönelik aşağılayıcı ifadeler üzerinden gerekçe kurmaktansa laikliğe aykırı şeriatı benimseyen söylemini esas alarak ceza vermişlerdir²⁵. İHAM bir anlamda, milli mahkemelerin önem atfetmediği bir konuyu değerlendirmesine esas almaktan kaçınmıştır, çünkü Gündüz'e yönelik ceza, laik yaşam biçimini benimseyenlere hakaret ettiği için değil, şeriatı savunduğu için verilmiştir.

d) N4: Ne Kadar Alenileşmiştir; Muhatap Kitle

Kullanılan ifadeler belirli bir kitleye ulaşmamışsa müdahaleden kaçınılmalıdır. Örneğin, *İncal* kararında, HEP İzmir Örgütü yönetim kurulu tarafından basılan bir el ilanının dağıtılması için İzmir Valiliğinden izin istenmiş, fakat bu başvurunun ertesi günü bildirilere el konulmuş ve yazarlar aleyhine dava açılmıştır. Mahkemeye göre, yetkili milli merciler tarafından ayrılıkçı propagandanın yer aldığı düşünülen bu metin üzerinde değişiklik yapılması talep edilebilecekken edilmemiş ve henüz dağıtılmamış bir yazı nedeniyle *İncal* cezalandırılmıştır²⁶.

Sarf edilen ifadelerin alenileşmemesini ifadenin cezalandırılmaması için bir neden olarak gördüğü İHAM'ın başka bir kararı da *Grigoriades-Yunanistan* davasında verdiği karardır. Bu davada zorunlu askerlik hizmetini yapan ve firar eden başvurucu,

²⁵ *Gunduz v. Turkey*, para.49.

²⁶ *İncal v. Turkey*, para. 55.

komutanına gönderdiği mektubunda, askerliğin ve ordunun insanı aşağıladığını, şiddet psikolojisi yarattığını, toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğunu, bir terör cihazı olduğunu belirtmiş, genç insanlara seçme hakkı verilmesi için ve bu otoriter kurumların tasfiyesi için savaşıacaklarını vs. açıklamıştır. Başvurucu orduya hakaret suçundan üç ay hüküm giymiştir.

İHAM, mektupta sert ve kızgın ifadeler olduğunu ve askeri disiplinin korunmasının da önemli bir meşru amaç olduğunu kabul etmekle birlikte, mektupta belirtilenlerin orduya yönelik uzunca bir *eleştirel söylev* olduğunu, mektubun *yayınlanmadığını* ve bir kopyasının bir subaya verilmesi dışında *geniş bir kitleye dağıtılmadığını*, mektupta gönderilen kişiye veya başka bir kimseye yönelik bir hakaretin yer almadığını, bu nedenle mektubun askeri disiplin üzerinde sahip olduğu etkinin önemsiz olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle müeyyide ile meşru amaç arasındaki orantının aşıldığı sonucuna varılmıştır²⁷.

e) K1: Kime Yöneltilmiştir; İfadenin Hedefindeki Kişi

Özellikle sert eleştirilerde, eleştiri ile aşağılamanın ayrımı yapılırken, ifadenin kime yöneldiği de önem kazanmaktadır. Çünkü siyasi kişiler sıradan kişilere göre daha fazla eleştiriye açık olmak zorundadırlar, hükümet ise hem sıradan kişilere hem de bir siyasi kişiye göre çok daha fazla ağır eleştiriye açık olmalıdır. Örneğin sıradan bir vatandaşa yöneltilen bir ifade hakaret olarak değerlendirilip müdahale edilirken, aynı ifade siyasi bir kişiye (başbakan, bakan gibi) veya hükümete yöneltildiğinde müdahale gerektirmeyen bir ifadeye dönüşebilmektedir. Burada da siyasi çoğulculuğun demokratik toplumdaki temel işlevi ön plana çıkmaktadır.

Lingens-Avusturya davasında bir gazeteci, birkaç yazısında, eski Avusturya Federal Şansöyesi'ni, geçmişinde Nazi faaliyetleri olan birinin yönettiği bir parti ile koalisyon kuracağını açıkladığı için eleştirmiştir. Gazeteci Lingens, Şansölye'nin davranışını "ahlâksızca", "onursuzca" ve "en adi türden oportünizm" olarak nitelmiştir. Şansölye'nin açtığı şahsi ceza davasında Avusturya mahkemeleri bu ifadelerin hakaret içerdiğine karar vererek gazeteci hakkında para cezasına hükmetmişlerdir. Mahkûmiyetin gerekçesi, gazetecinin değer yargısının doğruluğunu

²⁷ *Grigoriades v. Greece*, 25.11.1997, para. 45-48.

kanıtlanamamasına dayanmıştır. İHAM ulusal mahkemelerin yaklaşımını değerlendirerek değer yargılarının kanıtlanmalarının ilke olarak mümkün olmadığını belirlemiştir²⁸. İHAM, “olgular” ile “değer yargıları” arasındaki ayırımı vurgulamış ve “değer yargıları”nın doğruluğunu kanıtlamanın olanaksız olduğunu söylemiştir. Davacının Şansölye’nin siyasi tutumu konusundaki kanaatleri, bilgi yayma hakkının ötesinde kanaatlere sahip olma ve bunları yayma hakkının bir tezahürüdür. Olguların varlığı kanıtlanabilir olmakla birlikte, değer yargılarının doğruluğu kanıta başvurularak ortaya konulamaz. Değer yargılarının doğruluğunu kanıtlama koşulu bizatihi ifade özgürlüğüne büyük bir darbe vurmaktır. İHAM aynı zamanda Lingens’in değer yargılarının dayanağı olan olguların ve iyi niyetinin tartışma konusu yapılmamasını da dikkate almıştır.

Lingens davasında, İHAM ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen haber ve düşüncelere değil aynı zamanda muhalif olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulandığını ve çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün bunu gerektirdiğini vurguladıktan sonra, siyasi konuların açıklıkla tartışılmasına ilişkin yararın *siyasi liderlerin eleştiriye daha açık olması* sonucunu da doğurduğunu belirlemiştir.

Siyasetçilerin medyadaki eleştirilere daha büyük bir hoşgörü ile yaklaşması gereği şu şekilde ifade edilmiştir:

“Basın özgürlüğü halka siyasi liderlerin düşüncelerini ve tutumlarını keşfetmek ve bu konularda bir fikir oluşturmak bakımından en iyi araçlardan birini sunar. Genel olarak, siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme’de öncelikle korunan demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer alır. Bir siyasetçi hakkında yapılacak kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir kişi hakkındakilerden daha geniştir. Sıradan kişiden farklı olarak, siyasetçi kaçınılmaz olarak ve bilerek kendini, her kelimesinin ve eyleminin hem gazetecilerce, hem de genel olarak kamuoyunca sıkı bir şekilde izlenmesine açık bir konuma yerleştirmiştir. Bu nedenle, daha fazla hoşgörü göstermek zorundadır”²⁹.

Siyasetçilerin her türlü saldırıya karşı açık olmalarını beklemek haksızlık olur, onların da kendi şöhretlerinin korunmasını talep etmeleri doğaldır. Fakat bu durumda korumanın gereği ile siyasi sorunların açıkça tartışılma ihtiyacı karşılıklı olarak

²⁸ *Lingens v. Austria*, 08.07.1988, para. 46.

²⁹ Para. 42.

tartılmak zorundadır. Tartışma konusu yazıların hangi siyasi ortamda nasıl bir arka planın sonucu yazıldığı da dikkate alınmaktadır. Aynı kararda İHAM şöyle demektedir:

“İfadeler seçim sonrası siyasi polemiklerin olduğu bir arka planda beyan edilmiştir...bu mücadelede herkes elinde ne silah varsa onu kullanmıştır; bu silahlar da politikanın genellikle sert geçen mücadeleleri çerçevesinde hiç de alışılmadık bir nitelik taşımamaktadır”³⁰.

Benzer şekilde, *Oberschlick (2)* davasında, bir siyasetçinin tutumu için “budala” sözcüğünün kullanılması kabul edilebilir bulunmuştur. Bu davada, başvuru gazeteci, (Avusturya Özgürlük Partisi lideri ve Karintiya Eyaletinin Hükümet Başkanı) Haider’in İkinci Dünya Savaşı’nda Alman askerlerinin barış ve özgürlük için savaşmış olduğunu söylemesinden sonra, Haider için “budala” ifadesini (“...Nazi değil...ama budalanın teki”) kullanmıştır. İHAM, Haider’in kendi konuşmasının kışkırtıcı olduğuna işaret etmiş ve Haider tarafından bilinçli biçimde kışkırtılan isyan duygusuyla karşılaştırıldığında, “budala” sözcüğünün orantısız sayılamayacağına karar vermiştir³¹.

Benzer bir biçimde *Lopes Gomes da Silva* davasında, bir gazetecinin yazısında, belediye seçimlerinde aday olan birinin “gülünç”, “soytarı” ve “kaba (bayağı)” terimleriyle anılmış olması değerlendirilmiştir. İHAM kullanılan dilin keskin olmakla birlikte abartılı olmadığını ve adayın kışkırtıcı bir konuşmasına cevap niteliği taşıdığını belirtmiştir. İHAM aynı zamanda şunu da eklemiştir:

“Siyasi tahkir birçok durumda kişisel alana da taşar; bu, siyasi yaşamın ve fikirlerin özgürce tartışılmasının doğasında olan bir tehlikedir. Bunlar ise demokratik bir toplumun güvenceleridir”³².

İHAM’in ilkeleri ışığında, siyasetçileri ya da genel olarak üst düzey yetkilileri (örneğin cumhurbaşkanını, başbakanı, bakanları, milletvekillerini vb.), başta basından gelenler olmak üzere, hakarete veya şöhretine yönelik saldırıya karşı özel ya da daha ağır cezalar aracılığıyla korumayı hedefleyen yasaların 10. Madde ile çelişir bir nitelik

³⁰ Para. 43.

³¹ *Oberschlick-Avusturya (2)*, 01.07.1997, para. 31-33.

³² *Lopes Gomes Da Silva v. Portugal*, 28.09.2000, para. 34.

taşıdığı söylenebilir³³. *İlgili kişinin özel yaşamına müdahaleye varmadığı müddetçe*³⁴ *bu tür abartılı ifadeler ifade özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.*

İHAM'ın kararları diğer kamu görevlileri bakımından da benzer bir özellik göstermektedir. İHAM *Thoma – Lüksemburg* kararında, bir gazeteci hakkında bazı kamu çalışanlarını isim vermeden yolsuzluk yapmakla suçlayan radyo programı nedeniyle tazminata hükmedilmesini değerlendirmiştir. İHAM şöyle demektedir:

*“Kamu çalışanlarını, resmi bir görev icraları nedeniyle eleştiri sınırı, tıpkı siyasetçiler gibi, sade vatandaşı eleştiri sınırından daha genişdir. Bununla beraber, kamu çalışanlarının, siyasetçiler gibi bütün sözlerini veya eylemlerini bilerek ve isteyerek toplumun sıkı denetimine sundukları söylenemez. Bu nedenle kamu çalışanlarına ancak mesleki davranışlarına ilişkin olarak siyasilerle aynı biçimde muamele edilebilir*³⁵.

Siyasiler gibi kamu çalışanları da daha fazla eleştiriye açık olmak zorundaysalar da, onlar siyasilerden farklı olarak sadece mesleki davranışları konusunda daha hoşgörülü olmak durumundadırlar, kendilerini bilerek ve isteyerek toplumun sıkı incelemesine sunmamışlardır. Bu noktada şunu da hatırlatmak gerekir; kamu çalışanlarına yönelik geniş eleştiri sınırı yargıçlara yönelik olanla eşit düzeyde değildir. Yargının otoritesini ve tarafsızlığını koruma meşru amacı ile ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği Sözleşmenin 10. maddesinde ayrıca belirtilmektedir³⁶. Yargı eleştiriden muaf olmamakla birlikte, görülmekte olan davalara müdahaleyi önlemek için ifade özgürlüğüne yönelik bazı özel sınırlamalar, demokratik toplumda gerekli olması şartıyla, getirilebilmektedir.

İfade hükümete, devlete veya kurumlara yöneltilmiş ise, İHAM *Castells-İspanya* kararında şöyle diyor: *“Kurumların bireylere göre veya hükümetin muhalefete göre daha kapsamlı bir korumadan yararlanmasının hiçbir gerekçesi yoktur”*. Bu kararda İHAM siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü bir biçimde savunmuştur.

Castells, o tarihlerde İspanya Parlamentosu'nda Bask Bölgesi'nin bağımsızlığını savunan bir siyasi partinin senatörüdür. 1979'da ülke çapında okunan

³³ Monica Macovei, *İfade Özgürlüğü*, İnsan Hakları El Kitapları No. 2, s. 98-101, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad10_ifade.pdf, (15.02.2010).

³⁴ *Tammer v. Estonia*, 06.02.2001.

³⁵ *Thoma v. Luxembourg*, 29.03.2001, para. 47.

³⁶ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia publ., Antwerp-Oxford-New York 2002, s. 118-121.

bir günlük gazetede “Öfkelenirici Dokunulmazlık” başlıklı bir yazısı yayınlanmıştır. Castells, bu yazıda, hükümeti Bask Bölgesi’ndeki cinayetleri soruşturmamakla suçlamış ve şöyle demiştir: *“bu cinayetlerin faileri, hiçbir ceza görmeksizin, eylem yapmaya, sorumluluk taşıyan görevlerde çalışmaya ve bulunmaya devam ediyorlar. Tutuklanmaları için hiçbir mahkeme kararı çıkartılmamıştır”*. Aynı zamanda, hükümeti bu cinayetlerde suç ortağı olmakla da suçlamıştır: *“iktidarda olan sağıın bu kadar çok sayıdaki suçun failerini bulmak ve cezalandırmak için elinde her türlü olanak (polis, mahkemeler ve cezaevleri) vardır. Ama hiç merak etmeyin, sağıın kendi kendini arayıp bulmaya niyeti yoktur. (...) Kamu düzeninden ve cezai kovuşturmadan dün kim sorumlu ise bugün de onlar sorumludur”*. Bu suçlardan sorumlu olan radikal gruplar hakkında şöyle demiştir: *“hep güncelleştirilen yüklü dosyaları vardır. Hatırı sayılır miktarda silahları ve paraları vardır. Sınırsız malzemeleri ve kaynakları vardır ve hiç ceza görmeyeceklerini bilerek hareket ederler... denebilir ki, kendilerine önceden hukuki dokunulmazlık güvencesi verilmiştir”*.

Castells yazısında, *“bu eylemlerin ardında ancak hükümetin, hükümet partisi ve bunların adamlarının olabileceğini, Bask muhaliflerinin acımasızca takip edilerek fiziksel olarak ortadan kaldırılmasını artan ölçüde bir siyasi araç olarak kullandıklarını”* belirterek, hükümeti “cani” olarak nitelendirmiştir.

Castells hükümete hakaretle suçlanmış ve fiilen hapis yatmamış olmakla birlikte bir yıl hapis cezası almıştır. İHAM önünde İspanyol Hükümeti Castells’in mahkûmiyet kararının “kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi”ne hizmet ettiğini ileri sürmüştür. İHAM 10. Madde’nin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiş ve başvuruçunun hükümete yönelmiş olduğu eleştirilere ilişkin olarak şu saptamayı yapmıştır:

“Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilen eleştiri sınırı sade bir vatandaştan hatta bir siyasetçiden çok daha geniştir. Demokratik bir sistemde hükümetin eylem ve ihmalleri sadece yasama ve yargı erki tarafından sıkı bir denetim altında değildir, aynı zamanda basın ve kamuoyunun da denetimi altındadır. Ayrıca hükümetin işgal ettiği üstün konum, muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabilecekken ceza davasına başvurmamayı gerektirir”³⁷.

³⁷ Castells v. Spain, 23.04.1992, para. 46.

İHAM, *Incal-Türkiye* kararında da aynı ölçütü kullanmaktadır. Karara göre *hükümet, sade vatandaşlardan, hatta siyasetçilerden de daha fazla eleştiriye açık olmak zorundadır*³⁸.

Bu kararlar gösteriyor ki: yasaya itaatsizliğe kışkırtma ilke olarak cezalandırılabilir bir eylem olmakla birlikte, yargıçlar kanunun öngördüğü bir yasağı otomatik tarzda uygulamamalıdır. Yargıçlar, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımının cezalandırılmasının, “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartmalı ve ölçülülük ilkesini uygulamalıdır. Ayrıca, *Castells* kararının ortaya koyduğu gibi, ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler, sert bile olsa, siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçasıdır³⁹.

Hükümetin üstün konumda olması, cezai işlemlere başvurmakta dikkatli olmasını gerektirmektedir. Çünkü hükümet herhangi bir bireyden farklı olarak, kendisine yönelik sert saldırılara cevap verebilmek için gerekli olan her türlü iletişim aracını rahatlıkla kullanabilecek konumdadır. Fakat İHAM şunu da eklemektedir: *“Bununla beraber devlet yetkililerinin, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalar söz konusu ise, uygun bir biçimde ve aşırıya kaçmadan hatta cezai nitelikte önlemler de alabilmesi mümkündür”*. O halde, ifadenin asılsız isnatlar ve iftira içermesi durumunda dahi, asılsız isnat veya iftiranın niteliği, hangi politik ortamda söylendiği, ne amaçlanarak söylendiği ve ne kadar ağır bir yaptırım uygulandığı İHAM tarafından dikkate alınmaktadır.

d) K2: Kim Tarafından Söylenmiştir; İfadenin Sahibi

İfadenin içeriğinin yanı sıra, kimin söylediği de sonuca varırken etkili olabilmektedir.

Eğer ifade şiddeti övücü veya teşvik edici ise, toplumda etkili bir yeri olan kişi tarafından sarf edilmesi ifade özgürlüğünün kısıtlanması bakımından daraltıcı bir rol oynayabilmektedir. Çünkü toplumda etkili kişilerin sarf ettiği bu tür sorumsuz sözlerin etkisinin de büyük olacağı açıktır. Örneğin *Zana-Türkiye* kararında Mehdi Zana'nın eski bir belediye başkanı olmasının altı çizilmektedir.

³⁸ *Incal v. Turkey*, para. 54.

³⁹ Macovei, s. 91.

Diğer yandan şiddete teşvik içermeyen veya şiddeti meşru görmeyen, fakat mevcut bir sorunun arka planını sorgulayıcı, hükümete, devlet kurumlarına veya siyasetçilere sert hatta saldırgan eleştiriler getiren ifadeler bakımından ise tam tersi sonuçlara varmak mümkündür. Diğer bir deyişle bu tür eleştirileri yapanların kimliği ifade özgürlüğünün daralmasına değil genişlemesine yönelik bir veri olabilmektedir. Normalde milli güvenlik ve kamu düzenin korunması meşru amaçları ile devletlerin getirdikleri sınırlamalara karşı İHAM devletin takdir alanını geniş tutarken, siyasi kişilerin söylemleri söz konusu olduğunda, meşru amaç kamu düzeni veya milli güvenlik de olsa takdir alanı daralmaktadır⁴⁰.

Örneğin *Castells-İspanya* kararında, İHAM, bir milletvekilinin hükümeti cani olarak niteleyen ve ETA örgütüne yönelik faili meçhulleri kasten aydınlatmadıklarını belirten sözlerinin cezalandırılmasının “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını inceleyerek şunu belirtmiştir:

“İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşır. Bu kişi seçmenlerini temsil etmektedir, onların kaygılarına dikkat çekmektedir, çıkarlarını savunmaktadır. Dolayısıyla, davacının durumunda olduğu gibi, muhalif bir Parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme'nin çok büyük bir dikkatle ele alması gereken bir konudur”. “Castells kanaatini, hiçbir yaptırımla karşılaşma korkusu olmaksızın kullanabileceği Senato kürsüsünden ifade etmek yerine bir yayın aracılığıyla dile getirmeyi tercih etmiştir. Ne var ki bu, hükümeti eleştirme hakkını yitirmiş olduğu anlamına gelmez”⁴¹.

Benzer bir biçimde *Güzel – Türkiye* kararında da, eleştiri yapanın bir siyasi parti lideri olması, onun kamusal işlevi dikkate alınarak ifade özgürlüğünü genişleten bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Cumhurbaşkanı ve bazı devlet kurumlarına yönelik bazı sözleri, Güzel hakkında, ertelenmiş olmakla birlikte, hapis cezası verilmesine neden olmuştur. İHAM şöyle demektedir:

“İHAM, eski bir bakan ve milletvekili olan, olayların meydana geldiği dönemde ise siyasi bir partinin genel başkanlığını yürüten başvuran aleyhinde açılan davaların sayısının ve hakkında verilen erteleme kararlarının erteleme süresi içindeki faaliyetleri üzerinde kısmi bir sansür etkisi yarattığını ve kamusal bir tartışmada yeri

⁴⁰ Arai-Takahashi, s. 107-108.

⁴¹ *Castells v. Spain*, para. 42-43.

olan ve varlığı inkar edilemeyen bir eleştiriyi açıkça sergileme imkanının büyük ölçüde sınırlandığını değerlendirmektedir”⁴².

İHAM gazetecilerin ifadelerini de basın özgürlüğü içinde değerlendirerek, geniş koruma görmesinin öneminden söz etmektedir. *Lingens* davasında bir gazeteci olan başvurucunun mahkûm edilmesinin genel olarak basın özgürlüğü üzerinde yaratacağı etki üzerinde durulmuştur:

“Hükümetin işaret ettiği gibi, tartışma konusu yazılar o sırada zaten geniş bir biçimde yayılmış bulunuyordu. Dolayısıyla, her ne kadar yazara verilen ceza, kendisini ifade etmesine engel olmuyorsa da, bir tür sansür işlevi görmektedir ve gelecekte yeniden bu tür bir eleştiri yapma cesaretini kırabilecektir... Siyasi tartışma çerçevesinde, bu tür bir ceza gazetecileri toplum yaşamını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkıda bulunmaktan caydırabilir. Bu nedenle, bu tür bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun bekçi köpeği (watchdog) olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesini taşır”⁴³.

İHAM bu kararda siyasi tartışma bakımından basın özgürlüğünün ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır⁴⁴. Basın özgürlüğü, halka siyasi liderlerin fikir ve davranışlarını görme ve siyasi konularda fikir oluşturma olanağı sağlamakta, dolayısıyla demokratik toplumun merkezinde yer alan siyasi çoğulculuğu güvence altına almaktadır. İHAM şöyle demektedir:

“Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, başka şeylerin yanı sıra, “kişinin şöhretinin korunması” bakımından konulmuş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da, kamu çıkarı ile ilgili olan başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve düşünceleri yaymak basının görevidir. Basının bu tür bilgi ve düşünceleri yayma görevinin yanı sıra, halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. Bu çerçevede, İHAM, Viyana İstinaf Mahkemesi'nin kararında dile getirilen ‘basının görevi bilgi vermektir, bunun yorumu ise esas olarak okuyucuya bırakılmalıdır’ biçimindeki görüşe katılmamaktadır”⁴⁵.

Gazetecilerin yazılarına ilişkin olarak *Dalban*, *Dichand* ve diğer pek çok kararında İHAM şunu belirtmiştir:

⁴² *Guzel-Türkiye* (No.3), 24.07.2007, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>.

⁴³ *Lingens v. Austria*, para. 44.

⁴⁴ *Macovei*, s. 17-18.

⁴⁵ *Lingens v. Austria*, para. 41.

“Gazetecinin özgürlüğü aynı zamanda bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerir”⁴⁶.

Demokratik bir toplumda siyasi konuların özgürce tartışılabilmesi temel bir gerekliliktir; kamunun menfaatinedir. Bu nedenle siyasetçiler ve gazetecilerin siyasi ifadelerinin daha geniş koruma görmesi önem kazanmaktadır. Bu belirtilen gruplar arasına hükümet dışı örgütler, baskı grupları ve sendikaların öncü üyelerini de katmak gerekir⁴⁷.

2) Ahlaki alanda çoğulculuk

Ahlaki alanda İHAM devletlerin takdir alanını çok daha geniş algılamaktadır⁴⁸. Bunun gerekçesi olarak, ahlaki konuların ülkeden ülkeye hatta aynı ülkenin bir bölgesinden diğerine farklılıklar içermesini göstermektedir.

Bu konudaki İHAM'ın köşe taşı kararlarından biri *Handyside-Birleşik Krallık* kararıdır. Bir yayıncı olan Handyside ilk kez 1969'da Danimarka'da yayınlanan çocuklara yönelik bir ders kitabının Birleşik Krallık'taki yayın hakkını almıştır. Kitap, “Bütün Yetişkinler Kağıttan Kaplıdır” başlıklı bir giriş ve “İngilizce Baskıya Önsöz”den sonra, şu kısımları içermektedir: Eğitim, Öğrenim, Öğretmenler, Öğrenciler ve Sistem. Öğrenciler hakkındaki kısmın “Seks” ile ilgili 26 sayfalık bölümü, şu alt bölümleri kapsamaktadır: Mastürbasyon, Orgazm, Sevişme ve Cinsel İlişki, Gebeliği Önleyiciler, Cinsel Rüyalarda, Adet Görme, Çocuk Mütecavizleri veya “Kirlili Yaşlı Erkekler”, Pornografi, İktidarsızlık, Eşcinsellik, Normal olan ve Normal Olmayan Şeyler, Daha Fazla Öğrenme, Zührevi Hastalıklar, Kürtaj, Yasal ve Yasal Olmayan Kürtaj, Hatırlayalım, Kürtaj Yöntemleri, Cinsel Konularda Yardım ve Tavsiye için Adresler. Bu kitap, Belçika'da, Finlandiya'da, Fransa'da, Almanya'da, Yunanistan'da, İzlanda'da, İtalya'da, Hollanda'da, Norveç'te, İsveç'te, İsviçre'de ve Avrupa dışındaki birçok ülkede yayınlanmıştır. Kitap, ayrıca Avusturya ve Lüksemburg'da da serbestçe dağıtılmıştır. Kitap Birleşik Krallık'ta yayınlandıktan

⁴⁶ *Dalban v. Romania*, 28.09.1999, para. 49; *Dichand and others v. Austria*, 26.02.2002, para. 41.

⁴⁷ Arai-Takahashi, s. 108.

⁴⁸ Takdir alanı (margin of appreciation) doktrini, idari eylem ve işlemlerin yargı denetimine ilişkin ulusal içtihatlardan kaynaklanmaktadır. Bu doktrin ilk defa Strasbourg organları tarafından Sözleşmenin kriz hukukuna ilişkin 15. Md'sinin yorumlanması sırasında kullanılmış, daha sonra diğer maddelerin yorumlanmasında önemli rol oynamıştır. Steven Greer, *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe publ., Human Rights Files No: 15, 1997, s. 15-16.

sonra ise Müstehcen Yayınlar Yasasına aykırı bulunarak toplatılmış ve başvurucuya para cezası verilmiştir.

İHAM bu olayda ihlal kararı vermemiştir, olayı değerlendirirken şu yorumu yapmıştır: “Sözleşmeci Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin yaşamsal güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar... Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. 'Hukukun öngördüğü' bu alan, hem ulusal yasakoyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş makamlardan olan yargılama makamına da tanınmıştır... Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen 'ödev ve sorumluluklar' üstlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, 'demokratik bir toplumda' 'gerekli' olan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın 'ahlakın korunması'na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür 'ödevleri'nin ve 'sorumlukları'nın bulunduğunu görmezlikten gelemez”⁴⁹.

Benzer bir biçimde Müller-İsviçre davasında da İHAM ulusal mercilerin ifade özgürlüğüne müdahalesini “ahlâk”ın korunması açısından makul ve “demokratik bir toplumda gerekli” bulmuştur. Müller, dünyanın çeşitli ülkelerinde sergiler açan, bazı müzelerde dahi resimleri olan, çeşitli ödüller almış bir ressamdır. Müller, 1981’de, bir çağdaş sanat sergisinde, livata, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon ve eşcinsellik sahneleri gösteren üç büyük tablo sergilemiştir. İsviçre mahkemeleri Müller ve sergiyi düzenleyenler hakkında para cezasına hükmetmiş, tablolara elkoyulmuştur. El koyulan tablolar muhafaza edilmesi için bir sanat müzesine teslim edilmiş ve 1988’e kadar iade edilmemiştir. Müller ve sergiyi düzenleyenler İHAM’a başvurarak hem mahkûmiyet kararının, hem de el koymanın ifade özgürlüğü haklarını ihlâl etmiş olduğunu ileri sürmüşlerdir.

İHAM bu davada da Sözleşmeye taraf devletlerin kapsadığı coğrafi alan içinde tek bir ahlâk anlayışının olmadığını belirlemiştir. İHAM’a göre, ahlakın gerekleri

⁴⁹ *Handyside v. United Kingdom*, 07.12.1976, para. 48, 49.

konusundaki görüşler, özellikle konu hakkındaki fikirlerin geniş çapta evrim geçirdiği günümüzde, zamana ve yere göre değişmektedir. Bu nedenle ulusal mahkemeler, kendi ülkelerinin gerçekliğiyle doğrudan temas içinde oldukları göz önüne alındığında, “ahlâk”a ilişkin meselelerde karar verme bakımından uluslararası yargıçlara göre daha avantajlı bir konumdadır. Ayrıca İHAM şöyle demektedir:

“...Söz konusu tablolar, özellikle insanlarla hayvanlar arasında cinsel teması, kaba bir tarzda betimlemektedir... sergiyi düzenleyenler herhangi bir giriş ücreti öngörmediğine ve herhangi bir yaş sınırlaması getirmediğine göre, sergi halka bütünüyle açıktır. Gerçekten de, tablolar, genel olarak halka sınırsız biçimde açık olan... bir sergide gösterime sunulmuştur. İsviçre mahkemeleri gibi Mahkeme de cinsel ahlak kavramının son yıllarda değiştiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, resimlerin orijinallerini inceleyen Mahkeme, İsviçre mahkemelerinin, cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimlerin, "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif" oldukları görüşüne varmalarında makul olmayan bir unsur görememektedir. Bu koşullarda, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı göz önünde tutulduğunda, İsviçre mahkemeleri, ahlaki korumak için başvuruculara müstehcen materyal yayınladıkları gerekçesiyle para cezası verilmesini "gerekli" görmekte haklıdırlar. Başvurucular, bu resimlerin sergilenmesinin halkın protestosuna yol açmadığını ve basın bir bütün olarak kendilerinin yanında yer aldıklarını iddia etmişlerdir. Josef Felix Müller'in, benzer çalışmalarını, "Fri-Art 81" sergisinden hem önce ve hem de sonra, İsviçre'nin diğer bölgelerinde ve yurtdışında sergilemiş olması da doğru olabilir. Ancak bu durum, başvurucuların Friburg'daki mahkumiyetlerinin, olayın bütün koşulları içinde, ...gerçek bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı anlamına gelmez”⁵⁰.

Müller davasında, çocuklara ilişkin sergiye giriş sınırlaması getirilmemiş olması asli bir rol oynamıştır. Aynı yaklaşım, *Handyside* davası için de geçerlidir. Bu davada, öğrencilere yönelik olarak yayınlanmış bir kitap söz konusudur. Fakat diğer yandan, özellikle Müller davasında olağan duyarlılıktaki kişilere atıf yapılarak karar kurulması çoğulculuk bakımından tartışmaya muhtaç bir değerlendirmedir. Olağan duyarlılıkta olan kişilerin duygularına göre sanat eserlerinin değerlendirilmesi, düşüncenin sanat yoluyla dile getirilmesi bakımından çoğunlukçu bir yaklaşımı ortaya koyar. Siyasi alandaki çoğulculuk ahlaki alanda kaybolur. İHAM'ın bu anlamda hayli

⁵⁰ Müller and others v. Switzerland, 25.05.1988, para. 36.

muhafazakar bir yaklaşım sergilediğini söylemek mümkündür. Ayrıca serginin engellenmesinin yanı sıra resimlere el koyularak uzun süre iade edilmemesi de İHAM'ın ahlaki konularda bazen ölçülülük testini dahi unuttuğunu göstermektedir. Ölçülülük testi düzgün bir biçimde uygulandığında, geniş kapsamlı bir tedbir olan el koymanın ahlakın korunması için gerçekten “gerekli” olduğu konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkacaktır⁵¹.

Benzer muhafazakar yaklaşım özel yaşam (md 8) bakımından da zaman zaman ortaya çıkmaktadır. *Laskey, Jaggard ve Brown - Birleşik Krallık* davasında, başvurucular cinsel tatmin amacıyla rızaya dayalı sado-mazoşist aktivitelerde bulunmuşlardır. Bu olayda bir grup yetişkin eşcinsel erkek üyelik usulüyle bir araya gelmiş, özel ekipmanlı odalarda sado-mazoşist eylemlerde bulunmuş ve üyelik esasına dayalı bu grubun üyelerine dağıtılmak üzere söz konusu eylemler video kaydına alınmıştır. Bu filmlerin bazıları polisin rutin bir araştırması sırasında ele geçmiştir. Haklarında dava açılmış ve hapis cezaları almışlardır. Başvurucular bu durumun 8. Madde kapsamında özel hayata saygı haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular iddialarına destek olarak, sado-mazoşist ilişkide bulunanların tümünün gönüllü yetişkinler olduğunu; şikâyet edilen hareketlerin dikkatli bir şekilde sınırlandırıldığını ve kontrol altında tutulduğunu, sadece sado-mazoşist eğilimli insanlarla kısıtlandığını; faaliyetlere toplumun tanık olmadığını ve tanık olabilecekleri konusunda bir tehlike veya olasılık bulunmadığını; hiçbir ciddi veya kalıcı yaralanma meydana gelmediğini, yaralara herhangi bir hastalığın bulaşmadığını ve hiçbir tıbbi müdahalenin gerekmediğini ileri sürmüşlerdir. Bunun da ötesinde, polise herhangi bir şikâyette bulunulmamış; polis başvurucuların faaliyetlerini tesadüfen öğrenmiştir. Başvurucular davalarının bir şiddet davasından çok, cinsel ifadeye ilişkin sorunlar içeren bir dava olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

İHAM bu davada şöyle demektedir: “*Mahkeme, devletin şüphesiz sahip olduğu rollerden birinin, fiziksel zarar verilmesini içeren faaliyetleri, ceza hukukunu kullanmak suretiyle düzenlemeyi üstlenmek olduğunu düşünmektedir. Söz konusu faaliyetler cinsel davranışlar sırasında meydana gelsin veya gelmesin, durum yine böyledir. Mağdurun rıza gösterdiği durumlarda, hukuk tarafından hoşgörü gösterilecek zararın düzeyini belirlemek, öncelikle ilgili devlete düşer; çünkü burada söz konusu olan şey,*

⁵¹ Arai-Takahashi, s. 103.

*bir yandan kamu sağlığı ve ceza hukukunun genel caydırıcı etkisi, öte yandan ise bireyin kişisel özerkliğidir*⁵².

İHAM bu davada meselenin özüne inmekten kaçınmıştır. Asıl mesele bu eylemlerin eşcinseller arasında gerçekleşmiş olmasıdır. Başvurucular bir kadın ve erkek arasındaki bu tür sado-mazoşist eylemlerin İngiliz mahkemeleri tarafından cezalandırılmadığını ve özel yaşam olarak görüldüğünü örneklemiştir. İHAM bu tartışmaya girmekten kaçınmış ve devletin takdir alanını geniş tutmuştur⁵³.

Bununla birlikte ahlaki alanda da olsa devletin takdir alanı sınırsız olarak kabul edilemez. Nitekim İHAM *Open Door and Dublin Well Woman* davasında ahlak konusunda olsa dahi sınırsız bir alanın Sözleşmecî devletlere tanınamayacağını vurgulamaktadır. Open Door Danışma Hizmetleri Ltd. ve Dublin Well Woman, kürtajın yasak olduğu İrlanda'da kâr amacı gütmeyen ve hamile kadınlara danışma hizmeti veren iki sivil toplum kuruluşudur. Bu kuruluşlar hamile kadınlara, İngiltere'deki bazı kliniklerin adresleri de dahil, İrlanda dışında kürtaj yaptırma olanakları konusunda bilgi sunmaktadırlar. Kürtaj konusunda herhangi bir yönlendirme yapmamakta sadece bilgi vermektedirler. 1983'te Dublin Well Woman, Anayasada yapılmış olan iki değişikliği eleştiren bir broşür yayınlamıştır. Bu değişikliklerden biri herkese, kadınlara İrlanda dışında kürtaj hakkında bilgi aktarmayı yasaklama talebiyle mahkemeye başvurma hakkını veriyor; diğer değişiklik ise herkese, İrlanda dışına çıkmaya niyetlenen hamile kadınların yurt dışına çıkışını yasaklayabilecek bir tedbir kararı için mahkemeye başvurma hakkı tanıyordu.

İrlanda Doğmamış Çocukları Koruma Derneğinin 1986'daki başvurusu üzerine, İrlanda Mahkemeleri kürtaj konusunda bilgi sağlamanın Anayasayı ve ceza yasasının bazı hükümlerini ihlâl ettiğine karar vermiş ve Dublin Well Woman ile Open Door'a karşı, hamile kadınlara İrlanda dışında kürtaj konusunda fikir ya da yardım vermelerini engelleyen bir karar vermişlerdir. Bu iki sivil toplum örgütü, İHAM'a başvurmuş, bilgi verme ve alma haklarının ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir. Yasaktan doğrudan ve dolaylı olarak etkilenen dört kadın da bu iki kuruluşla birlikte bireysel olarak davaya katılmışlardır.

⁵² *Laskey, Jaggard and others v. United Kingdom*, 19.02.1997, para. 43

⁵³ Para. 44.

İHAM, meşru amaç olarak ileri sürülen “ahlak”ı tartışırken, doğmamış çocukların korunmasının İrlanda halkının en derin ahlaki değerlerine dayandığını kabul etmiş, fakat ulusal otoritelerin takdir alanının ahlak söz konusu olduğunda daha geniş olmakla birlikte, sınırsız olmadığını saptamıştır. Mahkemeye göre, milli otoritelerin “kayıtsız koşulsuz ve denetlenemeyecek” bir takdir hakkına sahip olması söz konusu olamaz. İHAM bu davada esas olarak orantısız bir sınırlama getirildiğini saptamaktadır. İrlanda mahkemelerinin verdiği tedbir kararlarının mutlak niteliği Mahkeme tarafından anlaşılabilir bulunmuştur. Çünkü getirilen kısıtlama, hamile kadının yaşına, sağlık durumuna veya hamileliğini sona erdirme isteğinin nedenine bakmaksızın daimi ve genel bir yasak getirmektedir. İHAM bu tür genel bir sınırlamanın aşırı kapsamlı ve orantısız olduğu kanısına varmıştır. Ayrıca Mahkemeye göre, bilgi edinmek bakımından dergiler, telefon rehberleri, İngiltere’de oturan insanlar gibi başka birçok kaynak olduğuna göre, başvuruçulara uygulanan sınırlama etkili de değildir, ayrıca bu türden başka yollarla edinilen bilgi nitelikli personel tarafından verilmeyeceği için kadının sağlığını da daha az koruyacaktır⁵⁴.

Bu karar ahlaki konularda ifade özgürlüğüne mutlak yasaklar getirilmesi durumunda İHAM tarafından denetlenebileceğini gösteren anlamlı bir karardır. Ölçülü bir sınırlamadan söz edilebilmesi için ifade edilen düşüncenin hedef kitlesi önem kazanmaktadır ve ahlaki korumak için kullanılan yöntemin etkili ve orantılı olup olmadığı da incelenmektedir.

İHAM’ın özel yaşamla ilgili (md 8) bazı kararlarında da bu yaklaşımı görmek mümkündür. Örneğin *Norris - İrlanda* kararında yetişkinler arası eşcinsel ilişkiyi bir suç olarak düzenleyen yasal düzenlemenin olmasını, yasa fiilen başvuruçuya uygulanmamış olmasına rağmen, İHAM Sözleşmenin 8. md’sinin ihlali olarak görmüştür.

Kararda İHAM şöyle demektedir: “... ulusal makamlar ahlaki konularda geniş bir takdir alanına sahip olmakla birlikte, bu alan sınırsız değildir. Bu alanda da bir müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığı hakkında karar verme yetkisi Mahkemenindir.... Sadece sınırlama amacının niteliği değil, aynı zamanda kapsadığı eylemlerin doğası da takdir yetkisinin kapsamını etkilemektedir. Söz konusu olay özel yaşamın en mahrem yönüyle ilgilidir. Bunun sonucu olarak kamu otoritelerinin yaptığı

⁵⁴ *Open Door and Well Woman v. Ireland*, 29.10.1992, para. 72-76.

müdahalelerin 8. Md'nin 2. fkr'sına uygun olabilmesi için özel olarak ciddi nedenlerin olması zorunludur" . Mahkeme *Dudgeon* davasının 60. paragrafına atıfla şöyle devam etmektedir: "...Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, eşcinsel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir. Mahkeme bu konuda üye devletlerin iç hukuklarında olan önemli değişiklikleri görmezden gelemez... Yetkililerin son yıllarda 21 yaşını bitirmiş olup geçerli bir rıza gösteren erkeklerin kendi özel alanlarındaki eşcinsel davranışlara yasayı uygulamadıkları açıktır. Eşcinsel davranışların Kuzey İrlanda'daki ahlaki standartlara zarar verdiği ve yasanın daha sıkı bir biçimde uygulanmasına yönelik toplumsal bir talebin olduğuna ilişkin bir delil gösterilememiştir. Her ne kadar başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel hareketler, toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı da çıksalar, bu durum rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırım uygulanmasına bir gerekçe olamaz"⁵⁵.

Eşcinsellere yönelik bu yaklaşım, İHAM'ın daha sonraki kararlarında da görülebilmektedir. *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom* kararında eşcinsel olmaları nedeniyle ordudan atılan askerler hakkında İHAM ihlal kararı vermiştir. Hükümetin, eşcinsellerin orduda bulunması durumunda, ordu içinde ahlakın bozulacağı ve ordunun operasyonel etkililiğinin olumsuz yönde etkileneceği yönündeki tezleri kabul görmemiştir⁵⁶.

Kişinin cinselliği, cinsel yönelimleri gibi en mahrem alanına müdahale için ciddi nedenlerin olması gerekmektedir. İHAM'ın kararlarında genel Avrupa yaklaşımı, eşcinsellere yönelik Avrupa'daki hoşgörü ortamı etkili olmaktadır. Diğer bir deyişle İHAM her ne kadar ortak bir ahlak anlayışı olamayacağını, ahlak anlayışının ülkeden ülkeye değişim gösterebileceğini belirtmiş olsa da, özellikle eşcinsellik konusunda ortak bir Avrupa anlayışı belirlemeye çalışmaktadır.

Sonuç olarak İHAM'ın takdir alanı doktrininin sınırlarını belirlemekte bazı güçlükler çektiğinin tekrar altını çizmek gerekir. Van Dijk ve Van Hoof'un belirttiği gibi, İHAM bazı konularda devlete hiç takdir alanı bırakmazken, bazı alanlarda dar bir takdir alanı bırakmaktadır. Bazen "makullük" testi uygulamakta, bazense "makul

⁵⁵ *Norris v. Ireland*, 26.10.1988, para. 46.

⁵⁶ *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, 27.09.1999, para.91-104.

dışılık” testini uygulamaktadır. Son iki testte ispat yükü bakımından bir farklılık doğmaktadır. Bunlardan birinde devlet kendi kararlarının makul olduğunu ispatlamak zorundayken, diğerinde makul olmadığını ispatlama yükü başvuruçudur. Devletin takdir alanının dar veya geniş olup olmamasında dava konusu hak kadar, taraf ülkelerin hukuklarındaki ortaklık da rol oynamaktadır. Fakat İHAM’ın hangi durumda nasıl bir takdir alanı belirleyeceğini öngörmek halen mümkün değildir⁵⁷.

3) Dini alanda çoğulculuk

Dini alanda İHAM’ın çoğulculuk anlayışı, dini değerlerin ifade özgürlüğü ile çatıştığı noktada dini değerleri koruma eğilimi göstermekteyken, iki inanç veya kanaat biçiminin çatıştığı noktada ise baskı oluşturabilecek kesimin sınırlanması eğilimi göstermektedir.

Örneğin dini değerleri karikatürize edici filmlerin engellenmesi ve el koyulması haklı bulunmaktadır.

Otto Preminger Institute – Avusturya davasına konu olan olay şöyle gelişmiştir: Bir dernek olan başvuruç, *Council in Heaven* başlıklı filmi halka açık bir mekanda altı kez göstereceğini ilan etmiştir. İlanda, yasa gereğince, filmin on yedi yaşın altındakilere gösteriminin yasak olduğu da belirtilmiştir. Film, Tanrıyı, Şeytanın ayaklarına kapanan, onunla uzun uzun öpüşen, onu arkadaşı olarak gören, görünüşte bunak bir yaşlı adam olarak göstermektedir. Meryem Ana da filmde müstehcen bir öykü dinlerken ya da Şeytanla erotik bir ilişki yaşarken gösterilmektedir. Hz. İsa da zeka özürü biri gibi yansıtılmaktadır.

İlk gösterimden önce, Katolik Kilisesi’nin Innsbruck Piskoposluğunun talebi üzerine, savcı başvuruç derneğin yöneticisi hakkında “dini öğretileri aşağılamak” suçundan soruşturma açmış, ardından filme el konulmuş dolayısıyla gösterim yapılamamıştır. Başvuruç ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Hükümet filme el konulmasının “başkalarının haklarının”, özellikle de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığını belirtmiştir. Dini duygulara saygı hakkı, İHAS’ın 9. md’sinde yer alan inanç özgürlüğünün bir parçasıdır. İHAM şöyle demektedir:

⁵⁷ Van Dijk J.-Van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2. Ed., Kluwer publ., Deventer-Boston 1990, s. 589 in Greer, *The Exceptions...*, s. 16-17.

“Dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı seçen kişilerin, ister çoğunluğun dinine, ister bir azınlık dinine mensup olsunlar, her tür eleştiriden muaf olmayı beklmeleri makul değildir. Başkalarının kendilerinin dini inançlarını reddetmesine, hatta inançlarına düşman öğretiler yaymasına hoşgörü ile yaklaşmak ve bunu kabullenmek zorundadırlar. Ancak, dini inançlara ve öğretilere muhalefetin ve bunların reddedilmesinin biçimleri devletin sorumluluğunun, özel olarak da bu inanç ve öğretilere bağlı olanların 9. Madde tarafından teminat altına alınmış haklarının huzur içinde kullanılabilmesini sağlama konusundaki sorumluluğunun alanına girebilecek bir husustur. Gerçekten de, uç örneklerde, dini inançlara muhalefetin ve bunların reddedilmesi için kullanılan bazı özel yöntemlerin bu tür inançlar besleyenlerin bunlara sahip olma ve açıklama özgürlüğünü kullanmasını güçleştirecek bir nitelik taşıması mümkündür. (...) Dini bakımdan yüceltilen kişilerin kışkırtıcı bir tarzda resmedilmelerinin 9. maddede teminat altına alınan, inananların dini duygularına saygıyı ihlal etmiş olduğunu düşünmek meşrudur; bu tür tasvirler, demokratik bir toplumun bir özelliği olması gereken hoşgörü ruhunun da kötü niyetli bir ihlali olarak görülebilir”⁵⁸.

Hükümet, kendi pozisyonunu savunurken Tyrol bölgesi halkının günlük yaşamında dinin önemini, Katolik inananların oranının % 87 olduğunu da vurgulamıştır.

Çatışma halindeki iki özgürlüğü dengelemeye çalışarak 10. md'nin ihlal edilmediğine karar veren İHAM şöyle demektedir:

“İHAM, Katolik dininin Tyrol halkının ezici çoğunluğunun dini olduğu gerçeğini görmezlikten gelemez. Avusturya otoriteleri filme el koyarken bu bölgede dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir saldırıya konu olduğu duygusuna kapılmasını önlemek amacıyla hareket etmiştir. Söz konusu dönemde, yerel koşullar ışığında, böyle bir tedbire ihtiyaç olup olmadığı, ulusal otoritelerin uluslararası yargıçtan daha iyi değerlendirebileceği bir şeydir. Eldeki davanın bütün koşulları göz önüne alındığında, İHAM Avusturya otoritelerinin takdir payını aşmış olduğu kanaatine ulaşmamıştır”⁵⁹.

⁵⁸ Otto Preminger Institut v. Austria, 20.09.1994, para. 47.

⁵⁹ Para. 56.

İlginç olan nokta, kararda çoğunluğun inançlarının korunması konusuna vurgu yapılmasıdır. Bu açıdan konuya bakıldığında çoğulculuğun altının da oyulabileceğini düşünmek gerekmektedir. Siyasi bir başka düşünce olduğunda, çoğunluğun baskısına karşı azınlıkta kalanların ifadelerini koruma eğiliminde olan Mahkeme, konu çoğunluk dini olduğunda ona yöneltilen sert ifadeleri korumama eğilimi göstermiştir. Oysa inanç özgürlüğü sert eleştirel ifadelerden muaf olma özgürlüğünü kapsamaz⁶⁰. Mahkeme dini değerlere yönelik sözlü sataşmalara ilişkin ortak bir Avrupa yaklaşımı olmamasını ahlaki alandakinden de güçlü bir biçimde dayanak olarak kullanmaktadır. Bu anlamda ahlaki alana yönelik aşağılama algısı ile ahlaki alana yönelik algılama arasında da fark ortaya çıkmaktadır⁶¹.

Ayrıca İHAM “insanlığa ilişkin konularda ilerlemeyi sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda bulunamayacak,... başkalarına karşı gereksiz yere aşağılayıcı ifadeler”den kaçınma yolunda bir görevden de söz etmektedir. Oysa “ilerlemeyi sağlayabilecek kamusal tartışma” kavramı belirsiz bir içeriğe sahiptir. Nitekim muhalefet şerhi veren üç yargıç 10. maddenin ihlal edildiğini belirtmişlerdir:

“Belirli bir ifade tarzının “insanlığa ilişkin konularda ilerleme sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda” bulunup bulunamayacağına karar verme yetkisi devlet otoritelerine bırakılmamalıdır; bu tür bir karar kaçınılmaz olarak otoritelerinin “ilerleme”nin ne olduğu konusundaki fikirlerinden etkilenecektir. (...) İfade özgürlüğünün kullanılmasının bütünüyle engellenmesi anlamına gelecek türden yasaklama tedbirlerine duyulan ihtiyaç, ancak söz konusu davranış toplum tarafından hoşgörü ile karşılanma hakkını ortadan kaldıracak kadar ağır bir suiistimal düzeyine veya başkalarının din özgürlüğünü yadsımaya yaklaştığında kabul edilebilir hale gelir. (...) Film, deneysel filmlere düşkün dar bir çevreye hitap eden bir “sanat sineması”nda ücret karşılığında gösterilecekti. Dolayısıyla, salonda özel olarak bu filme ilgi duyan insanların dışında herhangi birinin bulunması düşük bir ihtimaldir. Üstelik, filmi seyretmeye gelenler, filmin niteliği konusunda önceden yeterince uyarılmış olma fırsatına da sahiptir. (...) Eldeki davada, herhangi birinin, haberi olmaksızın, itiraz konusu olabilecek bir malzeme ile karşı karşıya kalma ihtimali son derece düşüktür. Bundan dolayı, davacı derneğin filmin gösteriminden doğabilecek zararlı sonuçlarını

⁶⁰ Benzer eleştirel yaklaşım için bkz. Steven Greer, *The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge Univ. Pres, Cambridge-New York-Melborne..., 2006, s. 268-269.

⁶¹ Arai-Takahashi, s. 103-104.

sınırlamak için, makul sınırlar içinde beklenebileceği ölçüde sorumlu davrandığı sonucuna ulaşıyoruz”.

Wingrove – Birleşik Krallık davasında da İHAM’ın yaklaşımı aynı yönde olmuştur. Bu olayda film yönetmeni olan başvurucu bir video filminin senaryosunu yazan ve yöneten kişidir. 18 dakikalık bu kısa filmde bir rahibenin başka bir kadınla ve İsa ile erotik davranışları yer almaktadır. Başvurucu filmin satış, kiralama ve diğer türlü kamuya sunulması için ruhsat başvurusunda bulunmuştur. Kurul video film kutsal değerleri aşağılama içerdiğinden ruhsat vermeyi reddetmiştir. Başvurucu bu nedenle İHAM’a başvurarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini savunmuştur.

Mahkeme, siyasi konular veya kamuyu ilgilendiren meselelerdeki tartışmalara müdahale olanağının az olduğunu, bu çerçevede devletlerin takdir alanlarının oldukça dar olduğunu, fakat ahlaki ve dini konulara saldırı niteliğindeki ifadelere müdahalelerde devletlerin daha geniş bir takdir alanına sahip olduklarını belirtmiştir. İHAM’a göre, belli bir dini inanişsa sahip kişiler açısından nelerin vahim bir saldırı teşkil edeceğine ilişkin Avrupa’da yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır, bu zaman ve mekana göre değişebilmektedir. Mahkeme bu olayda videonun dağıtımının inanan Hıristiyanların duygularını inciteceğini ve infial uyandırabileceğini belirtmiş ve devletin takdir yetkisini keyfi bir biçimde kullanmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶².

Başvurucunun haklı olarak savunduğu, “bu filmin sadece sınırlı bir izleyici kitlesine ulaşabileceği, sadece seks mağazalarında satılması ve kılıf içinde dağıtılması, yaş sınırı getirilmesi gibi sınırlamaların mümkün olduğu, dolayısıyla bir Hıristiyanın bu videoyu izleme ihtimalinin çok küçük olduğu, sadece rızası olan yetişkinlerin bu videoya ulaşabileceği” yönündeki savları, Mahkeme tarafından kabul görmemiştir⁶³. Devletlerin 9. Maddedeki inanç özgürlüğünü korumak için alacakları tedbirler bakımından ölçülülük testini yukarıda verilen iki örnek kararda Mahkeme dikkate almamıştır, devletlere fazla geniş bir takdir alanı bırakmıştır⁶⁴.

Diğer bir örnek de Türkiye’ye karşı açılmış olan *İ.A.* kararıdır. Bu dava bir yayıncı hakkında, kutsal kitaba, dine ve peygambere yönelik düşünceler içeren felsefe ve teoloji üzerine yazılmış olan bir kitabı yayınlaması nedeniyle iki yıl hapis

⁶² *Wingrove v. U.K.*, 25.11.1996, para. 58-61.

⁶³ Para. 62-63.

⁶⁴ Benzer yaklaşım için bkz. A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart publ., Oxford-Portland Oregon 2004, s. 190-191; Greer, *The European...*, 273-274.

cezası (para cezasına çevrilmiştir) verilmesiyle ilgilidir. Kitaptaki bazı sözler (Hz. Muhammed'in Hz. Ayşe'nin kollarındaki heyecan sırasında ilham aldığı, orucunu cinsel ilişki ile bozduğu, Muhammed'in ölü kişiler ve hayvanlarla ilişkiyi yasaklamadığı yönündeki ifadeler) Müslümanların kutsal saydığı konulara yönelik sert saldırı olarak değerlendirilmiştir⁶⁵. İfade özgürlüğüne yapılan söz konusu müdahalenin devletin takdir alanı içinde kaldığı ve ifade özgürlüğünü ihlal etmediği kanaatine varılmıştır.

İnançların çatışması karşısında ise İHAM belli bir inancın özellikle devlet eliyle empoze edilmeye çalışılmasının karşısında durmaktadır. Farklı kanaat ve inançların bir arada yaşaması için gerçekten de bu zorunludur. Diğer bir deyişle ifade özgürlüğü ile inanç özgürlüğü çatışmasında, Mahkeme, inanç özgürlüğünden yana tavır alırken, iki inanç biçiminin veya vicdani kanaatin çatışmasında baskı altında kalma ihtimali olanların korunması eğilimini ortaya koymaktadır. Baskı doğrudan devletten veya çoğunluğun inancından gelebileceği gibi hakim pozisyonun kullanılmasından da kaynaklanabilir.

Örneğin bireyin inançlarını değiştirmeye veya yönlendirmeye dönük olarak, devlet tarafından ya da devlet gücünü kullanan kişiler tarafından yapılan tek yönlü telkine (indoctrination) karşı bireyin korunması gereği benimsenmektedir. Bir anlamda devletin, hem doğrudan bireyleri endoktrine etmemesi gerekir, hem de bir inancın baskısına karşı diğerlerinin inançlarını koruma pozitif yükümlülüğü vardır denebilir. Özellikle eğitim alanında endokrinasyona başvurmak hayli kolay olduğundan, İHAM'ın bu alanda dikkatli bir yaklaşım gösterdiğini söylemek mümkündür. Alevi bir ailenin başvurusu üzerine, *Hasan ve Eylem Zengin – Türkiye* kararında İHAM Türkiye'de ilköğretimde zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin içeriğini değerlendirmiştir.

Bu davada başvuranlar, Türkiye'de zorunlu olarak okutulan "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinin öğretim biçiminin, Eylem Zengin'in din özgürlüğünü (md 9) ve Alevi inancına sahip anne ve babanın kızlarına kendi dini inançlarına uygun bir eğitim sağlama özgürlüğünü (1 No'lu Protokol, md 2) ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. İHAM şöyle demektedir:

"Okulda öğretilen pek çok dersin, az veya çok ölçüde, felsefi bir yön veya sonuç içermemesi çok zor bir ihtimaldir. Felsefi, kozmolojik veya ahlaka ilişkin her soruya bir

⁶⁵ *i.A. v. Turkey*, 13.09.2005, para. 29.

cevabı olan veya olabilen çok geniş bir dogmatik ve ahlaki varlık oluşturan dinlerin varlığı dikkate alındığında aynı durum dini eğitimler için de geçerlidir.

Diğer yandan, 1 No'lu Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi devletin eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilerin, bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda, dinle ilgili olarak eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak şekilde müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi gerektiğine işaret etmektedir... Devletin ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmemesi olarak değerlendirilebilecek tek yönlü telkin (indoctrination) hedefi gütmesi yasaklanmıştır. Aşılması gereken sınır, budur.

Mahkeme, çoğulcu demokratik bir toplumda devletin çeşitli din, inanç ve düşüncelere karşı tarafsız ve yansız olma ödevinin, dini inançların veya bunların sergilenme yöntemlerinin meşruluğuna ilişkin olarak devlet tarafından yapılacak herhangi bir değerlendirme ile uyuşmadığını her zaman vurgulamış olduğunu hatırlatır”⁶⁶.

Bu kararda İHAM din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde okutulan kitapların nesnel ve çoğulcu bir anlayışı yansıtmadığını saptayarak 9. maddenin ihlali yönünde karar vermiştir.

Benzer yaklaşım İtalya'ya yönelik bir başka başvuruda da gösterilmiştir. *Lautsi – İtalya* davasında 11 ve 13 yaşında iki çocuk annesi olan başvuruçu çocuklarının okuduğu devlet okulunda sınıflar da dahil olmak üzere tüm duvarlarda çarmıha gerilmiş İsa figürü asılı olmasından şikayetçi olmuştur. Başvuruçu, bu durumun çocuklarını da aynı doğrultuda yetiştirmek istediği laiklik ilkesi ile çatıştığı görüşündedir. Başvuruçu iç hukukta laiklik ve kamu makamlarının tarafsızlığı ilkelerinin ihlal edildiği gerekçeleriyle çeşitli davalar açmış fakat başarılı olamamıştır. İHAM inanç özgürlüğünü düzenleyen md 9 ve eğitim hakkını düzenleyen 1 No'lu Protokol md 2'nin ihlaline karar verirken şöyle demektedir:

“Belirli bir inancın sembolünün hükümetin gözetimi altındaki bir yerde, özellikle sınıflarda, zorunlu olarak bulundurulması, ebeveynlerin çocuklarını kendi inançlarına göre yetiştirme haklarının yanı sıra okul çocuklarının inanma veya inanmama haklarını da sınırlamaktadır. Bu uygulama söz konusu hakları ihlal etmektedir, çünkü

⁶⁶ *Hasan ve Eylem Zengin-Türkiye*, 09.10.2007, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçeye çevrilmiş metin, para. 52, 53, 54.

*sınırlamalar devletin kamu otoritesini kullanırken, özellikle de eğitim alanında, yansız olma görevi ile uyuşmamaktadır*⁶⁷.

İHAM *Hasan ve Eylem Zengin – Türkiye* kararında, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde okutulan kitapların nesnel ve çoğulcu bir anlayışı yansıtmadığını saptamakla kalmamış, devletin ebeveynlere çocukları için uygun bir seçim yapma olanağı sunmadığını ve muaf tutulabilmek için kendi inançlarını açıklamaya mecbur bırakıldıklarını da tespit etmiştir.

Benzer yaklaşımı *Sinan Işık – Türkiye* kararında da görmek mümkündür. İHAM bu kararında, nüfus cüzdanında din hanesinin bulunmasını, bu hanenin boş bırakılmasını talep hakkı olsa dahi, inancını açığa vurma özgürlüğü ile çelişir görmüştür⁶⁸.

Gerçekten de her özgürlük kendi negatifini de içerir, nitekim inancını açığa vurma özgürlüğü inancını açıklamama hakkını da içermek durumundadır. Kişinin inancını açıklamaya zorlanması kendi başına çoğulcu bir toplumla da çelişir, çoğunluğun benimsediği inancın dışında kalan grupları çoğunluğun baskısı altına sokar. Bu nedenle İHAM kararları dikkate alındığında Türk hukukunda bir değişim olması gerekmektedir. Gerek din ve ahlak kültürü dersinin zorunlu olmaktan çıkarılması ve seçimlik hale getirilmesi, gerekse nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin kaldırılması İHAM kararlarından doğan bir zorunluluktur.

Türkiye aleyhine olan *Çiftçi* kararında ise, kuran kurslarına katılmak için ilköğretimi bitirme (12 yaş) koşulunun aranması incelenmiştir. Mahkeme konuyu eğitim hakkı açısından ele almıştır. Mahkemeye göre getirilen bu koşul, Kuran kurslarına katılmak isteyen çocukların, ilköğretim aracılığıyla belirli bir olgunluğa erişmiş olmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sınırlama, dinsel eğitimi engellemeyi amaçlayan bir tek yönlü telkin (indoctrination) oluşturmamakta ve ebeveynlerin çocuklarının doğal eğitimcileri sıfatıyla, onları aydınlatma, yol gösterme ya da onları dinsel veya felsefi inançları doğrultusunda yönlendirme haklarına aykırılık oluşturmamaktadır.

Mahkeme ayrıca, getirilen bu koşulu karşılayamayan öğrencilerin, ilköğretim sırasında verilen din derslerine katılma olanağına sahip olduklarını da dikkate

⁶⁷ *Lautsi v. Italy*, 03.11.2009, para. 57.

⁶⁸ *Sinan Işık v. Turkey*, 02.02.2010.

almıştır. Mahkemeye göre, yapılan yasal düzenleme, endoktrinasyon amacı gütmemektedir, tersine, pek çok konuda merak duyulan bir yaşta, Kuran eğitimi derslerinden kolayca etkilenebilecek olan küçükleri, olası başka bir endoktrinasyondan koruma amacını gütmektedir⁶⁹.

Dahlab-İsviçre kararı da aynı yöndedir. Bu kararda ilköğretimde öğretmenlik yapan başvurucunun başörtüsü takmasının yasaklanması ele alınmış ve başvuru kabul edilmez bulunmuştur. İHAM yukarıda ele alınan kararlarında vurgulanan eğitimin nesnel ve tarafsız olması yönündeki genel ilkelerine atıf yaptıktan sonra şöyle demektedir:

“Mahkeme başörtüsü takmak gibi güçlü bir sembolün çok küçük çocukların din ve vicdan özgürlükleri üzerinde nasıl bir etki yaratacağının değerlendirilmesinin son derece güç olduğunu kabul etmektedir. Başvurucunun hitap ettiği çocuklar dört ile sekiz yaş arasındadır, bu yaşlardaki çocukların pek çok şey hakkında merakı vardır ve diğer çocuklara kıyasla kolayca etkilenebilirler. Bu şartlar altında, Kuranda benimsenen ve kadına empoze edilen ve cinsiyet eşitliği ile bağdaştırılması güç olan başörtüsü takmanın prozelitizm (kendi dinine çevirmek) etkisi yaratacağı reddedilemez. Bu nedenle İslami örtü takmayı demokratik toplumlarda bütün öğretmenlerin çocuklara iletmeleri gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve her şeyden öte eşitlik ve ayrımcılık yapmama mesajı ile bağdaştırmak güç görünmektedir»⁷⁰.

Sonuç olarak, İHAM çocukları koruma zorunluluğu karşısında öğretmenin dinini açığa vurma özgürlüğünü tartarak ilgili devletin inanç özgürlüğüne getirdiği sınırlama ile takdir alanını aşmadığı kanaatine varmıştır.

Bununla beraber *Kokkinakis – Yunanistan* kararında belirtildiği gibi, inanç özgürlüğü bir kimsenin dinini açığa vurarak bir başkasını kendi dinine sokmaya ikna etmeye çalışmayı da (prozelitizm) içerir. Fakat prozelitizm istismarcı bir yaklaşımla yapılıyorsa koruma görmeyecektir. Örneğin maddi veya sosyal avantajlar sağlayarak üye kazanmaya çalışmak ya da beyin yıkama veya diğer türlü baskı yöntemleri istismarcı ya da uygunsuz prozelitizm oluşturmaktadır. Kendi dinine sokulmak istenenin yaşı, idrak düzeyi gibi özellikleri ile bu faaliyeti yapanın pozisyonu bir

⁶⁹ *Çiftçi v. Turkey*, 17.06.2004, (translation), s. 2-3, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

⁷⁰ *Dahlab v. Switzerland*, 15.02.2001, (translation), s. 13.

istismar ya da uygunsuz prozelitizm olup olmadığının belirlenmesinde büyük rol oynamaktadır⁷¹.

Yukarıda ele alınan *Dahlab* kararında İHAM öğretmenin küçük çocuklar üzerindeki hakim pozisyonunu değerlendirerek eğitim için şart olan nesnel görüntüyü sunamayacağı kanaatine varmaktaydı.

Larissis davasında ise, bazı subayların inançlarını yayma faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmaları değerlendirilmiş ve dinini yayma faaliyetinin suistimalinin nasıl olabileceği de açıklığa kavuşturulmuştur. İHAM subayların sivillere yönelik olarak kendi dinine kazandırma faaliyetleri nedeniyle ceza almalarını ihlal olarak görürken, kendi astlarına yönelik bu yöndeki faaliyetlerinin cezalandırılmasını haklı bulmuştur⁷². Başka bir deyişle, inanç yaymaya çalışırken kişinin baskı oluşturabilecek pozisyonda olması belirleyicidir.

İHAM, *Leyla Şahin-Türkiye*⁷³ kararında Üniversitelerde öğrencilerin başlarını örtmelerini yasaklayan düzenlemeleri inanç özgürlüğü bakımından değerlendirmiş ve başkalarının haklarının korunması temelinde ihlal bulmamıştır.

İHAM, birden fazla dinin bir arada olduğu toplumlarda kişinin dinini veya inancını dışarıya vurmasının, başkalarının menfaatlerini korumak için sınırlanabileceğini belirtmektedir. İHAM'a göre, demokratik bir toplumda devlet, çeşitli dinlerin, inanç ve imanın icra edilmesinin nesnel ve tarafsız bir organizatörüdür ve bu rolü kamu düzenini sağlayarak, dini hoşgörü ve armoni içinde yerine getirir. Bu durumda yetkililerin rolü, çoğulculuğu yok ederek gerilim nedenlerini ortadan kaldırmak değil, birbiriyle yarış halindeki grupların birbirine hoşgörü göstermesini sağlamaktır. *Demokrasi, çoğunluğun görüşlerinin her zaman önde gitmesi değil; azınlıkta kalanlara adil ve doğru muamelenin güvence altına alınması ve hakim pozisyonun kötüye kullanılmasından kaçınılmasına ilişkin bir dengeye ulaşılması anlamına gelir...* Bu nedenle Sözleşme ve Protokoldeki hak ve özgürlükler, Sözleşmedeki diğer hak ve özgürlükleri korumak için sınırlanabilir⁷⁴.

⁷¹ *Kokkinakis v. Greece*, 25.05.1993, para. 31, 48. İHAM kararlarından diğer prozelitizme ilişkin örnekler için bkz. Arai-Takahashi, s. 96-97.

⁷² *Larissis ve diğerleri v. Greece*, 24.02.1998, para. 47-60.

⁷³ *Leyla Şahin v. Turkey*, (Grand Chamber), 10.11.2005.

⁷⁴ Para. 106, 107, 108.

Mahkemeye göre, Türkiye çerçevesinde konuya bakıldığında, dini zorunluluk olarak sunulan bu tür bir sembolün, bunu takmamayı seçenler üzerinde, örtünme tesiri yaratacağı düşünölmek zorundadır. Mahkeme, Türkiye’de dini emirlere dayanan bir toplum anlayışı olduğunu ve dini sembolleri bütün olarak topluma empoze etmeye çalışan aşırı uçtaki siyasi akımlar bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, örtünmeye yönelik kurallar üniversitelerdeki çoğulculuğu korumak meşru amacına yönelik önlemleri içermektedir. Çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın erkek eşitliği değerleri düşünöldüğünde ve uygulandığında, yetkililerin ilgili kurumun laik niteliğini korumak istemeleri ve İslami örtünme de dahil olmak üzere dini kıyafetleri giymeyi bu değerlere aykırı görmeleri anlaşılabilir bir durumdur. Mahkemeye göre, meşru amaç ile alınan tedbir arasında makul ve orantılı bir ilişki de vardır. Müslöman öğrenciler, üniversitenin belirlediği sınırlar içinde kalmak şartıyla, dinlerini Müslömanlığın geleneksel formlarına uygun olarak gösterme özgürlüğüne sahiptir. İlgili kural getirildiğinde, öğrenciler, üniversite yönetimi tarafından kurallara uymaları konusunda uyarılmışlardır. Sözleşmenin 9. md’si, her zaman dini inançların gerektirdiği şekilde davranmayı güvence altına almaz ve haklılığı ispat edilmiş kuralların göz ardı edilmesi hakkını vermez⁷⁵.

Bu kararın ana dayanağı, Üniversitede başörtüsü takmanın çoğunluğu Müslöman olan bir ölkede diğör Müslöman fakat örtünmeyi seçmeyen kız öğrenciler üzerinde örtünme baskısı yaratacağı kaygısıdır. Kararda bu kaygıyı en iyi değerlendirebilecek noktada olanın ilgili devlet olduğu belirlenerek devlete geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu kaygının temeli olmadığı söylenemezse de, *Dahlab* kararından farklı olarak burada baskı altında kalabilecekleri düşünölenlerin yetişkin Üniversite öğrencileri olduklarını unutmamak gerekir, ayrıca baskı yapabilecek kişiler de bir öğretmen gibi hakim pozisyonda değillerdir, diğör öğrencilerdir. Devletin olası dini baskılara karşı öğrencileri başka tedbirlerle koruma imkanı varken (baskı yapan öğrencilere karşı etkin disiplin yöntemleri), mutlak bir yasak getirmesinin değerlendirilmemesi kararın tartışılması gereken noktalarından biri olarak görünmektedir.

SONUÇ

⁷⁵ Para. 115, 116, 118, 119, 121.

İHAM kararlarında çoğulculuk anlayışını ortaya çıkarmak için “*demokratik toplum*” kavramının geçtiği dört madde üzerinde durmak gerekir. Bu dört madde özel yaşam, inanç özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme ile toplanma özgürlüğünü düzenleyen 8, 9, 10 ve 11. maddelerdir. Çoğulculuk, çoğunluktan farklı olma hakkının korunması ve bu çerçevede çoğunluk iktidarının sınırlanması olarak özetlenebilir. Bu farklılık 8. maddede yer alan şekilde yaşam biçiminin farklılığı olabileceği gibi, 9. md’de yer alan şekilde inanç veya kanaat biçiminin, 10. maddede yer alan şekilde düşüncelerinin farklılığı da olabilir. Bu farklılıkların ortaya koyulması bireysel düzeyde olabileceği gibi daha güçlü ve etkili bir ifade biçimiyle, örgütlenerek de olabilir, işte burada örgütlenme ve toplanma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddenin önemi ortaya çıkmaktadır.

Bu dört madde arasında ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddenin özel bir önemi vardır, hemen bunun arkasından 11. maddeyi de eklemek gerekir. Özellikle siyasi arenada ifade özgürlüğü ve ardından örgütlenme özgürlüğü yeterli güvence altında değilse çoğulcu bir demokrasiden söz etme olanağı kalmaz. Farklı olanın kendini kabul ettirme, bir gün çoğunluk olma şansı ancak siyasi alandaki bireysel veya örgütlü ifade özgürlüğünün geniş bir biçimde korunması ile mümkündür. Bu nedenle İHAM kararlarına bakıldığında siyasi alanda ifade özgürlüğünün geniş bir biçimde korunduğu görülebilmektedir. İHAM’ın siyasi alandaki ifade özgürlüğü denetiminde çeşitli unsurlar değerlendirilerek sonuca varılmaktadır. 4N 2K olarak formüle edilebilecek bu unsurlar şunları içermektedir: Ne söylenmiştir? Ne tür tehlikeler vardır? Nerde ve nasıl söylenmiştir? Ne kadar alenilemiştir? Kim söylemiştir? Kime söylenmiştir?

Ne söylendiği incelenirken nefret söylemi, bir grubu veya kişiyi aşağılayan ve şiddet çağrısı ya da şiddeti onaylama içeren ifadeler çoğulculukla örtüşmez görülmüş ve ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutulmuştur. Şiddet söylemi 11. maddede yer alan örgütlenme özgürlüğü içinde de görülmemektedir. Nitekim şiddet söylemini benimseyen siyasi partilere yaptırım uygulanması ihlalle sonuçlanmamıştır. Diğer yandan demokrasi karşıtı ifadeler bakımından örgütlü ifadeler ile bireysel ifadeler arasında ayırım yapılmaktadır. Demokrasi ile örtüşmeyen teokratik bir yapının bireysel düzeyde savunulması hoşgörü ile karşılanırken, böyle bir yönetimi gerçekleştirmek için örgütlenmek, içinde bulunulan somut koşullar da değerlendirilerek haklı olarak koruma görmemektedir. Türkiye’de algılananın tersine

üniter devlet ya da ülke bütünlüğü aleyhine olan ifadeler ise gerek bireysel gerekse örgütlü düzeyde, şiddet söylemi içermediği müddetçe, İHAM tarafından koruma altında görülmektedir.

Siyasi alanda, ifadenin sahibinin nitelikleri de ifade özgürlüğünü daraltıcı ya da genişletici bir role sahip olabilmektedir. Örneğin toplumda önemli bir yeri olan bir kişinin şiddeti öven yaklaşım içinde olması ifade özgürlüğünü daraltıcı bir rol oynarken, çok sert hatta olağan bir kişi tarafından dile getirildiğinde hakaret olarak nitelenebilecek hükümet veya siyasetçilere yönelik eleştiriler ise bir gazeteci veya basın ya da seçilmişler tarafından yapıldığında geniş koruma görebilmektedir.

İfadenin hedefi diğer önem taşıyan bir nokta olarak görülebilir. Hükümet, siyasetçi, kamu görevlisi ve sıradan vatandaş arasında sert eleştirilere, hatta sözlü saldırılara katlanma düzeyi bakımından bir kademelenme vardır. Kamu görevlileri sıradan vatandaşa göre görevi ile ilgili konularda kendilerine yöneltilen sert eleştirilere daha açık olmak zorundadırlar. Siyasetçiler ise hem sıradan vatandaş hem de kamu görevlilerine göre çok daha açık olmak zorundadırlar, çünkü kendilerini bilerek toplumun incelemesi altına sokmuşlardır. Türkiye’de algılananın tersine, hükümet ise bütün bu gruplarla kıyaslandığında çok daha fazla hoşgörülü davranmak zorundadır. Bu çerçevede bakılarak kurumlara yönelik özel koruma getiren Türk Ceza Kanunu hükümleri yeniden düşünülmeli ve yorumlanmalıdır.

Bütün bu değerlendirmeler İHAM tarafından yapılırken, içinde bulunulan somut koşulların, mevcut tehlikelerin ve ifadenin ne kadar alenileştiğinin de dikkate alındığını eklemek gerekir.

Ahlaki alanda ise İHAM kararları bir miktar farklılaşmaktadır. Siyasi alandaki çoğulculuk geniş koruma görürken ahlaki alanda devlete çok daha geniş bir takdir alanı bırakılarak, çoğunluğun ahlaki değerlerinin üstün gelmesine izin verilmektedir. Küçüklerin korunması bakımından bazı önlemlerin alınması gereğinin vurgulanması haklı bir gerekçe teşkil etmekle birlikte, sıradan vatandaşların ahlaki hassasiyetleri dikkate alınarak örneğin bir sanat eserine yaklaşılması kaygı verici bir bakış açısidir. Bununla beraber, özellikle eşcinsellerle ilgili kararlarında, ahlaki konular da olsa devletin takdir alanının sınırı olduğu İHAM tarafından daha fazla dile getirilmiştir, eski kararlarıyla kıyaslandığında Mahkemede bir miktar liberalleşme eğilimi olduğu söylenebilir.

Dini alanda İHAM'ın çoğulculuk anlayışı, dini değerlerin ifade özgürlüğü ile çatıştığı noktada dini değerleri koruma eğilimi göstermektedir. Siyasi bir ifade olduğunda, çoğunluğun baskısına karşı azınlıkta kalanların, saldırgan da olsa ifadelerini koruma eğiliminde olan Mahkeme, konu çoğunluk dini olduğunda ona yöneltilen saldırgan ifadeleri korumama eğilimi göstermiştir. Bu anlamda dini alanda ifade özgürlüğünün ne kadar çoğulculuğu barındırdığı tartışmalıdır.

İki inanç veya kanaat biçiminin çatıştığı noktada ise, İHAM kararları baskı oluşturabilecek kesimin sınırlanması eğilimini göstermektedir. İHAM belli bir inancın özellikle devlet eliyle empoze edilmeye çalışılmasının karşısında durmaktadır. Farklı kanaat ve inançların bir arada yaşaması için gerçekten de bu zorunludur. Diğer bir deyişle ifade özgürlüğü ile inanç özgürlüğü çatışmasında, Mahkeme, inanç özgürlüğünden yana tavır alırken, iki inanç biçiminin veya vicdani kanaatin çatışmasında baskı altında kalma ihtimali olanların korunması eğilimini ortaya koymaktadır. Türkiye'ye ilişkin İHAM kararları dikkate alındığında, özellikle din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin seçimlik hale getirilmesi, nüfus cüzdanındaki din hanesinin kaldırılması yapılması gerekenler arasındadır.

İnanç özgürlüğü üzerindeki baskı doğrudan devletin çoğunluğun inancını yaymaya çalışmasından kaynaklanabileceği gibi, çoğunluğun empoze ettiği inanç biçimine karşı farklı inançları korumamasından veya hakim pozisyonunu ya da devlet gücünü kullanan kişileri engellememesinden de kaynaklanabilir. Çoğulculuğun gerçekleşmesi için üstün konumda olan inançların baskı oluşturmasının engellenmesi gerçekten de zorunludur. Fakat bu yapılırken ölçülü tedbirler almaya yönelmesi de önemlidir, üniversitelerde türban ya da başörtüsü yasağına ilişkin kararında olduğu gibi, İHAM zaman zaman devlet tarafından alınan ölçsüz önlemleri de devletin takdir alanında görebilmektedir.