



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

MURAT VURAL / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 9540/07)

KARAR

STRAZBURG

21 Ekim 2014

İşbu karar, Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli değişikliklere tabi olabilir.

Murat Vural / Türkiye davasında,*Başkan*

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Egidijus Kūris,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

16 Eylül 2014 tarihinde gerçekleştirilen kapalı müzakerelerin ardından,
Söz konusu tarihte alınan aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın temelinde, 16 Şubat 2007 tarihinde bir Türk vatandaşı olan Murat Vural ("başvuran") tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti aleyhinde Mahkemeye yapılan bir başvuru (no. 9540/07) yer almaktadır.

2. Başvuran, Ankara'da görev yapan Av. Hacı Ali Özhan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran bilhassa, düşüncelerini ifade etmesi nedeniyle kendisine hapis cezası verilmesinin ve hükmü kesinleşmiş bir tutuklu olarak oy kullanamamasının Sözleşme'nin 10. maddesi ve Ek 1 No.lu Protokol'ün 3.

maddesi tarafından güvence altına alınan haklarına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

4. Başvuru, 20 Eylül 2010 tarihinde Hükümete tebliğ edilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran, 1975 yılında doğmuştur ve Ankara’da ikamet etmektedir.

6. Dava konusu olaylar, taraflarca ibraz edildiği ve tarafların sunduğu belgelerden anlaşıldığı şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilir.

7. Başvuran, 28 Nisan 2005 gününün erken saatlerinde Sincan ilçesinde bir ilkokula gitmiş ve okul bahçesinde bulunan bir Atatürk¹ büstü üzerine boya dökmüştür. Aynı günün akşamında, bir başka ilkokulun bahçesindeki Atatürk büstüne boya dökmüştür.

8. Başvuran, 6 Mayıs 2005 tarihinde aynı iki ilkokulda aynı şeyi yapmıştır.

9. Başvuran, 8 Temmuz 2005 tarihinde Sincan ilçe merkezinde bir Atatürk büstü üzerine boya dökmüştür.

10. 12 Eylül 2005 tarihinde, bir kutu boya, boya inceltici ve merdiven ile birlikte Sincan ilçe merkezinde aynı büste gitmiştir. Boya kutusunu açmak üzereyken, polis memurları tarafından yakalanmış, polis karakoluna götürülerek burada ifadesi alınmıştır. Aynı gün kendisinden alınan bir ifadede, başvuranın, polis memurlarına yukarıda bahsi geçen eylemleri Atatürk’e kızgın olduğu için gerçekleştirdiğini ve kızgınlığını büstlere boya dökmek suretiyle ifade ettiğini söylediği tutanağa geçmiştir.

¹ Mustafa Kemal Atatürk, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu ve ilk Cumhurbaşkanıdır.

11. Başvuran aynı gün önce savcı ardından da hâkim önüne çıkarılmış; hâkim, hakkında ceza davası açılincaya kadar başvuranın tutukluluğuna karar vermiştir. Başvuran, savcılıktaki ifadesinde, eylemlerini Atatürk’e karşı “sevgisizliğini” ifade etmek amacıyla gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür.

12. Sincan Savcılığı, Sincan Asliye Ceza Mahkemesine (“davanın görüldüğü mahkeme) sunulan 15 Eylül 2005 tarihli iddianamesinde başvuranı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’a (Kanun No. 5816, bk. aşağı “İlgili İç Hukuk ve Uygulama”) muhalefetle itham etmiştir.

13. Başvuran, duruşma sırasında büstlere boya döktüğünü kabul etmiştir. Davanın görüldüğü mahkemeye, üniversite öğrenimini tamamladığını ve öğretmen olmaya hak kazandığını söylemiştir. Bununla birlikte, öğretmenlik başvurusunun Millî Eğitim Bakanlığı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle, uzun bir süre işsiz kalmıştır. Suçlarını, Bakanlığın kararını protesto etmek amacıyla işlemiştir.

14. Davanın görüldüğü mahkeme, 10 Ekim 2005 tarihinde başvuranı kendisine isnat edilen suçlardan suçlu bulmuştur. İlgili suçun kamuya açık bir yerde ve pek çok kez işlenmiş olduğunu göz önünde bulunduran mahkeme, başvurana 5816 sayılı Kanun uyarınca geçerli asgari hapis cezası olan bir yıl yerine üç yıl hapis cezası vermiştir. Söz konusu suçun kamuya açık bir yerde işlenmiş olması da davanın görüldüğü mahkemeyi, 5816 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca cezayı yarı misli artırmaya sevk etmiştir. Davanın görüldüğü mahkeme ayrıca, başvuranın bu suçu beş farklı zamanda işlemiş olduğunu göz önünde bulundurarak, cezanın beş katına çıkarılmasına karar vermiştir. Dolayısıyla başvurana, yukarıda bahsi geçen eylemleri nedeniyle toplamda yirmi iki yıl altı ay hapis cezası verilmiştir.

15. Başvuran kararı temyiz etmiştir. Başvurusunda, Ceza Kanunu hükümleri uyarınca kendisine yalnızca bir hapis cezası verilmesi gerektiğini, zira büstlere beş kez boya dökmesinin herhangi bir önemi olmaksızın, çoklu değil sadece bir suç işlediğini ileri sürmüştür. İddiasını

desteklemek amacıyla, beş eyleminin kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilmiş olduğunu savunmuştur.

16. Başvuran ayrıca, davanın görüldüğü mahkemenin, kendisine her bir suç ile ilgili olarak 5816 sayılı Kanun'da öngörülen bir yıllık asgari hapis cezası vermek yerine, başvuranın büstlere kaç kez boya döktüğünü dikkate alması nedeniyle, üç yıl hapis cezasına karar verdiğini belirtmiştir.

Davanın görüldüğü mahkeme, söz konusu hapis cezasını beş misli artırırken de yine başvuranın eylemlerinin sıklığına dayanmıştır.

17. Başvuran ayrıca, davanın görüldüğü mahkemenin, ilgili suçun kamuya açık bir yerde işlenmiş olması nedeniyle, cezasını, 5816 sayılı Kanun'un 2. maddesine istinaden yarı nispetinde artırmış olmasına itiraz etmiştir. Yargıtayın dikkatini, büstlerin, nitelikleri itibariyle, kamuya açık yerlere konulmuş olmasına çekmiştir.

18. Başvuran, eylemlerini Atatürk'e karşı "sevgisizliğini" ifade etmek amacıyla gerçekleştirdiğini eklemiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının sınırları içerisinde kalmıştır. Bu nedenle, her ne kadar kamu malına zarar vermekten hakkında kovuşturma yürütülmesi ve cezalandırılması makuldüyse de; gerçekte düşüncelerini ifade ettiği için cezalandırılmıştır.

19. Yargıtay, 6 Nisan 2006 tarihinde başvuranın, düşüncesini ifade ettiği şeklindeki savunmasını reddetmiş; ancak davanın görüldüğü mahkemece verilen kararı, *diğerleri arasında*, mahkemenin beş farklı olayın çoklu değil, yalnızca bir suç teşkil edebileceği gerçeği üzerinde yeterince düşünmemiş olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Yargıtay, başvuranın, eylemlerini Millî Eğitim Bakanlığı'nın kendisini öğretmen olarak atamama kararını protesto etmek amacıyla gerçekleştirmiş olduğunu değerlendirmiştir. Dava dosyası, davanın görüldüğü mahkemeye geri gönderilmiştir.

20. Davanın görüldüğü mahkeme, 5 Temmuz 2006 tarihli kararında Yargıtayın kararını kabul ederek, başvuranın eylemlerinin beş değil tek bir suça karşılık geldiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, *diğerleri arasında*,

başvuranın eylemlerine gerekçe olarak ileri sürdüğü “çelişkili nedenleri” ve yanı sıra “eylemlerinin kamuoyu üzerindeki etkilerini” göz önünde bulundurarak, başvuranın eylemlerinin “hakaret” teşkil ettiğine hükmetmiş; kendisine, 5816 sayılı Kanun uyarınca müsaade edilen azami hapis cezası olan beş yıl hapis cezası verilmesinin yerinde olduğunu değerlendirmiştir.

Verilen ceza daha sonra, eylemlerin kamuya açık bir yerde gerçekleştirilmiş olması nedeniyle, yarısı nispetinde artırılmıştır. Ayrıca, Ceza Kanunu’nun 43. maddesi gereğince (bk. aşağı “İlgili İç Hukuk ve Uygulama”), söz konusu ceza dörtte üç oranında tekrar artırılmıştır. Dolayısıyla başvurana toplamda on üç yıl bir ay on beş gün hapis cezası verilmiştir.

21. Davanın görüldüğü mahkeme kararında ayrıca, hakkındaki mahkûmiyet kararı nedeniyle Ceza Kanunu’nun 53. maddesi uyarınca başvurana uygulanması gereken kısıtlamaları da belirtmiştir. Buna göre, başvuran, cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, diğerleri arasında, seçimlerde oy kullanmaktan ve seçimlere katılmaktan, bunun yanı sıra dernek, parti, sendika ve kooperatif yönetiminden (bk. “İlgili İç Hukuk ve Uygulama”) men edilmiştir.

22. Başvuran itirazda bulunmuş ve Sözleşme’nin çeşitli hükümleri kapsamında ileri sürdüğü iddialarını yinelemiştir. Bilhassa, eylemlerini Atatürk’e karşı “sevgisizliğini” ifade etmek amacıyla gerçekleştirdiğini ve böylece Sözleşme’nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullandığını ileri sürmüştür.

23. Yargıtay, temyiz başvurusunu 5 Şubat 2007 tarihinde reddetmiştir. Yargıtay kararında başvuranın ifade özgürlüğü konusunda ileri sürdüğü iddialara değinilmemiştir.

24. 16 Nisan 2007 tarihinde savcılık tarafından hazırlanan ve başvurana verilen hapis cezasının ayrıntılarını ortaya koyan bir belgeye göre, başvuranın cezaevinden serbest bırakılma tarihi, 22 Ekim 2018 olup, iyi hal nedeniyle serbest bırakılma ihtimali 7 Haziran 2014 olarak belirlenmiştir.

25. Bu esnada 1 Haziran 2005 tarihinde Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (No. 5275) yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, mahkûmların hangi koşullar altında erken tahliyeden yararlanabileceğini belirlemektedir.

26. Başvuranın, içerisinde cezasını infaz ettiği cezaevinden sorumlu savcı, 15 Mayıs 2007 tarihinde davanın görüldüğü mahkemeye yazarak, başvuranın olası erken tahliyesinin hesaplanması konusunda yardım talebinde bulunmuştur. Savcı, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlara 647 sayılı Kanun'un uygulandığını, o tarihten sonra işlenen suçlar içinse 5275 sayılı yeni Kanun'un uygulanacağını belirtmiştir. Başvuran ise eylemlerini bu tarihten hem önce hem sonra işlemiştir.

27. Davanın görüldüğü mahkeme, 16 Mayıs 2007 tarihinde kritik tarihin son eylemin işlendiği tarih olduğunu ve dolayısıyla yeni kanunun geçerli olduğunu değerlendirmiştir.

28. Başvuran, bu karara karşı itiraz başvurusunda bulunmuş ve eylemlerinin çoğunun 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş olduğunu, bu nedenle hapis cezası hesaplanırken eski kanunun dikkate alınması gerektiğini iddia etmiştir. Hapis cezasının yeni kanuna göre hesaplanması halinde, cezaevinde dört yıl daha geçirecekti. Söz konusu itiraz, 18 Haziran 2007 tarihinde davanın görüldüğü mahkeme tarafından reddedilmiş ve başvuranın muhtemel erken tahliye tarihi, savcılığın 16 Nisan 2007 tarihinde hazırladığı belgeye göre (bk. yukarı paragraf 24) hesaplanmıştır.

29. Başvuranın, hakkındaki mahkûmiyet kararının iptali için Adalet Bakanlığına yaptığı başvuru ile Yargıtaya bulunduğu karar düzeltme başvurusu, sırasıyla 28 Eylül 2007 ve 28 Aralık 2007 tarihlerinde reddedilmiştir.

30. Başvuran, 11 Haziran 2013 tarihinde şartlı tahliye edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

31. Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun (Kanun No. 5816, kabul tarihi 31 Temmuz 1951) şu şekilde öngörmektedir:

“Madde 1: Atatürk’ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Atatürk’ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk’ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları işlemeye başkalarını teşvik eden kimse asıl fail gibi cezalandırılır.

Madde 2: Birinci maddede yazılı suçlar; iki veya daha fazla kimse tarafından toplu olarak veya umumi veya umuma açık mahallerde yahut basın vasıtasıyla işlenirse hükmolunacak ceza yarı nispetinde artırılır.

Birinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı suçlar zor kullanılarak işlenir veya bu suretle işlenmesine teşebbüs olunursa verilecek ceza bir misli artırılır.

Madde 3: Bu kanunda yazılı suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılıklarınca re’sen takibat yapılır.

Madde 4: Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 5: Bu kanunu Adalet Bakanı yürütür.”

32. Ceza Kanunu’nun (5237 sayılı 2004 tarihli Kanun) 43. maddesinin ilgili kısımları şu şekilde öngörmektedir:

“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır...”

...”

33. Ceza Kanunu’nun (5237 sayılı 2004 tarihli Kanun) 53. maddesinin ilgili hükümleri şu şekilde öngörmektedir:

“(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak,

- a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,
- b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,
- c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,
- d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
- e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,

Yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkra sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ... hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir...

...”

34. Türkiye’de oy kullanma konusunda geçerli mevzuat hakkında daha fazla bilgi için bk. *Söyler / Türkiye* (No. 29411/07, §§ 12-19, 17 Eylül 2013).

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

35. İlgili uluslararası belgelere ve oy kullanma konusunda karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir açıklama *Scoppola / İtalya (No. 3)* [BD] (No. 126/05, §§ 40-60, 22 Mayıs 2012) kararında bulunabilir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 10, 17 VE 18. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

36. Başvuran, Sözleşme’nin 10. maddesine istinaden, düşüncelerini ifade ettiği için cezalandırılmış olduğundan şikâyet etmektedir. Kendisine verilen cezanın aşırı, söz konusu suçla orantısız ve Sözleşme’nin 17 ve 18. maddelerine aykırı olduğunu eklemiştir.

37. Hükümet, başvuranın iddialarına itiraz etmiştir.

38. Mahkeme, ilgili şikâyetin yalnızca Sözleşme’nin 10. maddesi açısından incelenmesinin uygun olduğunu değerlendirmektedir; söz konusu madde şu şekildedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

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

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

39. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca söz konusu şikâyetin başka gerekçelerle de kabul edilemez olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle, şikâyetin kabul edilebilir olduğuna hükmedilmesi gerekmektedir.

B. Esas Hakkında

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilirliği ve bir müdahalenin varlığı

40. Başvuran, eylemlerini ülkeyi Kemalist ideoloji² doğrultusunda yönetenlere karşı duyduğu memnuniyetsizliğini ifade etmek ve Kemalist ideolojinin kendisini eleştirmek amacıyla gerçekleştirdiğini iddia etmiştir.

41. Hükümet, Atatürk büstlerinin kirletilmesinin, Atatürk'ün hatırasına hakaret etmek amaçlı vandalist bir eylem olarak kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Ulusun Atatürk'e karşı duyduğu derin saygı ve hayranlık gereği, hatırası yasayla korunmaktadır.

42. Hükümete göre, Atatürk Aleyhinde İşlenen Suçlar Hakkında Kanun uyarınca cezalandırılması gereken, görüşlerin ifade edilmesinden ziyade, Atatürk'ün hatırasına hakaret edilmesi veya büstlerinin tahrip edilmesiydi. Söz konusu kanun, bireyleri Atatürk'ün şahsını veya fikirlerini ya da Kemalist politikaları eleştirmekten alıkoymamaktaydı. Atatürk büstlerinin tahrip edilmesi, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında görüş ifade etmenin meşru bir yolu değildi.

² Kemalist ideoloji, Mustafa Kemal Atatürk'ün siyasal ideolojisi olup; altı temel ideoloji sütununa dayanmaktadır: Cumhuriyetçilik, Milliyetçilik, Halkçılık, Laiklik, Devletçilik ve İnkılâpçılık.

43. Başvuranın büstlere yönelik saldırganlığı, şiddeti göz önünde bulundurulduğunda, vandalizm olarak nitelendirilmiştir ve vandalizm, nefretin şiddetli bir biçimde ifade edilmesi idi. Her ne kadar başvuranın düşünce ve görüşlerini şiddete başvurmaksızın konuşma, yazı, resim ve diğer araçlarla ifade etme ve yayma hakkı bulunmaktaydıysa da; başvuran düşünce ve görüşlerini bu şekilde ifade etmeyi tercih etmemiştir. Başvuran, bunun yerine vandalist eylemlerini haklı çıkarmak için, ifade özgürlüğünü ileri sürerek ulusal mahkemeler önünde yasal koruma talebinde bulunmuştur. Hükümetin nazarında, başvuranın hukuka aykırı eylemleri, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kapsamı dışındaydı.

44. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin, ifade edilen fikir ve bilgilerin yalnızca içeriğini değil, aynı zamanda aktarım şeklini de koruduğunu yinelemektedir (bk. *Oberschick / Avusturya (no. 1)*, 23 Mayıs 1991, § 57, Seri A No. 204). Nitekim Mahkemenin içtihatları incelendiğinde, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca konuşmalar ve yazılı metinler gibi daha yaygın ifade biçimleriyle kalmayıp, aynı zamanda insanların, düşüncelerini, iletilerini, fikirlerini ve eleştirilerini aktarmakta zaman zaman seçtikleri diğer ve daha az aşikâr araçlara da uygulanabilir olduğuna hükmedildiği görülmektedir.

45. Örneğin, bilhassa bilgi ve fikir alma ve yayma özgürlüğü kapsamında olmak üzere, Sözleşme'nin 10. maddesinin sanatsal ifade özgürlüğünü kapsadığına, bunun da her tür kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve düşüncenin aleni şekilde alıp verilmesine olanak verdiğine karar verilmiştir. Sanat eseri yaratan, icra eden, yayan veya sergileyen kişiler; düşünce ve görüş alışverişine katkıda bulunmaktadır ki; bu da demokratik bir toplum açısından elzemdir. Dolayısıyla, sanat eseri yaratan kişinin ifade özgürlüğüne usulüne aykırı bir biçimde tecavüz etmeme konusunda Devletin bir yükümlülüğü bulunmaktadır (bk. *Müller ve Diğerleri / İsviçre*, 24 Mayıs 1998, §§ 27 ve 33, Seri A No. 133). Bu sonuca varmada

Mahkemenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin, sanatsal ifade özgürlüğünün kendi kapsamına girdiğini belirtmediğini, ancak öte yandan çeşitli ifade biçimleri arasında da ayırım yapmadığını kaydetmiş olması dikkate değerdir (*aynı yerde*, § 27).

46. Sembol taşıma veya teşhir etmenin de Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında “ifade” biçimleri kapsamı içerisine girdiğine hükmedilmiştir. Örneğin, *Vajnai / Macaristan* davasındaki kararında Mahkeme, uluslararası işçi hareketinin bir sembolü olarak halk içinde kırmızı yıldız giymenin siyasal görüş ifade etmenin bir yolu olarak kabul edilmesi gerektiğini ve kıyafetler ilintili bu tür sembollerin Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsamına girdiğini kabul etmiştir (No. 33629/06, §§ 6 ve 47, AİHM 2008; bk. ayrıca *Fratanoló / Macaristan*, No. 29459/10, § 24, 3 Kasım 2011). Mahkeme benzer şekilde, bir siyasi hareket veya kuruluşla bağlantılı, bayrak gibi bir sembolün teşhir edilmesinin düşüncelerle özdeşleşmiş olduğunu ifade edebileceğine veya düşünceleri temsil edebileceğine ve Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifadenin kapsamına girdiğine hükmetmiştir (bk. *Fáber / Macaristan*, No. 40721/08, § 36, 24 Temmuz 2012).

47. Mahkeme, görüşlerin, sanat eserleri aracılığıyla veya yukarıda belirtilen sembollerin taşınması veya teşhir edilmesi suretiyle ifade edilebilmesinin yanı sıra, davranışla da ifade edilebileceğine hükmetmiştir. Örneğin, *Steel ve Diğerleri / Birleşik Krallık* (23 Eylül 1998, §§ 90 ve 92, *Kararlar ve Hükümler Derlemesi* 1998-VII) davasındaki kararında Mahkeme; orman tavuğu avına karşı gerçekleştirilen ve içerisinde ava katılanları engellemeye ve bu kişilerin dikkatini dağıtmaya yönelik teşebbüslerde bulunan bir protestoya katılmanın ve bir karayolu inşaat alanına zorla girerek kesilecek ağaçlara ve inşaatla kullanılacak sabit makinelerin üzerine tırmanmanın; söz konusu eylemlerin belli faaliyetlerin fiziksel anlamda engellenmesi şeklini almasına karşın; Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında görüş ifade etmek olduğuna karar vermiştir. Mahkeme

bu kararı vermekle, davalı Devletin, başvuranların protesto amaçlı eylemlerinin barışçıl olmadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilir olmadığı yönündeki iddiasını reddetmiştir.

48. Aynı şekilde, *Hashman ve Harrup / Birleşik Krallık* ([BD], No. 25594/94, § 28, AIHM, 1999-VIII) kararında, içerisinde bir tilki avının, av borusuna üflenmesi ve bağrıışmalarda bulunulması suretiyle bölündüğü bir protesto düzenlenmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında görüş ifade etmek anlamına geldiğine hükmedilmiştir.

49. Mahkeme, *Lucas / Birleşik Krallık* davasındaki kararında ((k.k.), No. 39013/02, 18 Mart 2003), *Steel ve Diğerleri* ve *Hashman ve Harrup* davalarında verilen ve yukarıda anılan kararlardan bahisle, protestoların Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında görüş ifade etmek anlamına gelebileceğini yeniden doğrulamıştır. Bu dava; yakalanan, tutuklanan ve ardından, Birleşik Krallık Hükümetinin nükleer denizaltılarını muhafaza etme kararını protesto etmek amacıyla bir deniz üssüne açılan halka açık bir yolda oturması nedeniyle huzuru bozma suçundan mahkûm edilen bir başvuran ile ilgiliydi.

50. Mahkeme aynı yolla, *Tatár ve Fáber / Macaristan* davasındaki kararında, “ulusun kirli çamaşırlarını” temsil eden bir kısım giysi malzemesinin kısa süreyle halka açık bir biçimde sergilenmesinin, siyasal bir ifade biçimiyle eşdeğer olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuranların eylemlerinden “manidar bir etkileşim” olarak bahsetmiş ve Hükümetin, hakkında itirazda bulunulan olayın aslında bir toplantı olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği yönündeki iddiasını reddederken, olayın “ağırlıklı olarak bir ifade teşkil ettiğine” ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsamına girdiğine karar vermiştir (No. 26005/08 ve 26160/08, §§ 29, 36 ve 40, 12 Haziran 2012).

51. “İfade” kapsamı, bir kez daha, *Hristiyan Demokratik Halk Partisi / Moldova* (No. 2) davasının konusu olmuştur; söz konusu dava, Belediye

Konseyinin gerçekleştirecek toplantı esnasında saldırı savaşına, etnik nefrete ve toplumsal şiddete çağrılarda bulunulacağını düşünmesi nedeniyle, bir meydana protesto gösterisi yapmasına engel olunan bir siyasi parti ile ilgiliydi. Başvuran Partinin itirazı, İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiş; İstinaf Mahkemesi, başvuran siyasî parti tarafından dağıtılan ilânların “Voronin’in totaliter rejimi kahrolsun” ve “Putin’in işgal rejimi kahrolsun” gibi sloganlar içermesi nedeniyle, Belediye Konseyinin kararının haklı olduğuna hükmetmiştir. İstinaf Mahkemesi aynı zamanda, başvuran siyasi partinin daha önce, Transdinyester’deki Rus ordusunun varlığını protesto etme amacıyla düzenlediği bir gösteride, protestocuların Rusya Federasyonu Başkanı’nın resmini ve Rus bayrağını yakmış olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme, kararında, bayrakların ve resimlerin yakılması eşliğinde dahi olsa, başvuran siyasi partinin sloganlarının, kamuoyunun çoğunluğunu ilgilendiren bir konu hakkında, yani Moldova topraklarında Rus birliklerinin varlığı hakkında bir görüş ifade etme şekli olduğuna hükmetmiştir (No. 25196/04, §§ 9 ve 27, 2 Şubat 2010).

52. Yukarıda değinilen örnekler, tüm ifade yollarının, Sözleşme’nin 10. maddesinin kapsamına girdiğini göstermektedir. Mahkeme defalarca, siyasi konuşma veya kamu menfaatini ilgilendiren konulara ilişkin tartışmalara yönelik kısıtlamalara Sözleşme’nin 10 § 2 maddesi altında çok az yer olduğunu vurgulamıştır (bk., *diğerleri arasında, Wingrove / Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58, *Raporlar* 1996-V). Aynı anlayışla, hakkında itirazda bulunulan bir davranışın, Sözleşme’nin 10. maddesinin kapsamına girip girmediğine ilişkin bir değerlendirmenin kısıtlayıcı değil, kapsayıcı olması gerektiğini değerlendirmektedir.

53. İlâveten Mahkeme, basın özgürlüğüyle ilgili davalarda, ne Mahkemenin ne de yerel mahkemelerin, muhabirlerin hangi haber tekniğini kullanması gerektiği konusunda basının görüşleri yerine kendi görüşlerini koymaması gerektiğine; zira yukarıda ifade edildiği üzere (bk. yukarı paragraf 44), Sözleşme’nin 10. maddesinin ifade edilen fikir ve bilgilerin

yalnızca içeriğini değil, aynı zamanda aktarım şeklini de koruduğuna (bk. *diğerleri arasında, Jersild / Danimarka*, 23 Eylül 1994, § 31, Seri A No. 298) hükmetmiştir. Mahkeme, aynı şeyin, görüşünü sözsüz ve sembolik ifade yollarıyla aktarmayı isteyen herhangi bir birey için de söylenebileceğini değerlendirmekte ve bu nedenle, Hükümetin “her ne kadar başvuranın düşünce ve görüşlerini şiddete başvurmaksızın konuşma, yazı, resim ve diğer araçlarla ifade etme ve yayma hakkı bulunmaktaydıysa da; başvuran düşünce ve görüşlerini bu şekilde ifade etmeyi tercih etmemiştir” şeklindeki iddiasını (bk. yukarı paragraf 43) reddetmektedir.

54. Mahkeme, içtihatları ışığında, belli bir eylem veya davranışın Sözleşme’nin 10. maddesinin kapsamına girip girmediğine karar verirken, başta nesnel bir bakış açısıyla bu eylem veya davranışın görünen manidar niteliği ve bunun yanı sıra söz konusu eylem veya davranışta bulunan kişinin amacı veya niyeti olmak üzere, söz konusu eylem veya davranışın niteliği hakkında bir değerlendirme yapılmasının gerektiğini değerlendirmektedir. Mahkeme, başvuranın, Atatürk büstlerine boya dökmekten mahkûm edildiğini, bunun da nesnel bir açıdan bakıldığında, manidar bir eylem olarak kabul edilebileceğini kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuranın, hakkında yürütülen ceza yargılamaları esnasında yerel makamlara Atatürk’e karşı duyduğu memnuniyetsizliği ifade etmeyi istediğini açık bir biçimde bildirmiş olduğunu (bk. yukarı paragraf 11, 18 ve 22) ve daha sonra Mahkeme önünde eylemlerini ülkeyi Kemalist ideolojiye göre idare edenlere ve Kemalist ideolojinin kendisine karşı duyduğu memnuniyetsizliği ifade etmek amacıyla gerçekleştirmiş olduğunu savunduğunu (bk. yukarı paragraf 40) kaydetmektedir.

55. Bu bağlamda, Hükümet tarafından savunulanan aksine, başvuranın vandalizmden değil, Atatürk’ün hatırasına hakaretten mahkûm edilmiş olduğu (bk. yukarı paragraf 20) göz önünde bulundurulmalıdır. Gerçekte ulusal mahkemeler, başvuranın eylemlerini Millî Eğitim Bakanlığının

başvurayı öğretmen olarak atamama kararını protesto etmek amacıyla gerçekleştirdiğini kabul etmiştir (bk. yukarı paragraf 19).

56. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, başvuranın, eylemleri aracılığıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında ifade özgürlüğü hakkını kullanmış olduğu ve söz konusu hükmün bu nedenle mevcut davada uygulanabilir olduğu sonucuna varmaktadır. Ayrıca, başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararının, kendisine hapis cezası verilmesinin ve söz konusu mahkûmiyet kararı nedeniyle haklarından yoksun bırakılmasının, başvuranın Sözleşme'nin 10 § 1 maddesinde vurgulanan haklarına yönelik bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmektedir.

2. Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluk

57. Başvuran, eylemlerinin ağır ve orantısız bir şekilde cezalandırılmış olmasından ve bu nedenle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

58. Hükümet, Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilirliğine itiraz etmenin ötesinde, müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında haklı gerekçelere dayandığını savunmaya çalışmamıştır.

59. Yasayla öngörülmediği, 2. fıkrada belirtilen amaçlardan birini veya daha fazlasını gütmeye ve bu amaçlara ulaşılması için “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı takdirde; başvuranın, Sözleşme'nin 10 § 1 maddesinde vurgulanan haklarına yönelik müdahalenin, Sözleşme'nin 10. maddesi açısından ihlal teşkil ettiğine karar verilecektir.

60. Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın Atatürk Aleyhinde İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'a dayandığını gözlemlemektedir. Kanunun ilgili hükümlerinden de anlaşılacağı üzere (bk. yukarı paragraf 31), söz konusu kısıtlama yeterince açıktır ve öngörülebilirlik koşullarını karşılamaktadır. Mahkeme bu nedenle, müdahalenin kanunla öngörülmüş olduğu kanaatindedir. Ayrıca, başkalarının şöhretini veya haklarını koruma meşru amacını güttüğünün

kabul edilebileceğini değerlendirmektedir (bk. *Odabaşı ve Koçak / Türkiye*, No. 50959/99, § 18, 21 Şubat 2006; bk. ayrıca *Dilipak ve Karakaya / Türkiye*, No. 7942/05 ve 24838/05, §§ 117, 130-131, 4 Mart 2014). Dolayısıyla geriye kalan, hakkında şikâyetle bulunulan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının tespit edilmesidir.

61. Mahkeme, denetim görevlerinin kendisini “demokratik bir toplumun” niteliklerini ortaya koyan ilkelere azami dikkat göstermeye mecbur kıldığını yinelemektedir. İfade özgürlüğü; bu tür bir toplumun önemli temellerinden birini, kalkınmasının ve her bireyin gelişiminin temel koşullarından birini teşkil etmektedir. Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasına tabi olarak, yalnızca, olumlu karşılanan veya zararlı olmadığı ya da ilgilenilmesi gerekmeyen bir sorun olduğu düşünülen “bilgi” veya “düşünceler” için değil, aynı zamanda Devleti veya nüfusun herhangi bir kesimini rencide, şoke veya rahatsız eden “bilgi” veya “düşünceler” için de geçerlidir. Çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereklilikleri bu şekildedir ve onlarsız “demokratik toplum” olmaz (bk. *Handyside / Birleşik Krallık*, 07 Aralık 1976, § 49, Seri A No. 24).

62. Bu, diğerleri arasında, bu alanda dayatılan her “formalitenin”, “şartın”, “kısıtlamanın” veya “cezanın”, güdülen meşru amaçla orantılı olması gerektiği anlamına gelmektedir (*aynı yerde*). Sözleşme’nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlük istisnalara tabidir; ancak söz konusu istisnaların katı bir biçimde yorumlanması ve herhangi bir kısıtlamanın gerekli olduğunun ikna edici bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir (bk., *diğerleri arasında, Zana / Türkiye*, 25 Kasım 1997, § 51, *Raporlar* 1997-VII).

63. Mahkeme sıklıkla, “gerekli” ifadesinin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” varlığını ima ettiğine ve bu türden bir ihtiyaç olup olmadığının değerlendirilmesinde Sözleşmecî Devletlerin belli bir takdir payının bulunduğu, ancak bunun Avrupa denetimiyle yakından ilişkili olduğuna karar vermiştir (*aynı yerde*).

64. Mahkeme, denetleme yetkisini kullanırken, hakkında itirazda bulunulan müdahaleye bir bütün olarak davanın ışığında bakmalıdır. Bilhassa, söz konusu müdahalenin “güdülen meşru amaçlarla orantılı” olup olmadığına ve ulusal makamların bu müdahaleyi gerekçelendirmek amacıyla ileri sürdüğü nedenlerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına karar vermelidir (Bk., *diğerleri arasında, Fressoz ve Roire / Fransa* [BD], No. 29183/95, § 45, AİHM 1999-I). Bu bağlamda Mahkeme, verilen cezaların mahiyeti ve ağırlığının da, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken etkenler olduğunu yinelemektedir (Bk., *diğerleri arasında, Başkaya ve Okcuoğlu / Türkiye* [BD], No. 23536/94 ve 24408/94, § 66, AİHM 1999-IV).

65. Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu Atatürk’ün modern Türkiye’de ikon niteliğinde bir şahsiyet olduğunun (*Odabaşı ve Koçak*, yukarıda anılan, § 23) farkındadır ve Parlamentonun, Atatürk’ün hatırasına hakaret ettiğini ve Türk toplumunun duygularını zedelediğini düşündüğü belli davranışları cezalandırmayı tercih ettiğini değerlendirmektedir.

66. Mahkeme bununla birlikte, iç hukukta öngörülen ve başvurana verilen hapis cezasının aşırı ağır, yani on üç yıldan fazla olmasından etkilenmiştir. Aynı zamanda başvuranın bu mahkûmiyet kararının bir neticesi olarak on bir seneyi aşkın bir süre boyunca oy kullanamamış olduğunu kaydetmektedir. İlke olarak Mahkeme, şiddet içerikli olmayan barışçıl ifade biçimlerinin hapis cezası verilmesi tehdidine tabi kılınmaması gerektiğini değerlendirmektedir (Bk., *mevcut davaya uygulanabildiği ölçüde, Akgöl ve Göl / Türkiye*, No. 28495/06 ve 28516/06, § 43, 17 Mayıs 2011). Mevcut davada başvuranın eylemlerinin kamu malına fiziksel saldırı içermesine karşın, Mahkeme söz konusu eylemlerin, Atatürk Aleyhinde İşlenen Suçlar Hakkında Kanun tarafından öngörülen bir hapis cezasını haklı kılacak kadar ağır olduğunu değerlendirmemektedir.

67. Bu nedenle, başvurana verilen cezanın aşırı sert olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme başvurayı mahkûm etmek ve kendisine ceza

vermek için ileri sürülen nedenlerin, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli olup olmadığının incelenmesinin gerekli olmadığını düşünmektedir (Bk. *Başkaya ve Okçuoğlu*, yukarıda anılan, § 65). Başvuranın Atatürk'ün şahsına duyduğu kızgınlığını ifade etmesinin veya Kemalist ideolojiyi eleştirmesinin “hakaret” anlamına gelip gelmediğinin ya da yerel makamların başvuranın ifade özgürlüğünü göz önünde bulundurup bulundurmadığının – ki başvuran bu hususu pek çok kez söz konusu makamların dikkatine sunmuştur – incelenmesinin gerekli olduğunu da düşünmemektedir (Bk. yukarı paragraf 18 ve 20). Mahkeme, hiçbir gerekçelendirmenin, söz konusu eylemler nedeniyle böylesi ağır bir ceza verilmesini haklı çıkarmaya yetmeyeceğini değerlendirmektedir.

68. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, başvurana verilen cezaların, güdülen amaçlarla oldukça orantısız olduğu ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'YE EK 1 NO.LU EK PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

69. Başvuran, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine istinaden, yerel mahkemelerin kendisine uyguladığı ve başvurana oy kullanmaktan alıkoyan yasak hakkında şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi şu şekildedir:

“Yüksek Sözleşmeciler, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

70. Hükümet, bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

71. Mahkeme, işbu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca başka gerekçelerle de kabul edilemez olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle kabul edilebilir olduğuna hükmedilmesi gerekmektedir.

B. Esas Hakkında

72. Başvuran, hakkındaki mahkûmiyet kararının yalnızca kendisinin hapsedilmesiyle sonuçlanmakla kalmayıp, başvuranın, *diğerleri arasında*, oy kullanmasına da engel olmasından şikâyetçi olmuştur.

73. Hükümet, 1 No.lu Ek Protokol'ün 3. maddesinin, oy kullanma ve seçilme hakkı dâhil olmak üzere bireysel hakları güvence altına aldığını kabul etmiş ve mevcut davada başvuranın oy kullanma hakkının kısıtlanmış olduğu konusunda itirazda bulunmamıştır.

74. Hükümet, içerisinde Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ardında yatan mantığın ortaya konulduğu Ceza Kanununu Açıklayıcı Raporu atıfta bulunmuş (Bk. *Söyler*, yukarıda anılan, § 17) ve kısıtlamanın meşru amacının başvuranın rehabilite edilmesi olduğunu savunmuştur. Türkiye'de oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamanın bir "topyekûn yasak" olmadığını, zira yürürlükteki mevzuatın, kısıtlamanın kapsamını suçun niteliğine göre sınırladığını ileri sürmüştür. Hükümet, *Hirst / Birleşik Krallık (No. 2)* ([BD], no. 74025/01, AİHM 2005-IX) davasındaki karara atıfta bulunarak, oy kullanma hakkını kısıtlayan Türk mevzuatının, Birleşik Krallık'taki durumun aksine, yalnızca kasıtlı suç işleyen kişilere uygulandığını ileri sürmüştür. Birleşik Krallık'ta ise mevzuat, cezalarının süresi, suçun niteliği veya vahameti ve bireysel koşullarının önemi ne olursa olsun, cezaevinde tutulan tüm mahkûmlara uygulanmaktaydı.

75. Türkiye’de mahkûmların oy kullanma haklarına ilişkin Anayasa hükümleri 1995 ve 2001 yıllarında iki değişikliğe uğramıştır. 1995 yılında Anayasa, hakkındaki ceza yargılamalarının neticesini beklerken cezaevinde tutulan bir kişinin haklarından mahrum bırakılması masumiyet karinesi ilkesiyle bağdaşmayacağı için, hükmü kesinleşmemiş tutukluları kapsam dışında bırakacak şekilde değiştirilmiştir. 2001 yılı değişikliğinde, taksirli suçlardan mahkûm edilen kişiler oy kullanmaya getirilen kısıtlamaların dışında tutulmuştur. Bugün olduğu gibi, ulusal mevzuat yalnızca kasıtlı suçlara uygulanmaktaydı. Hükümetin nazarında, kasıtlı suçlar, “kasıt” unsuru içermesi bakımından, daha “güçlü” nitelikteydi.

76. Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi tarafından güvence altına alınan hakların, hukukun üstünlüğüyle idare olunan etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerini tesis etmek ve korumak için elzem olduğuna; ceza infaz eden tüm mahkûmlara uygulanan genel, otomatik ve fark gözetmeyen bir kısıtlamanın söz konusu maddeyle bağdaşmadığına işaret etmektedir (bk. *Hirst (No. 2)* [BD], yukarıda anılan, §§ 58 ve 82). Bu ilkeler sonradan *Scoppola (No. 3)* (yukarıda anılan, §§ 82-84, 96, 99 ve 101-102) davasında Büyük Daire tarafından yeniden doğrulanmıştır. Mahkeme ayrıca, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin yalnızca “yasa koyucunun” seçimi için geçerli olduğunu yinelemektedir (Bk. *Paksas / Litvanya* [BD], No. 34932/04, § 71, AİHM 2011 (özetler)).

77. Mahkeme, başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararının 05 Şubat 2007 tarihinde kesinleştiğini ve başvuranın 11 Haziran 2013 tarihinde koşullu salıverildiğini gözlemlemektedir. Bu süre zarfında oy kullanmasına izin verilmemiştir. İlâveten yürürlükteki mevzuat uyarınca, haklarından mahrum bırakılması koşullu salıverildiği 11 Haziran 2013 tarihinde sona ermemiş olup, başlangıçta tahliyesi için öngörülen 22 Ekim 2018 tarihine kadar devam edecektir (Bk. yukarı paragraf 24). Bu nedenle, başvuran, 05 Şubat 2007 ve 22 Ekim 2018 tarihleri arasında, yani on bir seneden fazla bir süre boyunca, oy kullanamamış ve kullanamayacaktır. Mahkeme, 05 Şubat

2007 tarihi ile Mahkemenin incelemesini gerçekleştirdiği tarih – 22 Temmuz 2007 ve 12 Haziran 2011 – arasında iki milletvekili seçimi gerçekleştirildiğini ve başvuranın bu seçimlerden hiçbirinde oy kullanamamış olduğunu gözlemlemektedir.

78. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme, başvuranın, ulusal mevzuatta öngörülen ve o ana dek kendisini milletvekili seçimlerinde oy kullanmaktan iki defa men eden tedbirden doğrudan etkilendiği sonucuna varmaktadır.

79. Mahkeme daha önce, Türkiye’de hak yoksunluğunun, yasadan doğan otomatik bir sonuç olduğunu ve suçun niteliğini veya vahametini, – bir yıldan kısa süreli ertelenmiş cezaları bir kenara bırakarak (Bk. yukarı paragraf 33) – hapis cezasının süresini veya hükmü kesinleşen kişilerin bireysel durumlarını dikkate almaması bakımından uygulamada ayırım gözetmediğini tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, Türk mevzuatının hak yoksunluğunun öngörüldüğü suçları sınıflandıran veya açıklayan sarih hiçbir hüküm içermediğini ve Sözleşme’nin hayati önemi haiz bir hükmü ile ilgili olarak bu sert tedbirin Türkiye’de otomatik ve ayırım gözetmeksizin uygulanmasının kabul edilebilir hiçbir takdir payı içerisine girmediğini kaydetmiştir (Bk. *Söyler*, yukarıda anılan, §§ 36-47).

80. Mevcut davada hiçbir şey Mahkemenin farklı bir sonuca ulaşmasına olanak vermemektedir. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme, başvuranın haklarından mahrum edilmesi nedeniyle Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

III. DİĞER SÖZLEŞME İHLALİ İDDİALARI HAKKINDA

81. Başvuran, kendisine iç hukuk uyarınca verilebilecek azami hapis cezasının verilmesi ve hapis cezasının yeni kanuna (Kanun no. 5275) istinaden hesaplanması suretiyle, Sözleşme’nin 5, 6 ve 7. maddeleri kapsamında sahip olduğu hakların ihlal edilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran ayrıca, 5816 sayılı Kanun’un, yargıca bir ile beş yıl arasında bir

hapis cezası seçmesi hususunda fazla takdir payı vermesi nedeniyle, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olmasından şikâyet etmiştir. Sonuç olarak, aynı suç için farklı mahkemeler farklı cezalara hükmetmiştir. Başvuran son olarak, Sözleşme'nin 11. maddesine dayanarak, ulusal mahkemelerin uyguladığı ve kendisini oy kullanmaktan ve seçimlere katılmaktan alıkoymakla kalmayıp aynı zamanda dernek, parti, sendika ve kooperatif yönetmekten de men eden yasaktan şikâyetçi olmuştur.

82. Sözleşme'nin 10. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında ulaştığı sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda (Bk. yukarı paragraf 68 ve 80), Mahkeme bu şikâyetlerin kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesine gerek olmadığını değerlendirmektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

83. Sözleşme'nin 41. maddesi şunu öngörmektedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

84. Başvuran, maddi zarar ile ilgili olarak 60.000 avro (EUR) ve manevi zarar ile ilgili olarak 65.000 avro talep etmiştir. Başvuran, maddi zarara ilişkin talebini hesaplamada, asgari ücrete isnat etmiş ve asgari ücreti hapisanede geçirmeye mahkûm edildiği toplam ay sayısı ile çarpmıştır.

85. Hükümet, başvuranın taleplerinin aşırı olduğunu ve delillerle desteklenmediğini iddia etmiştir.

86. Başvuranın Mahkemeye istihdam durumunu, gelirini ve gelir kaybını gösterir herhangi bir belge sunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme başvuranın maddi zarara ilişkin talebini reddetmektedir. Öte

yandan, manevi zararlarla ilgili olarak başvurana 26.000 avro ödenmesine hükmetmektedir.

B. Masraf ve Giderler

87. Başvuran ayrıca yerel mahkemeler ve Mahkeme önünde yaptığı masraf ve giderler için 50.000 avro talep etmiştir.

88. Hükümet, masraf ve giderlere ilişkin talebin herhangi bir belge ile desteklenmediğini değerlendirmiştir.

89. Mahkemenin içtihatlarına göre, bir başvuran, ancak söz konusu masraf ve giderler gerçekten ve gerekli olarak yapıldığı ve miktar bakımından makul olduğu ortaya konulmuş ise, masraf ve giderler iadesi alma hakkına sahiptir. Mevcut davada başvuran, talep edilen masrafları gerçekten yaptığını göstermemiştir. Bilhassa, sözleşme, ücret anlaşması veya avukatının dava üzerinde harcadığı saatlerin bir dökümü şeklinde, yazılı delil sunmamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, avukat ücreti olarak hiçbir tutara hükmetmemektedir.

C. Gecikme Faizi

90. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının marjinal borç verme faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında bulunan şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna;

2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Ek Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5, 6, 7, 11 ve 14. maddeleri kapsamında bulunan şikâyetlerin kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesine gerek olmadığına;
5. Oybirliğiyle,
 - (a) davalı Hükümetin, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, manevi zararlar ilgili olarak, başvurana, ödenmesi gereken vergiler hariç olmak ve ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere 26.000 avro ödemesine;
 - (b) yukarıda bahsi geçen üç ayın sona ermesinden itibaren ödeme tarihine kadar geçen sürede, yukarıdaki tutarlar üzerinden gecikme dönemi süresince geçerli olan Avrupa Merkez Bankası marjinal borç verme faizine üç puan eklenmesi suretiyle elde edilecek oran üzerinden basit faiz ödenmesine;

Karar vermiştir;

6. Bire karşı altı oyla, başvuranın adil tazmin talebinin geri kalan kısmını *reddetmiştir.*

İşbu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 21 Ekim 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Yargıç Sajó'nun farklı görüşü ve Yargıç Nebojša Vučinić ve Egidijus Kūris'in müşterek farklı görüşleri yer almaktadır.

G.R.A.
S.H.N.

YARGIÇ SAJÓ’NUN KISMÎ MUTABİK VE KISMÎ MUHALİF GÖRÜŞÜ

I.

Başvuran Murat Vural, bir Kemal Atatürk büstüne boya dökmekten mahkûm edilmiştir. Kendisine, hakaret nedeniyle, yasanın öngördüğü azami süre olan beş yıllık hapis cezası verilmiştir. Ceza, toplamda on üç yıl bir ay on beş günlük hapis cezasına yükseltilmiştir.

İşbu davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlal edildiği hususunda meslektaşlarıma tamamen katılıyorum. Kararda verilen gerekçe, şiddet olmadığında, ihtilafli eylemin, cezanın aşırı sert olmasını haklı kılacak kadar vahim olmadığıdır. Böylesi bir cezalandırmanın *tek başına* kabul edilemez olduğu konusunda hemfikirim; ancak kanaatimce, cezanın aşırı sert olmasına odaklanan bu sınırlı anlayış, ifade özgürlüğü konusunda yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu eksiklik, beni davada uygulanan yöntembilimi ele almaya zorlamaktadır. Sözleşme’de tasavvur edilen konuşma özgürlüğüne tam koruma sağlanmasını engelleyen, “standart” bir orantılılık analizinin yarattığı kısıtlamadır.

Üç aşamalı “standart” orantılılık analizi (müdahalenin yasayla öngörülmüş olması, meşru bir amaca hizmet etmesi ve “güdülen meşru amaçlarla orantılı” olması), 8. ve 11. maddeyi ilgilendiren davalarda¹ bu Mahkemenin kararlarının ayırt edici niteliğidir.

Meselenin, cezanın orantısızlığına dayanılarak hükme bağlandığı mevcut davada söz konusu yöntembilimin kullanımı ile ilgili çekincelerim bulunmaktadır. Ayrıca, yasaların bir özgürlüğü koşulsuz şekilde kısıtladığı tüm davalarda “standart” orantılılık yaklaşımının kullanılmasını uygun bulmamaktayım.

1. Mahkeme, diğer bağlamlarda kategoriye dayalı bir yaklaşım kullanmaktadır. Bu, 3. madde davalarında ve hatta belli ölçüde 17. madde kapsamındaki ifade özgürlüğü bağlamında kullanılan yaklaşımdır; zira bazı ifade kategorilerinin korumaya değer olmadığı düşünülmektedir; çünkü söz konusu ifade grupları hakaret içeriklidir ve bu nedenle müsaade edilemez ve korunmayan bir kategoriye girmektedir.

Birincisi, cezayı orantısız kılan şeyin ne olduğu açık değildir. İçimdeki ses, söz konusu müeyyidenin orantısız olduğuna işaret ediyor; ancak neye göre ve hangi manada? Bir yıllık zorunlu hapis cezası orantılı olur muydu? Bizi endişelendiren gerçekten de orantılılıkla ilgili bir sorun mudur? İkincisi, Mahkeme, ihlal tespitini cezanın sert olmasına dayandırarak, dikkati daha temel bir konudan, yani “hatıraya hakaretin” cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusundan tamamıyla uzaklaştırmaktadır. Mevcut dava, başvuranın 10. madde kapsamındaki haklarıyla ilgilidir; dolayısıyla Mahkemenin, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin etkisini değerlendirmesi gerekirdi.

Cezanın Orantılığı

Cezanın aşırı niteliğine dayanarak ihlal tespit edilmesinde yatan sorunlar nelerdir? Birincisi, tüm mahkemelerin mahkemesi bu Mahkeme, ham bir adalet anlayışına isnat edemez (bununla birlikte, adalet anlayışı göz ardı edilerek verilen tüm yargı kararları eleştiriye açıktır). Bu Mahkeme, Sözleşme kapsamındaki insan haklarına yönelik kısıtlamaların meşruiyetiyle ilgilenmektedir; bir kısım muammalı ölçekte değerlendirilen kısıtlamaların uygunluğuyla değil. Sözleşme, alışılmadık cezalar konusunda hiçbir yasak içermemektedir ve bizden de cezanın değerlendirilmesi beklenmemektedir.

Yargıçlar ve meslekten olmayan kişiler orantısız cezadan bahsettiklerinde; sıklıkla belli bir suç için verilen cezayı bir başka suçun cezasıyla veya benzer, kıyaslanabilir bir suç nedeniyle bir başkasına verilen cezayla ve hatta cezaya kıyasla suçun manevi ciddiyetiyle kıyaslarlar².

2. *Buitoni / Fonds d’Orientation* [1979] ECR 677 davasında Avrupa Adalet Divanı, ruhsat kullanımının bildirilmemesi nedeniyle verilen bir cezanın, söz konusu ruhsatın fiilen kullanılması için verilen cezayla aynı olması nedeniyle orantısız olduğuna karar vermiştir. *Buitoni*’de, bir suçun bildirilmemesi ile söz konusu suçun işlenmesinin aynı olamayacağı ve aynı muameleyi hak etmediği sezgisel olarak kabul edilmiştir. Bu o kadar açıktır ki; ek hiçbir açıklama gerektirmemektedir.

Bu noktada M. Rosenfeld ve A. Sajó’nun 2012 yılında Oxford University Press’ten çıkan *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* adlı kitabında yer alan Berngard Schlink’in *Orantılılık (1)* ve Aharon Barak’ın *Orantılılık (2)* adlı yazılarını benimsemekteyim.

Mevcut davada, cezanın *neden* ağır bir biçimde orantısız olduğuna dair belli hiçbir neden verilmemektedir. Adalet sağduyusunun, bir meselenin daha fazla açıklama gerektirmediğine karar verdiği durumlarda, söz konusu sağduyuyu paylaşmayanların kafası karışmaktadır. Örneğin, büstün temizlenmesi veya tamir edilmesi gerektiği için, bir yıl kabul edilebilir miydi? Mahkeme, örneğin, on üç yılın genel olarak katillere verilen bir ceza olması gibi, karşılaştırılabilir bir referans, bir *tertium comparationis* dahi sunmamaktadır. Bu mantıkla, mevcut mahkûmiyet kararı hatıraya saldırıyı, insan hayatına saldırı olarak ele almakta ve dolayısıyla yaşam ile ölmüş bir kişinin hatırasına saygı gösterilmesine aynı önemi atfetmektedir (burada karşılaştırmacı bireylere veya topluma yönelik zarardır).

Adalet anlayışının gereklilikleri karşılandığı ve tılsımlı “orantısız” sözcüğü kullanıldığı için, Mahkemenin kararı yeterli gözükmektedir. Ancak değildir. Meslektaşlarımin, cezanın büyük ölçüde uygunsuz olduğuna ilişkin duygularını paylaşmaktayım; ancak 10. maddeyle ilgili bir davada, hakların korunması meselesinin özü bu değildir; Mahkeme, müdahalenin gerekliliğini, müdahalenin ilgili ifade üzerindeki etkisi ışığında değerlendirmelidir.

Esas mesele: belli bir içeriğin cezalandırılması

Sözleşme metni, Hükümetin bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispatlamasını gerektirmektedir ve orantılılık meselesi de bu tür bir gereklilik bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu davadaki gerçek mesele, ciddi zarara yol açmayan bir ifade eylemine aşırı ağır ceza verilmesi değil; bütün bir ifade grubudur (Atatürk’ün hatırasına hakaretler) ve ilgili ifade eylemlerinin *içerikleri* nedeniyle bir suç olduğu düşünülmektedir. Uygulanan yasa oldukça belirgin bir içeriği seçmektedir: Atatürk’ün hatırasına aleni hakarete bulunan tüm konuşmalar (mevcut davada olduğu gibi ifade eylemi dâhil) ceza verilmesini gerektirir. Mesele, ifade eylemi sonucunda büstlere zarar verilen durumlarda, halka açık tüm büstlerin korunması değildir. Aşırı cezanın acımasızlığı altında yatan mesele, *cezalandırılmak üzere belli konuşma içeriğinin* seçilmesidir. 5816 sayılı Kanun her şeyden önce, “Atatürk’ün hatırasına yönelik her tür

saygısızlığın” bir ila üç yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını; bir heykel üzerine boya sarf edilmesinin (“bir büstün kirletilmesi”) söz konusu hapis cezasını beş yıla çıkarmasını öngörmektedir; başvurana daha sonra *ağırlaştırıcı sebeplerden ek* sekiz yıl hapis cezası verilmiştir.

Elbette, söz konusu eylemin yol açtığı zarar derecesi göz önünde bulundurulduğunda, bir büste zarar verilmesi nedeniyle *ek* sekiz yıl verilmesi aşırıdır; ancak bu Mahkemeden “yalnızca”, ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemesi istenmektedir.

Sorunun, mevzuatın kategoriye dayalı bir analizle ve hatta, örneğin Kanada ve Almanya’da yapıldığı gibi, mevzuat ile güdülen amacın nesnel değerinin, araç ve nihai ilişki bakımından kapsamlı bir orantılılık analiziyle daha kolay karara bağlanabileceğini söyleyebilirim. Bu yaklaşımlar, Mahkemenin “standart” ve çoğu kez davayla sıkı bağlantılı analizinden üstündür; zira söz konusu yaklaşımlar daha ikna edicidir ve en önemlisi, ifade özgürlüğüne idarenin istismarı karşısında daha iyi, daha kapsamlı ve daha denk bir koruma sunmaktadır.

5816 sayılı Kanun içerisinde yasa koyucunun ağır basan endişeleri, konuşmanın ikincil etkilerinin aksine konuşmanın içeriğiyle ilgilidir; yasa koyucunun, eylemin ilettiği mesaja olan karşıtlığını ifade etmektedir. Birleşik Devletler Anayasası İlk Değişiklik Yasası’nın, “kategorik yaklaşım” olarak bilinen kategoriye dayalı yaklaşımında³, bu, açık bir biçimde anayasaya aykırıdır. Öyleyse içerik ayrımcılığı konusunda yanlış olan nedir? İçerik ayrımcılığı yanlıştır; çünkü Hükümet, içerik-tarafsızlığını zorlayıcı nedenler olmaksızın göz ardı etmektedir. İçerik tarafsızlığı şartı, içeriğe dayalı kısıtlamaların (“içerik ayrımcılığı”) belli mesajları hedef aldığı, dolayısıyla düşünce kontrolüyle sonuçlandığı varsayımından kaynaklanmaktadır ve “[bu tür bir kısıtlama] hükümetin belli düşünce veya

3. Bk. *Texas / Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Kategorik yaklaşımın üstünlükleri için bk. aşağı.

bakış açılarını piyasadan etkin bir biçimde sürebileceği endişesini uyandırmaktadır.⁴”

“Standart” orantılılık yaklaşımının eksiklikleri

Karar, orantılılık analizinin kısıtlaması içerisinde işlemektedir; bu nedenle Mahkeme, 5816 sayılı Kanun’un temelinde yatan (“yapısal”) sorunu açığa kavuşturamamaktadır. “Standart” orantılılık analizinin üç mekanik ucunun üstün yanlarının farkındayım. Söz konusu uçlar, kayda değer derecede hukuki belirlilik sağlamaktadır; yaklaşım ayrıca ölçek ekonomilerinin getirilerini de sunmaktadır. Üretim anlamında böylesi bir belirlilik, bir mahkemenin binlerce davasının bulunduğu ve bir mahkemeden kırk yedi farklı üye Devlette kararlarımızı okuyan yargıçlara tavsiye vermesinin beklendiği durumlarda anlaşılır şekilde caziptir.

Bununla birlikte, orantılılık analizi içerisinde dahi, Mahkemenin kullandığı üç bacaklı yaklaşıma kıyasla az daha karmaşık nitelikte başka yöntemler de bulunmaktadır. Başka inceleme kademeleri de eklenebilir.

Diğerleri arasında, (meşru) bir amaca ulaşma aracı olarak bir tedbirin niteliği hakkında karar verirken, araştırmanın mevzuatın soyut seviyesinden başlaması gerekmektedir. Bu araştırma, şayet bir mahkeme düzenleyici bir tedbirin gerçekte varsayılan amaca hizmet ettiği iddiasının doğruluğu hakkında esaslı bir incelemeye girecek olursa ve girdiğinde, bilhassa zorlu (ve bu nedenle etkili) olur. Dahası, amacın öneminin kendisi adli incelemeye konu olabilir. Mahkeme, bu yaklaşımı 8. ve 11. maddeler bağlamında kullanırken, bir Sözleşme hakkını kısıtlama gerekçesi olarak referansların, Sözleşme’de tanınan herhangi bir amaca kıyasla ne kadar önemli ve gerçek olduğunu incelemek durumundadır. Amaç, gerçek midir? Veya onun yerine, yasa koyucunun demokratik meşruiyeti adına adli denetim dışında gibi görünen kamu menfaati içerisinde yatan bir kandırmaca mıdır?

4. *Simon and Schuster, Inc. / Members of the N.Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 116 (1991).

İlâveten, seçilen araç dikkatli bir biçimde uyarlanmış mıdır? Mesele, hassasiyeti koruma ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda dahi, ceza hükmünün aşırı geniş olması değil midir?

Mevcut davada olduğu gibi, bir halkın hassasiyetlerinin ve derin duygularının korunması gerektiğinin iddia edildiği durumlarda, bir mahkeme bu iddianın “başkalarının hakları” ile olan ilişkisini dikkatli bir biçimde inceleyebilir ve incelemelidir. Tüm menfaatlerin “başkalarının hakları demek olduğunu” kabul etmek ve iddia edilen tüm bu hakların Sözleşme’deki insan haklarıyla eşit önemde olduğunu iddia etmek, insan hakları açısından son derece tehlikelidir; tüm haklar eşit yaratılmamıştır. Kişinin duygularının ve derin inançlarının rahat bırakılması gibi bir hak var mıdır? Duyguların, bir hak konusu olarak, olası rahatsızlıklardan korunması gerekli midir? Ayrıca, iddia edilen tüm menfaatlerin hak teşkil ettiği varsayılsa dahi (ki kanaatimce savunulması mümkün olmayan bir iddiadır), iddia edilen bu hak, Sözleşme haklarına getirilen belli kısıtlama türlerini (bilhassa, en azından oldukça yakın bir zamana kadar, ifade özgürlüğü bağlamında Mahkeme için dahi oldukça şüpheli olan topyekûn yasaklar) haklı kılmak için *tek başına* yeterli midir? Aynı inceleme, analizin daha sonraki bir aşamasında davanın belli koşullarını ele almada da uygun olabilir; bu, adeta Sözleşme hakları ve diğer menfaatler eşit öneme sahipmişçesine, sıklıkla dengeleme biçiminde yapılan bir şeydir!

Anlaşılan o ki; bazı tedbirler, basit bir şekilde, varsayılan amaca hizmet etmemektedir veya en azından mümkün olduğunca az kısıtlayıcı değildir. Kişi şu soruyu sormalıdır: siyasi hatırayı korumanın mevcut tek yolu zorunlu hapis cezası mıdır?

Şüphesiz, kuramsal olarak, hak kısıtlayıcı araçlar kabul edilebilir ve meşru ve gerçek amaçla akla uygun bir biçimde bağlantılı olsa dahi; bunların belli bir bağlam içerisinde (başvuranın davranışı) kullanımı orantısız olabilir, zira davanın koşullarında söz konusu amaca ulaşılması için *hakları daha az kısıtlayan araçlar* bulunmaktadır. Diğer durumlarda amaca ulaşma aracı olarak, bir hakkın kısıtlanmasının aşırı olduğu (bazen dengeleyici dili kullanarak) söylenebilir; çünkü bu kısıtlama, kişinin söz konusu amaca kıyasla daha fazla değer verdiği hakkı güçsüz kılmaktadır.

Bu mantığa göre, Sözleşme’de geçen insan haklarının (uluslararası bir sözleşmede üstün değerler olarak belirlenmiş olmaları itibariyle) özel bir değeri olduğunun eklenmesi gerekir.

Orantılılık yöntembilimi içerisinde, yukarıda bahsi geçen ve daha titiz inceleme biçimlerinin ötesine geçen ifade özgürlüğü davaları zaman zaman (hatta Birleşik Devletler’de devamlı olarak) *kategorik* bir yaklaşım kullanılmak suretiyle çözümlenmektedir⁵. İlke olarak, bu tür bir yaklaşım ifade özgürlüğünü tartışmasız bir biçimde ve, orantılılık ve dengeleme ölçütlerinin anlaşılır ve ayrıntılı bir biçimde açıklanmadığı dava temelli bir analize kıyasla, daha yüksek bir kesinlikle güvence altına almaktadır. Dava temelli orantılılık analizinin doğasında yatan belirsizlik, yetkilileri daha fazla kısıtlama dayatma girişiminde bulunmaya sevk etmektedir. Daha önemlisi, konuşmacıların cesaretini kırmaktadır.

Bir insan hakları mahkemesi, bu konunun özüne inmelidir. Türkiye’de bir kişiyi Atatürk’ün hatırasına karşı suç işlemekten hapse koymak mümkündür. Türk Milleti’nin, modern Türk Devleti’nin kurucusu karşısında güçlü saygı duyguları beslediğinden hiç şüphem yok ve bu tür duyguları ifade etmek Türk Milleti’nin sahip olduğu anayasal yetkiler içerisinde yer almaktadır. Bu duygulara saygım tamdır; ancak ifade davalarında hassasiyetlerin yasal olarak uygulanması ile ilgili olarak aynı şekilde güçlü çekincelerim bulunmaktadır⁶. Burada ifade biçiminin sorun

5. 17. madde bağlamında Devletler karşısında değil, ancak başvuranlar karşısında kategorik bir yaklaşım kullanılmaktadır (bk. *Garaudy / Fransa* (k.k.), no. 65831/01, AİHM 2003-IX).

6. Mahkeme, *Otto-Preminger-Institut / Avusturya* (20 Eylül 1994, Seri A No. 295-A) davasında, “saldırgan” konuşmanın yol açtığı infiale karşı korumanın, başkalarının hakkı kavramı içerisinde, en azından söz konusu hakkın din özgürlüğü olduğu hallerde meşru bir amaç olduğunu kabul etmiştir. *A, B ve C / İrlanda* ([BD], No. 25579/05, § 232, AİHM 2010) davası, Sözleşme haklarıyla ilgili bir kaygının ötesindedir. Burada korunması gereken ve Mahkeme tarafından dengeleyici bir uygulama ile değerlendirilen, halkın din hassasiyeti değildi. Mahkeme, davanın hassas manevi veya ahlaki meseleleri gündeme getirdiği durumlarda, takdir payının daha geniş olacağını (ancak neye kıyasla?) söylemiştir; dolayısıyla Mahkeme teknik olarak gerçek bir dengelemeye (ki bunu her halükarda 8. madde bağlamında gerçekleştirmiştir) gitmek zorunda dahi kalmamıştır. Mahkeme, çoğunluğun “derin manevi değerlerinin”, hak sınırlaması şeklindeki meşru amaçların, yani “ahlâk kurallarının korunması” alanına girdiği sonucuna varmıştır; dolayısıyla davanın gereklilik testi kapsamında ele alınması gerekmektedir. Her iki karar da kuvvetli muhalefet ve eleştiriyi sonuçlanmıştır. Bu mantığa göre, ifade özgürlüğüne uygulanması halinde, iddia şu şekilde devam edebilir: “derin saygı ve hayranlık hissi” derin bir manevi değere eşittir; bu nedenle, - ulusal simgelerin aşağılanması bağlamında da yaygın olduğu üzere -

yarattığını anlıyorum; ancak kararın da gösterdiği üzere, konu ifade davranışına girmektedir; boysa dökülmesi, her ne kadar tartışmaya açıksa da, bir ifade biçimidir⁷. Bir büstün veya bir başka sanat eserinin tahrip edilmesi adi suçtur; Mikelanjelo'nun "Pieta"sının tahrip edilmesi ise gerçekten ciddi bir suçtur. Bununla birlikte mevcut davada mahkûmiyet kararının gerekçesi, ifade edilen içerikti; suçun konusu, iddia edildiği üzere vandalizm değil, açık bir biçimde "Atatürk'ün hatırası"dır; aksi halde elbette cezai müeyyidelere konu olabilir. Dahası, belli koşullarda siyasal memnuniyetsizliğin böylesi dramatik bir biçimde ifade edilmesi ihtiyacını tasavvur edebiliyorum; ancak bu, mevcut davada ele alınması gerekmeyen bir konuydu. Türk mahkemeler, hiçbir zaman söz konusu ifade eyleminin uygunluğunu tartışmaya girmemiştir. Her halükârda, Atatürk ve hatırasına karşı nefret içeren tüm ifade biçimleri, bunların altında yatan, Atatürk'ün kurduğu ve onun siyasi vizyonuna dayalı siyasi sistem hakkındaki her tür hoşnutsuzluk yasaktır; birinci ve esas konu budur.

Benzer bir suçun cezalandırılmasının demokratik bir toplumda uygun veya hatta gerekli olduğu, hatıraya hakaretin şiddete veya tanınmış bireylere karşı nefrete çağrıyla eşdeğer olduğu durumları tahayyül edebiliyorum; ancak mevcut kanun bu unsuru gerektirmemektedir ve mevcut davada böylesi bir tehlike bulunmamaktadır. Mücrim kılınan yalnızca hakaret olgusudur.

Standart orantılılık testinden kaynaklanan sınırlı analiz, kanunun tüm konuşma eylemleri üzerindeki etkisinin değerlendirilmesine izin vermemektedir. Bu nedenle Mahkeme, gerçek sorunu inceleme fırsatı bulamamıştır. Bununla birlikte, Sözleşme ve hatta kendi yöntembilimimiz, kısıtlamanın ifade özgürlüğü üzerindeki etkisini değerlendirmemizi gerektirmektedir. "10 § 2 maddesi kapsamında, kamu menfaatini

ulusal birlik veya ulusa saygı, halkın ahlâk kuralları açısından başlı başına temel niteliktedir. Tarih, (doğrudan otoriter değilse de) otoriteye saygı gösteren bu tür yaklaşımların ifadeyi kısıtlayıcı neticeleri olduğunu göstermektedir.

7. Açık bir biçimde 10. madde kapsamına girmekle birlikte, bu tür bir ifade biçiminin kullanılmasının söz konusu koşullar altında demokratik bir toplumda gerekli olmayabileceğini yadsıyor değilim. İlâveten, bu tür bir kısıtlamayı orantılı kılacak başka meşru amaçlar bulunmaktadır. Ancak mevcut kanun basit bir biçimde böyle bir inceleme yapılmasına imkân vermemektedir (Benzer bir sorun için bk. *Vajinai / Macaristan*, no. 33629/06, AİHM 2008).

ilgilendiren konular hakkındaki tartışmalara yönelik kısıtlamalara çok az yer olduğu hatırlatılmaktadır.⁸ Mahkeme daima “Sözleşme’nin 10 § 2 maddesi kapsamında, siyasi söyleme veya kamu menfaatini ilgilendiren konular hakkındaki tartışmalara yönelik kısıtlamalara çok az yer olduğunu” kabul etmiştir.⁹ Başvuranın ifade eyleminin, siyasi söylem olması nedeniyle, sıkı bir incelemeyi tetiklemesi gerekirdi ve Hükümet şüphesiz, hatıraya hakareti mücrim kılma konusunda zorlayıcı nedenlere dayalı bir açıklama sunamamıştır. Yasanın içerik ayrımcılığında bulunduğu dikkate alındığında, büstlerin tahrip edilmesinin suç kılınması gibi, içerik bakımından tarafsız bir yasanın etkilerini incelememiz gerekmemektedir.

Siyasi bir kişiliğin hatırasına saygısızlığın cezalandırıldığı durumlarda, bunun tüm konuşmacılar üzerinde bir soğutma etkisi olur. Devlet, bu kısıtlama için herhangi bir zorlayıcı menfaat göstermemiştir. Hiçbir demokratik toplumun, siyasal konularda ifade özgürlüğü olmaksızın var olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda; demokratik bir toplum içerisinde bu tür bir tedbirin makul amacını anlayamamaktayım¹⁰. Türk toplumunun duygularının büstteki boya görüntüsüyle veya saygısız sözcükler duymakla zedeleneyeceği varsayılsa bile, rahatsız edici siyasi görüşlerin dahi kabul edilmesinin gerekli olduğu demokratik bir toplum içerisinde bunun nasıl yeterli bir açıklama olabileceğini anlayamıyorum.

Bu temel değerlendirme, başvurana verilen on üç yıl bir yana, zorunlu müeyyidenin hapiste bir yıl olması halinde Türk hukukunda üzücü bir biçimde eksiktir. Bu tür bir müdahaleye olanak veren ve hatta bu tür bir müdahaleyi zorunlu kılan bir yasa, demokratik bir toplumun

8. Bk. *Wingrove / Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58, *Kararlar ve Hükümler Derlemesi* 1996-V.

9. Bk. *Sürek / Türkiye* (No. 1) [BD], No. 26682/95, § 61, AİHM 1999-IV.

10. Bu Mahkemenin, 10. madde konusundaki içtihadının en iyi kısmı, tam olarak bu tür ifadenin demokratik bir toplumda sahip olduğu hayati önem nedeniyle, siyasal söyleme titiz bir inceleme uygulanmasını gerektirmektedir. (Bk. *Ceylan / Türkiye* [BD], no. 23556/94, § 34, AİHM 1999-IV, *Öztürk / Türkiye* [BD], no. 22479/93, § 66, AİHM 1999-V, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre* (No. 2) [BD], No. 32772/02, § 92, AİHM 2009; referans: *Lingens / Avusturya*, 8 Temmuz 1986, § 42, Seri A No. 103; *Castells / İspanya*, 23 Nisan 1992, § 43, Seri A No. 236; *Thorgeir Thorgeirson / İzlanda*, 25 Haziran 1992, § 63, Seri A No. 239; *Wingrove*, yukarıda anılan, § 58 ve *Monnat / İsviçre*, no. 73604/01, § 58, AİHM 2006-X). Mevcut dava, siyasi söylem ile ilgilidir. Bu geleneksel orantılılık yaklaşımına göre, söz konusu tedbir mahkûmiyet kararının ağırlığı nedeniyle değil, müdahaleyi açıklayan nedenlerin yetersizliği nedeniyle orantısızdır.

gereklilikleriyle bağdaşmamaktadır. Bu Mahkeme, görünürde, müsaade edilebilir kısıtlamalardan oluşan (aşırı) geniş kategorilerden birine (“başkalarının hakları”) giren sözde mevzuat amacına izin verilmeyebileceğini değerlendirmekten kaçınmamalıdır¹¹.

5816 sayılı Kanun’da geçen müeyyidenin soğutma etkisi göz önünde bulundurulduğunda, kategorik bir yaklaşım kullanırdım; ceza kanunu, siyasi bir kişiliğe yönelik saygısızlığın fiili (gerçek) bir tehdit veya şiddete çağrı teşkil etmediği durumlarda, diğer kişilerin siyasi hassasiyetini koruma aracı olarak hiçbir zaman uygun değildir. Bu tür kanunlar, özgür tartışma ve düşünce alışverişine dayalı bu tür bir toplumun temel varsayımlarına aykırı olmaları itibarıyla, basit bir şekilde, demokratik bir toplumda gerekli değildir (acil durumlar dışında). Salt içerik kısıtlayıcı yasaların varlığı düşünce özgürlüğünü tehlikeye sokar ve bazen yok eder. Demokratik bir toplum için, vatandaşlarının, mütecaviz buldukları söylemi dahi kabul eden veya hoş görmeyi öğrenen yetişkinler olarak muamele görmesi esastır. Özgür ve demokratik bir toplum için ödenmesi gereken bedel budur.

İfadeyi koruyan nispeten benzer bir netice, geliştirilmiş bir orantılılık analizi içerisinde dahi elde edilebilirdi; amaç, yani başkalarının sözde hakları, yalnızca mevcut koşullarda on üç yıllık bir hapis cezasını değil, aynı zamanda genel olarak bir hapis cezasını gerektirmeyecek şekildedir. Bir müdahalenin kaynağı olarak önce yasanın kendisini inceleyen bir orantılılık analizinde, yasaya seçilen ve nihayetinde fayda sağlayan (iddia edilen duyguların korunması) bir araç olarak bakılmaktadır. Amaç ışığında değerlendirildiğinde, söz konusu araç burada aşırıdır; zira diğerleri arasında amacın kendisi sorunludur; amacın kendisi, ifade özgürlüğünün, seçilen araç

11. Mevzuatın, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama gerekçeleriyle *mücerret olarak* bağdaşmadığını değerlendirmek, ilke olarak Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Sayın Nicolas Bratza, Mahkemenin tutumunu şu şekilde özetlemektedir: “Bununla birlikte, burada olduğu üzere, müdahalenin doğrudan Sözleşme hakkının kullanımını yasaklayan veya kısıtlayan bir yasa hükmünden kaynaklanması halinde, Mahkemenin yaklaşımı farklı olma eğiliminde olmuştur. Böyle bir durumda Mahkemenin odak noktası, münferit başvuranın koşulları değildir; buna karşın mevzuatın uygulanmasından mağdur olduğunu iddia edebilmek için, başvuranın mevzuattan etkilenmesi gerekir; bunun yerine Mahkemenin odak noktası kanun koyucusunun kendisinin kendi takdir payı içerisinde hareket edip etmediği ve söz konusu yasağı veya kısıtlamayı uygularken gereklilik ve orantılılık şartlarını karşılayıp karşılamadığı meselesidir.” (*Animal Defenders International / Birleşik Krallık* [BD], No. 48876/08, AİHM 2013, Yargıç Bratza’nın mutabık görüşü).

yanı sıra daha az cezri başka herhangi bir araç dolayısıyla, kaçınılmaz olarak gözden çıkarılmasına değmemektedir. Veyahut mevcut amaç meşru değildir ya da kimileri açısından meşru olduğu kadarıyla, seçilen araç kesinlikle olabildiğince az kısıtlayıcı değildir.

“Standart” yöntembilimini benimsediğimde, ceza ağırlığının, orantısızlık tespit edilmesinde önemli veya belirleyici bir unsur olduğuna hükmedilen pek çok karara katılmaktayım. Bu davaların temelinde yatan mesaj açıktı; Avrupa’nın ulaşmış olmayı umduğu nezaket ve “medeniyet” seviyesinde bulunan demokratik ve özgür bir toplumda, düşünce suçu için başta cezai olanlar olmak üzere, müeyyideler (ve şöhrete zarar verilen davalarda cezai müeyyideler) kullanılması uygun değildir¹². Ancak bu davalarda Mahkeme, muhtemelen Sözleşme’nin 27 § 1 ve 34. maddeleriyle bağlantılı olarak sahip olduğu varsayılan rolü neticesinde, bu anlamda açık beyanlarda bulunmayı uygun bulmamıştır; bununla birlikte 19. madde uyarınca kendisinden Taraflarca üstlenilen taahhütlerin, genel ve yapısal nitelikteki “taahhütlerin” yerine getirilmesini temin etmesi beklenmektedir. Söz konusu kanun, belli siyasi içeriklerin ifade edilmesi karşısında, “hak” statüsüne yükseltilecek toplum hassasiyetleri adına topyekûn bir yasak teşkil etmektedir. Bu taahhütler göz önünde bulundurulduğunda, ceza hukukunun, ulusal bir kahramanın hatırasını korumak adına, içerik ayrımcılığında bulunması, Sözleşme’yle bağdaşmamaktadır. Aşırı sertliğin görüldüğü mevcut şartlarda - ki kaçınılmaz olarak tekrarlanacaktır -, bunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

II.

Mevcut karar, başvuranın uğradığı manevi zarar için adil tazmin sağlamaktadır. Benzer şekilde ağır diğer ifade özgürlüğü ve hak yoksunluğu

12. Sonuç olarak, bir avroluk bir cezanın dahi (örneğin herhangi bir müeyyide) orantısız olabileceğini ifade eden bu kararların açık mesajı budur (Bk. *Eon / Fransa*, No. 26118/10, 14 Mart 2013 ve *Colombani ve Diğerleri / Fransa*, No. 51279/99, AIHM 2002-V). *Tek başına*, belli ifade kategorilerine yönelik cezai müeyyidelerin uygunsuzluğu için bk. örneğin *Lehideux ve Isorni / Fransa*, 23 Eylül 1998, § 57, *Raporlar* 1998-VII.

davalarında sağlanan tazmin aralığında bulunması bakımından orantılıdır. (Cezaevinde geçen hak edilmemiş yedi yıl düşünülecek olursa, böylesi bir tutarın hakkaniyetli olduğundan kuşku duyulabilir). Tutarın, uygulamamızla bağdaştığını kabul ediyorum. Ancak affınıza sığınarak, benzer davalarda bu gerekçeyle tazminat verilmemesi yaygınsa da, maddi zarar konusunda meslektaşlarıma katılamayacağım. Başvuran, hapsedilmesi nedeniyle, şüphesiz, maddi zarara (gelir kaybına) uğramıştır; gelir kaybı ile bir illiyet bağı bulunmaktadır. Bu kaybın miktarının belirlenmesi zordur; ancak hesaplamayla ilgili teknik güçlükler, bir kayıp olduğu gerçeğini hükümsüz kılamaz; her ne kadar mahkûm edilmesinden önce işsiz idiyse de, başvuran, eğer Sözleşme’ye aykırı şekilde hapsedilmemiş olsaydı, kendi durumundaki ortalama her insan gibi geçimini sağlayacak nitelikli bir öğretmendi. Dolayısıyla söz konusu kaybın miktarı, başvuranın konumundaki bir öğretmenin ortalama gelirine dayanarak veya en azından (eğitim alanında iş bulamayacak olduğu şeklindeki haksız varsayım kullanılarak) çalışan bir kişinin asgari gelirini göz önünde bulundurmak suretiyle belirlenebilir. Üstelik mahkûmiyet kararı nedeniyle, tekrar memur olarak çalışamayacaktır (şartlı tahliye edildiği için, özel sektörde öğretmen olarak iş bulması dahi olası değildir). Gelecekteki gelir kaybının belirlenmesi, o kadar zor değildir ve mahkemeler bu tür durumlarda, ortalama yaşam süresini dikkate alarak tahminlerde bulunur. “Spekülatif” tazminatlara hükmedilme tehlikesi bulunmasından endişe duyduğum için, Mahkemenin maddi zarar konularındaki hasis yaklaşımı hakkındaki çekincelerimi ifade etme fırsatı buldum. Başvuranın mevcut davada, uğradığı “büyük haksızlık” beni, Mahkemenin, ulusal mahkemeler ve uluslararası hukukun doğal ve mantıklı sonuç olarak değerlendirdiği hukuk yolu standartlarından uzaklaşmış olduğu şeklinde üzücü bir sonuca varmaya zorlamaktadır¹³.

13. Mülkiyet bağlamında uluslararası hukuktan sapılmasına ilişkin bir eleştiri için bk. *Guiso-Gallisay / İtalya* (adil tazmin) [BD], No. 58858/00, 22 Aralık 2009, Yargıç Spielmann’ın ayrık görüşü: “Mahkeme, bu davadaki kararıyla, yerleşmiş içtihadından, dahası tazminat konusundaki uluslararası hukuk ilkeleriyle bağdaşan bir içtihattan uzaklaşmıştır,... *Eski halin iadesinden* bahsediyorum. Bu ilke, ihlal nedeniyle suçlu bir Devletin tespit edilen ihlalin sonuçlarını telafi etme yükümlülüğünü vurgulamaktadır.” Adil tazminin benzer bir şekilde hasişe reddedilmesiyle ilgili memnuniyetsizliğimi,

Son olarak, Mahkemenin Gençel¹⁴ şartını uygulaması gerekliydi; dava yeniden açılmalı ve başta şartlı tahliyesi olmak üzere, başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararının süregelen etkileri telafi edilmelidir.

Kayası / Türkiye, No. 64119/00 ve 76292/01, 13 Kasım 2008 (Yargıç Sajó'nun ayrık görüşü) davasında dile getirmiştım.

14. *Gençel / Türkiye*, No. 53431/99, § 27, 23 Ekim 2003.

YARGIÇ VUČINIĆ VE YARGIÇ KŪRIS’İN MÜŞTEREK MUTABİK GÖRÜŞÜ

Bu davada incelenen durumun, ifade özgürlüğünün sınırları ve bilhassa bu sınırların ilgili kişiler üzerindeki etkileri konusunda bazı temel sorunları açığa çıkardığı aşikârdan da ötedir. Yargıç Sajó gibi biz de, kararda bu sorunlardan kaçınılmış olmasından üzüntü duymaktayız. Bu sorunlara yaklaşımımız tamamen değilse de, büyük ölçüde Yargıç Sajó’nun farklı görüşünde ileri sürülen yaklaşımla örtüşmektedir.