

## GENEL AHLAK VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI: TAKDİR MARJİ VE ORTAK ZEMİN SORUNU\*\*

Ar. Gör. Arca Alpan\*\*\*

### Özet

Genel ahlak modern hukuk sistemlerinin gelişim süreci ve hukuki düşünce tarihindeki tartışmalar açısından her zaman hukuk ile ilişkisi sorgulanan ve zaman zaman da hukuki alandan dışlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlakı aykırı ifadelerin sınırlanmasının ya da yasaklanmasının konu edildiği yargı kararları, hukuk-ahlak ilişkisinin felsefe alanıyla sınırlı kalmayıp hukuk bilim alanında da tartışılmasını mümkün kılmaktadır. Zira ahlak, hukukla kıyaslandığında kesinliği tartışma yaratan ve üzerinde fikir birliği oluşturulamayan bir alandır.

Çalışma, genel ahlakın korunması nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanmasının konu edildiği AİHM ve AYM içtihatı üzerinden bir ortak zemin bulunup bulunmadığına odaklanmaktadır. Özellikle içtihadın oluşmaya başladığı yıllarda tartışmanın ana hattını oluşturan takdir marjı doktrininin güncel durumda nasıl değerlendirildiği ve eski önemini koruyup korumadığı hususları ortaya konmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Takdir Marjı, İfade Özgürlüğü, Genel Ahlak, Avrupa Konsensüsü, Sınırlandırma, Müstehcenlik, Sanatsal İfade

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/02/2019. İlk hakem raporu tarihi: 18/03/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 27/03/2019.

\*\* Bu çalışma ilk olarak, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı'nda verilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında Anayasal Yoruma Giriş dersi kapsamında ödev olarak sunulmuş. Makalenin geliştirilmesi konusunda değerli katkıları ve yorumları için Prof. Dr. Sibel İnceoğlu başta olmak üzere Ar. Gör. Aslı Yılmaz, Ar. Gör. Hilal Nur Şarbak, Ar. Gör. Şeyma Cebeci, Av. Gizem Günaydın, Ar. Gör. Enes Kethüda ve Ar. Gör. Halil Çiçekfidan'a teşekkür ederim.

\*\*\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, arca.alpan@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9501-4522.

## CONFLICT BETWEEN PUBLIC MORALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION: THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE PROBLEM OF COMMON GROUND

### Abstract

Public morality emerges as a concept that is always questioned in the development of modern legal systems and in the history of legal thought, and is sometimes even considered to be excluded from the legal field. The judicial decisions, in which the limitation or prohibition of statements against the public morals, make it possible to discuss the relationship between law and morality, not only in the field of philosophy but also in the field of jurisprudence. Likewise, when compared with the law, the problem of certainty of morality creates controversy and it is impossible to be agreed upon.

This study focuses on whether there is a common ground in the case law of the ECHR and the Constitutional Court of Turkey on limitation of freedom of expression for the protection of public morality. Especially it is tried to delivered how the doctrine of margin of appreciation, which was the core of the discussion in the early years of the case law, evolved in the current situation and whether it maintains its old importance.

**Keywords:** Margin of Appreciation, Freedom of Expression, Public Morality, European Consensus, Limitation, Obscenity, Art Speech

### Giriş

Ahlak, birçok toplumda özellikle “genel ahlak” (İng. *public morals*, Fra. *morales publiques*) şeklinde norm haline getirilmiş olsa da, modern hukuk sistemlerinin gelişim süreci ve hukuki düşünce tarihindeki tartışmalar açısından her zaman hukuk ile ilişkisi sorgulanan ve zaman zaman da hukuki alandan dışlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Yazılı bir norm haline geldiği ve hukukun içine doğrudan girdiği ihtimalde dahi, ahlak ifadesiyle neye referans verildiği, içeriğin neyle doldurulduğu hususları tartışma unsuru olmaktan çıkmamaktadır. Bununla ilişkili biçimde AİHM'nin önüne gelen ifade özgürlüğü ve ahlakın korunması davalarında da devletlerin uyguladığı iddia edilen mü-

dahaleler ve müdahalelere konu olan maddi olgular geniş bir yelpazeyi oluşturmaktadır. Devletlerin müdahaleleri ağırlıkla sanatsal ifadelerin müstehcen bulunması üzerine yoğunlaşmaktayken, kimi zaman siyasi, mizahi, ticari ve akademik ifadelere de ahlakın korunması üzerinden müdahaleye konu olabilmektedir. Bu çalışma, ahlakın korunması nedeniyle yapılan müdahalelerin öznesi olan ifade özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi amacıyla (kavramın doğasına özgü muğlaklığa rağmen ve bu muğlaklığı aşmaya çaba göstermek için) kaleme alınmıştır. Bu amaçla, genel ahlakın korunması hususunda AİHM ve AYM kararları incelenecek ve hem Avrupa açısından uluslararası, hem Türkiye açısından ulkesel bir ortak bir zemin bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

## I. Hukuk Normu Haline Getirilmiş Ahlak Kavramı: Genel Ahlak

Ahlaka aykırı ifadelerin sınırlandırılmasının ya da yasaklanmasının konu edildiği yargı kararları, hukuk-ahlak ilişkisinin felsefe alanıyla sınırlı kalmayıp hukuk bilim alanında da tartışılmasını mümkün kılmaktadır. Hukuki pozitivism düşüncesine göre yalnızca insan yapımı yasalar hukuki bilişin konusunu oluştururlar. Ahlak normları gibi insan yapımı olduğu halde siyasi iktidar üzerinden getirilmeyen veya aşkın güçlerce getirildiği düşünülen normlar ise hukukun konusu değildirler<sup>1</sup>. Bu tespit, hukuki bilişin dışında bırakılan türdeki kuralların hukuka kaynaklık edemeyeceğini/ilham olamayacağı veya etmemesi/olmaması gerektiğine denk gelmemektedir<sup>2</sup>. Buna örnek olarak çalma eyleminin hem dinlerde, hem çoğu toplumun ahlak kurallarında, hem de ceza kanunlarında yasaklanmış olmasını örnek gösterebiliriz. Bizim burada uluslararası ve ulusal insan hakları hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatı bağlamında ele aldığımız ahlak davalarının konusu ise kategorik emirleri içeren türde bir ahlak kavramı değil, hukuk normlarının arasına alınmış olan ahlak kavramıdır.

Yukarıda sınırı çizildiği biçimde “hukuk normu haline getirilmiş ah-

- 
- 1 **LEACH, Philip.** *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017. s. 487-488.
  - 2 **AUSTIN, John.** *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, İstanbul, 2014. s. 27-29.

lak” kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) ve Türk hukukundaki birtakım düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. AİHS, 10. maddesinde ifade özgürlüğünü güvence altına alırken, hakkın sınırsız olmadığını ortaya koyan biçimde “ahlakın korunması” unsurunu ifade özgürlüğünü koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara tabi tutan meşru amaçlar arasında saymıştır<sup>3</sup>. Ulusal hukukta ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 225 ve 229. maddeleri arasında hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve dilencilik fiillerini “Genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında suç olarak nitelendirilmiş ve yaptırıma bağlamıştır. Türk idare hukukunda ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun (PVSK) 11. maddesi “*Polis; A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları [...] C) Genel ahlâk ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, Herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller; davranışlarının devamını durdurarak yasaklar; sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeye tevdi eder.*” ifadesine yer vererek kolluk gücünü genel ahlakı denetlemekle görevlendirmiştir.

TCK’da genel ahlakın ve özellikle müstehcenliğin tanımı yapılmamıştır. Öte yandan, genel ahlak başlığı altına alınan suç tiplerinin genellikle yetişkinleri değil, çocukları korumaya yönelik bir içeriğe sahip olduğu gözlenmiştir. PVSK’da ise 11. maddenin ilk fıkrasında yüzeysel bir tanım verilmiştir. Burada spesifik olarak hangi davranışların genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olduğu bilgisi verilmemekte ve kolluğu bu normun içeriğini dilediği biçimde doldurma yetkisi verilmektedir. İdare hukukunda da bu husus farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre, kolluk tarafından temel olarak korunan kavram olan “kamu düzenini” ilgilendiren güvenlik, esenlik, sağlık gibi kategorilerin somut, genel ahlakın ise soyut bir kategori olduğunu vurgulamış ve ahlaka aykırı unsurların kişinin düşünce alanında soyut biçimde kaldığı sürece denetlenmeyeceğini, dışı vurulduğu anda maddi (dışsal)

3 **HART, H.L.A.** “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, *HLA Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, İstanbul, 2015. s. 109.

bir nitelik kazanıp denetime tabi olacağını savunmaktadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla bu görüşe göre ahlak tartışmaya açık, muğlak bir kavram değildir ve tamamen hukuk içinde çözülebilir niteliktedir. Bu görüşün karşısında ise ahlaka aykırı olduğu düşünülen davranışların kolluk faaliyetine tabi kılınması için ancak toplumun tepkisini çekmesi ve toplum düzenini bozması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre kolluk bu denetimi yaparken yalnızca anayasa ve kanunlardan aldığı yetkilerle hareket etmeli, yetkisini kişilerin düşünce ve inanç alanına el atmadan kullanmalı ve politik çıkarları uğrunda kullanmamalıdır<sup>5</sup>. İkinci görüşle uyumlu biçimde, gayri ahlaki davranışın tek başına kamu düzenini bozucu nitelikte değerlendirilemeyeceği, kamu düzeninin bozulması kavramına özgü özel şartların aranması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>6</sup>. Materyalist görüş denen bu görüşe göre, genel ahlakın kamu düzeninin bozulması nedeniyle uygulanacak müdahalelere temel oluşturabilmesi için ya dirlik ve esenlik unsuru bakımında örneğin gürültü gibi huzur bozan bir davranışın var olması, ya güvenlik unsuru bakımından örneğin can veya mal kaybı yaratan bir olayın var olması, ya da sağlık unsuru bakımından örneğin bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi çabasının var olması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Kavramın ceza hukukunun aksine idare hukukunda olduğu gibi daha somut olarak hukuk sisteminin içine alınması dahi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kaygan bir zemine kaydırmasına engel olamamaktadır. Zira genel ahlaktan ne anlaşılacağı kolluğa bırakılmaktadır<sup>8</sup>.

## II. İfade Özgürlüğünün Ahlakın Korunması Nedeniyle Sınırlandırılması

### a) Genel Olarak

Ahlakın korunması, AİHS'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddesinde taraf devletlere tanınan meşru sınırlama ölçütleri ara-

4 **KORKMAZ, Ömer.** *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Ankara, 2014. s.171-175.; **HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY,** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, 2013. s. 491-493.

5 **TAN, Turgut.** *İdare Hukuku*, Ankara, 2011. s.388.

6 **GİRİTLİ, İsmet vd.** *İdare Hukuku*, İstanbul, 2011. s.988-989.

7 **ATAY, Ender Ethem,** *İdare Hukuku*, Ankara, 2014. s.645-646.; **OKAY TEKİNSOY, Özge.** *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, 2011. s.108.

8 **OKAY TEKİNSOY,** 2011. s.41, 57, 85 ve 108.

sında sayılmıştır. Sözleşme'ye taraf ulusal hukuk sistemlerinde de Türkiye'de olduğu üzere muğlak nitelikteki “genel ahlaka” atıfta bulunan normların bulunması bir yana, Avrupa ulusları arasında ortak bir ahlak mefhumundan söz edilememektedir. Bu tespit, AİHM'nin ahlakın korunması amacına dayanan müdahaleleri incelediği 1976 tarihli *Handyside-Birleşik Krallık* ve 1988 tarihli *Müller vd.-İsviçre* kararlarında da açıkça ortaya konmaktadır. Hiçbir taraf devlet yazılı hukukunda Avrupa'ya özgü yeknesak bir ahlak algısının bulunmadığı, ahlakın zamandan zamana ve mekandan mekana farklılık gösterdiği, özellikle çağın ahlak anlayışının hızla değişen bir yapısının olduğu ve nihai olarak devlet makamlarının uluslararası yargıçlarla kıyaslandığında neyin ahlaka aykırı olup neyin olmadığına daha iyi karar verebileceği vurguları iki kararda da düşüncenin merkezini oluşturmaktadır<sup>9</sup>.

Handyside kararı, Sözleşme'ye de taraf olan birçok Avrupa ülkesinde Danca dilinden çevrilen<sup>10</sup> fakat müdahaleye konu olmayan pedagojik bir kitabın (İng. *The Little Red Schoolbook*) Birleşik Krallık tarafından yasaklanması hakkındadır. Yaklaşık 200 sayfalık kitabın yirmiye yakın sayfası cinsel eğitime ve yirmiye yakın sayfası da çocuk-ebeveyn ilişkilerine ayrılmıştır. Çeşitli ebeveyn dernekleri bahsi geçen bölümlerde Britanya ahlak yapısına uygun olmayan bir içeriğin bulunduğunu ve bunların çocukların gelişimini kötü yönde etkileyeceğini iddia etmişlerdir. Kararda Mahkeme, ulusal makamların kitabın yasaklanması ve toplatılmasına yönelik müdahalelerine dair Madde 10'un birinci ve ikinci fıkraları bağlamında yaptığı değerlendirmede, müdahalenin yasayla öngörüldüğüne, yasaklama amacının müstehcen unsurlar olduğuna ve müstehcenliğin ahlakın korunmasının altında değerlendirilecek meşru bir amaç olduğuna kanaat getirmiştir<sup>11</sup>. Ayrıca son aşamada müdahalenin yapılmasında taraf devlet yargı makamlarınca, “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın” (İng. *pressing social need*) varlığının aranması gerektiği vurgulanmış ve davada bu kriterin yerine getirildiği ifade edilmiştir. Buna göre müdahalenin gerekli olup olmadığını ilk elden denetleyecek olan ulusal makamlardır ve bu anlamda taraf “devletlerin takdir marjı doktri-

9 OKAY TEKİNSOY, 2011. s.115.

10 **Handyside – Birleşik Krallık**, 5493/72, 07.12.1976. Bağlantı: <https://bit.ly/2wJrmku>. Prg.48; **Müller ve diğ.leri – İsviçre**, 10737/84, 24.5.1988. Bağlantı: <https://bit.ly/2LUALGG>. Prg.35.

11 Eserin orijinali Danca olarak 1968 yılında yayımlanmıştır.

nine” başvurulmuştur<sup>12</sup>. Dolayısıyla çeviri adaptasyonlarının yayımlanması Avrupa Konseyi üyesi ulusların bir kısmı (Fransa ve İtalya) tarafından kısıtlanan<sup>13</sup>, bir kısmı<sup>14</sup> (Almanya, Avusturya, Belçika, Finlandiya, Hollanda, İsveç, İsviçre, İzlanda, Lüksemburg, Norveç ve Yunanistan) tarafından ise serbest bırakılan bir kitabın Birleşik Krallık’ta yasaklanmış olması, devletlere tanınan takdir marjı içinde uygun bulunmuş ve bir muhalefet oyuna karşı çoğunluk oyuyla hak ihlali olmadığına hükmedilmiştir.

Takdir marjı doktrini, yalnızca ifade özgürlüğü, ahlakın korunması amacıyla çatıştığında (veya genel olarak ifade özgürlüğü davaları bağlamında) değil, Sözleşme’nin başkaca maddelerine dair incelemelerde de kullanım alanı bulan<sup>15</sup>, ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da başvuru bir hukuki araçtır<sup>16</sup>. Takdir marjı doktrininin genel ahlak davalarında standart haline gelişi Müller vd. kararıyla bir kez daha perçinlenmiştir<sup>17</sup>.

İsviçre’nin Fribourg Kantonu’nda halka açık bir galeride sergilenen ve müstehcen olduğu iddia edilen tablolara el konulması ve para cezası kesilmesi hakkındaki davada, Mahkeme sözleşmecî devletin müdahalesini ele almıştır. Özgün ve tartışmalı içerikli görsel eserleriyle ülke tanınırlığı bulunan bir ressam olan Josef Felix Müller’e ait üç büyük boy tablo, Fribourg’un Konfederasyon’a katılımının 500. yılı şerefine 1981 yılında düzenlenen etkinliklerin sanat ayağında (*Fri-Art 81*) karma bir sergiye davet edilmiştir<sup>18</sup>. Tablolar, hayvan-insan arası ve aynı cinsten

12 **Handyside**. Prg.44-46.

13 **Handyside**. Prg.47-49.

14 **McSMITH, Andy**. “The Little Red Schoolbook: A handbook for under-age revolution?”. *Independent*. Bağlantı: <https://ind.pn/2sbF8dx> (Erişim tarihi: 6.1.2019); **KELLY, Jen**. “Scandalous schoolbook banned in several countries became a hit in Australia”. *news.com.au*. Bağlantı: <https://bit.ly/2slwA4d> (Erişim tarihi: 6.1.2019). Eser Avrupa Konseyi sisteminin dışında, Avustralya’nın Queensland eyaletinde ve Yeni Zelanda’da da birtakım yasaklarla karşılaşmıştır.

15 **Handyside**. Prg.11.

16 **KARAN, Ulaş**. “Bölüm IX: İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, İstanbul, 2013. s.362.; **HARRIS, O’BOYLE, BATES, BUCKLEY**. 2013. s. 491-493.; **LEACH**. 2017. s.189.

17 **BAKIRCIOĞLU, Önder**. “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, C.08, S.07, 2007. s.715-716.

18 **RAINEY, Bernadette, WICKS, Elizabeth ve OVEY, Clare**. *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014. s. 456.

çoklu cinsel ilişkilerin realist değil soyut tarza tasvir edildiği eserlerdir. İlk bakışta eserlerin mesajı anlaşılammamaktadır, dolaylı bir anlatıma sahiptir<sup>19</sup>. Bilet kesilmeden ve yaş sınırı konmadan açılan sergilenmeden bir süre sonra, galeriyi ziyaret eden bir baba ve kızının şiddetli tepkisi<sup>20</sup> ve başka bir adamın tablolarından birini yere atıp üzerinde tepinmek suretiyle harap etmeye çalışması olayları üzerine yerel savcılık harekete geçmiş ve tablolara el koyarak, ressam ve sergi yetkilileri hakkında para cezası kesmiştir.<sup>21</sup>

Kantonun o andaki yasalarında ve yerleşik içtihadında müstehcenliğin çerçevesinin çizilmiş ve yaptırımların belirli olduğu, dolayısıyla yaşla öngörülebilir bir müdahalenin mevcut olduğu dile getirilmiştir<sup>22</sup>. Sergi esnasında tabloyu tahrip eden bir adam ve bir baba-kızın verdiği tepki emsal gösterilerek yapılan müdahalenin Madde 10/2'deki meşru amaca uygun olduğu savunulmuştur<sup>23</sup>. Ayrıca müdahalenin, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç unsuruyla uyumlu biçimde demokratik toplumda gerekli olduğu tespiti yapılmış ve ihlal olmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir<sup>24</sup>. Genel ahlakın belirlenmesi hususunda uluslararası yargıç ile ulusal makam arasındaki asimetrik ilişkiye, birebir Handyside kararındaki aynı ifadelerle yeniden yer verilmiştir<sup>25</sup>:

*“Özellikle, Sözleşmecî Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esash güçleriyle (vital forces) 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”<sup>26</sup>.*

19 **DAŇKOVÁ, Michaela.** *Art Speech in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Brno, 2018. s.37.

20 **Müller vd.** Prg.16.; **DAŇKOVÁ**, 2018. s.38.

21 Şiddetli tepkinin tam olarak ne olduğu açıklanmamıştır.

22 **Müller** vd. Prg.11-14.

23 **Müller**, Prg.29.

24 **Müller**, Prg.30.

25 **Müller**, Prg.32-37.

26 **Müller**, Prg.35.

Karşı oy yazılarında da vurgulandığı üzere, konu edilen ifadenin başvuru Mülller'e ait bir sanat eseri olması, bunun sanatsal değerinin müstehcenlikle ilişkisi ve sözleşmecî devlet yargı makamlarının sanatsal ifadeler üzerindeki farklı yorumları üzerinde durulmamıştır<sup>27</sup>. Aynı eserlerin daha önce sergilendiği İsviçre'nin Basel Kantonu'nda yapılan yargılamada Ressam Mülller'in neden haklı bulunduğu, federal bir taraf devletin aynı seviyedeki makamları arasındaki kültürel ve yargısal farklılığın takdir marjî açısından değerinin ne olacağı hususları tartışılmamıştır. Göz ardı edilen benzer bir duruma örnek olarak, Handyside davasında Britanya'nın İskoçya gibi farklı bölgelerinde yapılan yargılamaların yayıncılar lehine sonuçlanmış olmasının esaslıca tartışılmamış olması verilebilir<sup>28</sup>. Bu gibi durumlar 1970'lerden 1990'lara gelirken ahlakın korunması söz konusu olduğunda takdir marjına geniş bir kullanım alanı tanındığı ve başvurucuların aynı devletlerde kendi lehlerine sonuçlanan diğer yargılamalarla ilgili yasayla öngörülebilirlik bakımından haklı bulunmadığı, hatta bu hususun hiç tartışılmadığı görülmektedir<sup>29</sup>.

## b) Güncel Durum

Son on yılda AİHM'nin önüne genel ahlakın korunması nedeniyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarla ilgili, kabul edilebilirlik şartlarını taşıyan 11 dava getirilmiştir. Bu başvurulardan dokuzu Doğu Avrupa/Avrasya ülkelerine karşı yapılmıştır. Aşağıda ortaya konulacağı üzere kararlara konu olan müdahalelerin içerikleri ve Mahkemenin üzerinde durduğu noktaların büyük bir dönüşüm geçirdiği gözlemlenmiştir. Ayrıca davaların sonuçları bakımından niceliksel bir değişim de söz konusudur. On bir davanın dokuzu Madde 10'un ihlal edildiği kararıyla, biri Madde 11 ihlal edildiği için Madde 10'un incelenmesine gerek kalmadığına dair kararlar<sup>30</sup>, biri ise Madde 10'un ihlal edilmediği kararıyla sonuçlanmıştır.

Güncel davalar içinde takdir marjî doktrininin diğer davalardan daha

27 **Mülller**, Prg. 35 üzerinden: **Handyside** (Osman DOĞRU çevirisi), Prg.48.

28 **Mülller**. Yargıç Spielmann'ın karşı oyu.

29 **Handyside**. Prg.19.

30 Başvurucuların, bu argümanları bizzat kendileri öne sürmemeleri veya gerekli biçimde göstere-memeleri de etkili olmuş olabilir.

çok vurgulandığı ve vazgeçilmez bir önem arz ettiği bir karar öne çıkmaktadır; bu da ihlal olmadığı ile sonuçlanan tek dava olan 2012 tarihli PETA Deutschland – Almanya kararıdır. Mahkeme, hayvan haklarını savunma amacıyla faaliyet gösteren STÖ'nün<sup>31</sup> Holokost ile beslenme amaçlı hayvan kesimini kıyasladığı kampanya posterlerinin yasaklanmasının konu edildiği davada, Almanya'nın tarihsel sorumluluğu gereği Holokost ile ilgili konularda geniş bir takdir alanına sahip olduğuna hüküm getirmiş ve müdahaleyi Holokost kurbanlarının acılarının bayağlaştırılmasının önlenmesi bağlamında haklı bulmuştur<sup>32</sup>. STÖ, hayvan kesimine karşı yürüttüğü kampanya için, açlıktan kaburgaları gözükmeye hale gelmiş toplama kampı esiri Yahudilere ait tarihi fotoğraflarla besi çiftliklerinde yetersiz beslenmeden dolayı kaburgaları gözüken hayvan fotoğraflarını aynı karede kolaj haline getiren afişleri yaygınlaştırmıştır. Kampanya afişlerinden birinde ise “Tabağımızdaki Holokost” başlığı altında “Holokost sırasında, 1938 ile 1945 yılları arasında 12 milyon insan öldürüldü. Avrupa’da her saat, insan tüketimi için bu sayıda hayvan katlediliyor” spot metni yer almaktadır<sup>33</sup>.

İhlal kararı verilen diğer davalarda ise başvuru sahiplerinin haklı bulunmasının altında, daha çok müdahalelerin “yasa ile düzenlenmiş olma” ve özellikle de “demokratik toplumda gereklilik” ölçütlerinden geçemeyişi yatmaktadır. Takdir marjı doktrini Mahkeme içtihatı için yol gösterici bir unsur olarak karar metinlerinde bolca zikredilse de<sup>34</sup>, yukarıda yer verilen PETA Deutschland Kararı dışında hiçbir kararda müdahalenin bu hususu yeniden tartışmaya açabilecek nitelikte olmadığı rahatça söylenebilir.

Başvurucu tarafından hapis hane kaleme alınan kitap taslağına el konulmasına dair Sarıgül – Türkiye Kararı’nda söz konusu müdahalenin yasa dışı bulunmadığı ortaya konarak, diğer ölçütlerin incelenmesine gerek dahi olmadığı vurgulanmıştır<sup>35</sup>. Sarıgül – Türkiye kararını

31 **Identoba ve diğerleri – Gürcistan**, 73235/12, 12.05.2015. Bağlantı: <https://bit.ly/2shgwjz>.

32 PETA, People for the Ethical Treatment of Animals [Tür. *Hayvanlara Etik Muamele Edenler*]. Dernek 6,5 milyon destekçisiyle, kendini dünyanın en büyük hayvan hakları kuruluşu olarak tanımlamaktadır. Kaynak: <https://www.peta.org/about-peta/>.

33 **PETA Deutschland – Almanya**, 43481/09, 8.11.2012. Bağlantı: <https://bit.ly/2TCfWSD>. Prg.30, 36, 49.

34 **PETA Deutschland**. Prg. 7.

35 Nitekim, takdir marjı en çok da demokratik toplumda gereklilikle ilgilidir. **LEACH**, 2013. s.189.

ihlal sonucuna götüren çözümlenmede, taraf devletin kusuru yasa ile düzenleme unsurunda aranmaktadır.

Benzer fakat daha karmaşık bir bağlamda, Rusya’da “LGBT propagandası”nı suç sayan yasanın yürürlüğe girmesinin ardından haklarında cezaya hükmedilen aktivistlerin başvurusunu konu alan Bayev ve diğerleri – Rusya Kararı’nda Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin içeriğinde bulunan tanımların muğlaklığının hukuken uygulanmaya müsait olmadığına ve ayrıca sırf çoğunluk tarafından tasvip edilmedikleri için genel ahlaka aykırı bulunarak bir azınlığın kimliğinin bastırılmasının ayrımcılık olacağına ve Sözleşme’nin esas amacıyla bağdaşmayacağına hükmetmiştir<sup>36</sup>. Rusya Federasyonu’nun yasama organı olan Duma’da kabul edilen söz konusu LGBT propagandasını önleme yasası, kişilerin heteroseksüel olmayan cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini ifade etmesi eylemlerini cezalandıran bir düzenlemedir. Mahkeme, yasanın yazılı şekilde mevcut bulunduğunu kabul etmekle birlikte, yasanın uygulandığı anda -nasıl ve kime karşı uygulandığından bağımsız olarak- yani kategorik olarak Sözleşme’nin varlığına aykırı olduğunu şu biçimde ortaya koymuştur:

*“Başvuruculara karşı yapılan müdahale küçükler arasında eşcinselliğin ve geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin özendirilmesini yasaklayan ve yasama tarafından kabul edilen düzenlemeye dayanmaktadır. İlgili makamların yasaya uygun davrandığı ortada olmakla birlikte, hukuka aykırılığın esas ortaya çıktığı nokta başvuru sahiplerinin kendisinin ve uygulamasının bizzat müphem ve öngörülemez olduğuna dair iddialarıdır. Nitekim Mahkeme, bu tarz durumlarda yasanın kalitesinin gereklilik unsuru karşısında ikinci sırada geldiğini de kabul etmektedir”<sup>37</sup>.*

*“Mahkeme, Hükümetin Rus toplumunun çoğunun eşcinselliği onaylamadığına ve aynı cinsten ilişkileri gücendirici bulduğuna dair iddiasına dikkat etmektedir. Ahlakın meşru zemininin arandığı durumlarda, toplumsal hassasiyetlerin Mahkeme’nin değerlendirmesinde önemli bir rol oynayabildiği doğrudur. Ancak, Sözleşme’nin sağladığı garan-*

36 Sarıgül – Türkiye, 28691/05, 23.05.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Ay3FhK>. Prg.48.

37 Bayev ve diğerleri – Rusya, 67667/09, 20.06.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2FdOnBY>. Prg. 63, 69-71.

tilerin esnekliğinin balk desteği uğrunda genişletilmesiyle balk desteği uğrunda bu garantilerin özünün daraltılması arasında önemli bir fark vardır. Sözleşme'nin altında yatan değerlerin, Sözleşme'nin sağladığı haklar kullanılırken bir azınlık grubun, çoğunluk tarafından kabulüne endeksli uygulanacak yaklaşımla uyumlu olmadığı Mahkeme tarafından vurgulanmaktadır. Aksi halde, bir azınlık gruba ait, Sözleşme tarafından şart koşulan din, ifade ve toplanma özgürlükleri uygulanabilir ve etkili olmaktan daha çok yalnızca kuramsal kalır.<sup>38</sup>

Yukarıdakileri göz önünde tutan Mahkeme, Hükümete ait, ablakın korunması temelinde dayanarak LGBT meselelerine ilişkin kamusal tartışmayı düzenleyebilme iddiasını reddeder<sup>39</sup>.

Müstehcen bulunan tiyatro oyununun resmi makamlarca sahneye konmadan yasaklanmasının tartışıldığı Unifaun Theatre Productions Ltd. ve diğerleri – Malta Kararı'nda Mahkeme, Sarıgül - Türkiye başvurusunda olduğu gibi meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerinin de eksik olduğunu, ancak daha bu kriterlere gelmeden, müdahalenin ilk adım olan yasayla düzenleme ölçütünden geçemediğini belirtmiştir. Ayrıca oyunun metnini denetlemeden ve sansürlemeden sorumlu ulusal makamın temel aldığı mevzuat, başvurusunun erişimine de açık bulunmamaktadır<sup>40</sup>. Burada, yasa ile düzenleme ölçütünün unsurları olan öngörülebilirlik ve ulaşılabilir bir norma sahip olma özelliklerinin ikisinin birden sağlanmadığı tespit edilmiştir.

İkinci olarak ve hatta yasayla düzenlemeden daha şiddetle vurgulanan denetim kriteri ise demokratik toplumda gerekliliktir. Dünyaca ünlü yazar Apollinaire'in *Les onze mille verges* isimli romanını *On Bir Bin Kırbaç* başlığıyla bastıran yayıncı hakkındaki hüküm ve kitabın toplatılmasına ilişkin Akdaş – Türkiye başvurusunda Mahkeme, yazarın ve yazara ait eserin Avrupa Edebiyatı'na mal olmuş birer değer olduğunu ileri sürmüş ve ortak bir Avrupa değerine müdahale söz konusu olduğundan, taraf ülkenin takdir marjından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir<sup>41</sup>. Buna göre sözleşmecilerin hepsinin ortak değeri olan bir ede-

38 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 63.

39 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 70.

40 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 71.

41 **Unifaun Theatre Productions Ltd. ve diğerleri – Malta**, 37326/13, 15.05.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scgd9Z>. Prg.68-69.

biyat eseri müstehcen de olsa ona karşı yapılan müdahalenin, -orijinal yayınlanışının üzerinden geçen zaman da hesaba katıldığında- demokratik toplumda gerekli olduğu iddia edilemeyecektir<sup>42</sup>.

Üstünde tütün yasasının değiştirilmesiyle ilişkili olarak yolsuzluk iddiaları bulunan bakan hakkında verdiği gensoru önergesi iki kere usulsüz biçimde reddedilince, bakanı kaba bir dille kürsüden eleştiren ve iktidar vekillerine uygunsuz el hareketi gösteren muhalefet vekilinin disiplin cezası almasına dair başvurunun incelendiği 2016 tarihli Szanyi – Macaristan Kararı’nda Mahkeme, usulsüz reddedilen gensoru önergelerine ek olarak verilen disiplin cezasını, başvuruçunun bilgisine açık olmayan, şeffaflıktan uzak ve öngörülemez bir müdahale olarak nitelendirmiştir<sup>43</sup>. Başvurucu Tibor Jenö Szanyi, müdahalenin gerçekleştiği 2013 yılında dönemin ana muhalefet partisi olan Macaristan Sosyalist Partisi’nden Macaristan Parlamentosu üyesidir<sup>44</sup>. Yukarıda bahsi geçen mevzularda Ulusal Kalkınma Bakanı hakkında biri Mart ayında biri Nisan ayında olmak üzere iki kez gensoru önergesi sunmuştur. İki önerge de Macar Parlamentosu’nun iç tüzüğüne aykırı şekilde reddedilmiştir. Szanyi, gensoruların reddedilmesinin ardından kürsüye çıkarak konuşma yapmış, iktidar vekillerini ve bakanı sert bir üslupla eleştirmiş, “mafya-hükümet”, “yaptığınız ağır hayvanlık”, “ikiyüzlü” gibi Macarca’da aşağılayıcı sayılan veya siyaseten ağır nitelikli ifadeler kullanmıştır<sup>45</sup>. Vekil Szanyi hakkında el hareketleri sebebiyle, para cezası kesilmiştir, Mahkeme verilen cezanın somut gerekçelere dayanmaması ve parlamento usulleri çerçevesinde disiplin işleminin verilisinde kendisinin savunmasının alınmamasını demokratik toplumda ölçülü ve gerekli bir müdahale olarak görmemiştir ve ihlale hüküm getirmiştir<sup>46</sup>. Szanyi’nin muhalefet vekili bir politikacı olması ve o dönem parlamentoda iktidar partisinin üçte ikilik bir çoğunluğa sahip bulunması, ifadenin ağırlığı karşısında ifade özgürlüğüne ağırlık verilmesinde en büyük pay sahibi olmuştur<sup>47</sup>.

42 Akdaş – Türkiye, 41056/04, 16.02.2010. Bağlantı: <https://bit.ly/2C6M6Fv>. Prg.25-29.

43 LEACH, 2013. s.488.

44 Szanyi – Macaristan, 35493/13, 8.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2C75Rg8>. Prg.27.

45 Szanyi. Prg.5.

46 Szanyi. Prg.6-10.

47 Szanyi. Prg.32 ve 46.

Yaklaşan seçimleri siyasi mizah ile eleştirmek için çocuklar tarafından sevilen bir çizgi film karakterinin dilinden yazılan ve müstehcen ifadeler içeren köşe yazılarıyla ilgili verilen mahkumiyete ilişkin Grebneva ve Alisimchik – Rusya başvurusunda Mahkeme, siyasi tartışma ortamına katkı sunmasına rağmen *satirik* eserlere (hiciv) yapılacak müdahalelerin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayacağına hükmetmiştir<sup>48</sup>.

Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği'nin (Kaos GL) süreli olarak yayınladığı ve ilgili sayısında pornografiyi bir dosya konusu olarak ele alan akademik makaleye de yer veren dergi, müstehcenlik dolayısıyla toplatılmıştır. Handyside kararına benzer biçimde toplatılma müdahalesi hakkındaki Kaos GL – Türkiye başvurusunda Mahkeme, yasayla düzenlenmiş olmasına ve meşru bir amaca sahip olmasına rağmen derginin bir bütün olarak ele alındığında konuyu analitik bir çerçevede incelediğine ve zevk vermeye yönelik pornografik bir amacının olmadığına karar vermiş ve müdahaleyi demokratik toplumda gerekli görmemiştir<sup>49</sup>. Akademik ifadelerin sistemdeki konumu açısından önemli bir aşamadır<sup>50</sup>.

Bir giyim şirketinin İsa ve Meryem karakterine bürünmüş mankenleri kullandığı reklam posterlerinin yasaklanmasına ilişkin Sekmadienis Ltd. – Litvanya başvurusunda Mahkeme, ulusal makamların müdahalenin gerekliliğini açıkça ortaya koymamış olduklarına karar vermiştir. Burada asıl ele alınan başkalarının hakları bağlamında dine hakaret konusu olsa dahi, ulusal makamlar müdahalelerini gerekçelendirirken evrensel etik değerlere atıf yaparak, genel ahlakın korunması üzerinden meşrulaştırmayı denemişlerdir<sup>51</sup>.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütü son olarak ise politik eleştiri içeren eylem ve şovlarıyla dünyada da tanınırlık kazanan protest müzik grubu Pussy Riots'ın Rus Ortodoks Kilisesi'nin hükümetle olan ilişkisini eleştirmek için Khrista Spasitelya Katedrali'nde ayın sırasında izinsiz

48 **Szanyi**, Prg.21.

49 **Grebneva ve Alisimchik – Rusya**, 8918/05, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CU09Qr>. Prg.7, 48-49.

50 **Kaos GL – Türkiye**, 4982/07, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CX4K4l>. Prg.59.

51 **GRABENWARTER, Christoph**. *European Convention on Human Rights Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, Münih, Münih, 2014. s.259.

konser vermesinin ardından grup üyelerine yapılan müdahalelere ilişkin 2018 tarihli Mariya Alekhina ve diğeri – Rusya kararında gündeme gelmiştir. Katedraldeki eylemlerinin ardından grup üyeleri tutuklanmış ve “Aşırılıkla Mücadele Kanunu” kapsamında hüküm giymişlerdir. Mahkeme, ilgili kanunun muğlak hükümlerinin varlığını görmekle ve özellikle başvuru sahiplerinin hüküm giydiği holiganlık suçunun uygulamaya elverişsizliği sebebiyle yasayla öngörülebilir olmadığına vurgu yapmakla birlikte, yasanın kapsamının ve sınırlarının genişliğinin başlı başına demokratik toplumdaki gerekliliğini sorgulamış ve başvuru sahiplerinin haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>52</sup>. Bayev vd. – Rusya kararıyla paralel bir yol izlenmiştir.

AİHM’in ifade özgürlüğünün ahlakın korunması ile çatıştığı kararlardaki güncel içtihatı, Handyside ve Müller ile özetleyebileceğimiz temel içtihadında yer alan “ahlakın ne olduğu” üzerine yapılan ve takdir marjını tartışma masasına koyan içeriğinin aksine daha teknik değerlendirme kriterlerinin yeniden ve yeniden üzerinden geçilmesine yol açmıştır. Bu durum ahlakın korunmasının sınırlarının tartışılarak ileri götürülmesinden ziyade, politik içerikli birçok konunun ahlak potasına atılmasının sonuçlarıyla uğraşmak olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>53</sup>. İncelenen dönem içinde bu akımın tersi yönünde elde edilen bazı kararlar öne çıkmaktadır. Özellikle Akdaş – Türkiye ve Unifaun Ltd. ve diğeri – Malta başvuruları sanatsal ifadeler için güncel ve yol gösterici kararlardır. Aynı şekilde KAOS GL – Türkiye, Bayev vd. – Rusya ve PETA Deutschland – Almanya kararları akademik veya aktivistlere ait ifadelerle ilgili bir çerçeveye sunmaktadır.

### **III. Anayasa Mahkemesi İchtihatlarında İfade Özgürlüğünün Ahlakın Korunması Nedeniyle Sınırlandırılması**

Bireysel başvuru yolu mümkün kılındığından bu yana ifade özgürlüğü ve ahlakın korunmasının çatıştığı iki başvuru AYM’nin önüne getirilmiştir. İlki 2016 tarihli Korkut Duman Başvurusu’dur. İsveç’te yaşayan Türk vatandaşı Korkut Duman’a ait müstehcen içerikli blog niteliğindeki web sitesi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından

52 **Sekmadienis Ltd – Litvanya**, 69317/14, 30.01.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2Az08j8>. Prg.81.

53 **Mariya Alekhina ve diğeri – Rusya**, 38004/12, 17.07.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scA8FH>. Prg.6-8, 208-210, 228-230, 258-259, 268-269.

engellenmiştir. Ayrıca hakkında müstehcenlikten ceza davası açılmıştır. Başvurucu davadan beraat etmiş, fakat TİB'in engellemesi devam etmiştir. Başvurucu birçok içeriğe "+18" ibaresini konulmuş olmasını ve beraat etmesini dayanak göstererek TİB'in engellemesinin kaldırılmasını talep etmektedir. AYM, sitenin ana girişine bir uyarı koyulmamış olması ve çocuklarla ilgili cinsel görsel içeriklere yer verilmiş olması hususlarını göz önünde tutarak, başvurucu beraat etmiş olsa dahi TİB'in işlemini, idari bir işlem olarak suçun önlenmesine yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulup kabul edilemezliğe hüküm getirmiştir<sup>54</sup>.

Diğer başvuru ise 2017 tarihli İrfan Sancı Başvurusu'dur. Akademik yayınlarıyla da tanınan Sel Yayınları'nın editörü olan başvurucu, William S. Burroughs'a ait "Yumuşak Makine" isimli çeviri romanın müstehcen içeriği nedeniyle beraat yerine aldığı denetimli serbestlik tedbirinin ifade özgürlüğü ihlali olduğunu iddia etmektedir<sup>55</sup>. Mahkeme, kitabın edebi değerinin gerek Koruma Kurulunca, gerek Başsavcılıkca kabul ediliyor olmasını referans alarak; kitabın yazılış tarzı ve okunuşunun zorluğu nedeniyle küçüklerin tüketimine açık olmayacağını anlaşıldığını, bu nedenle müstehcen unsurlar içermesine rağmen sanatsal değer taşıması sebebiyle yasaklanmayacağını belirtmiş ve ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir<sup>56</sup>.

Hala yeni sayılabilecek AYM bireysel başvuru mekanizmasında, ifade özgürlüğünün ahlakın korunması nedeniyle sınırlandırılmasına ilişkin bir standardın oluştuğunu söylemek için henüz erken olacaktır<sup>57</sup>. Zira İrfan Sancı başvurusu dışında kabul edilebilir bulunup detaylı incelenen bir vaka Mahkeme önüne getirilmemiştir. Ancak bu dar materyalle, AYM'nin Handyside, Müller ve özellikle de Akdaş kararlarına yapılan atıflarla AİHM'nin içtihadını takip ettiği ve ona uyum sağladığı söylenebilir<sup>58</sup>.

54 **KARAN**, 2013. s.362-363.

55 **Korkut Duman Başvurusu**, B. 2013/7896, T. 20.04.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2sb9mNW>.

56 **İrfan Sancı Başvurusu**, B. 2014/20168, T. 26.10.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Rzullr>, 2017. Prg.8-10, 37.

57 **İrfan Sancı Başvurusu**. Prg.49-68.

58 **KARAN, Ulaş. İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**, Ankara, 2018. s.21-25.

## Sonuç Yerine: Ahlak Davalarında Ortak Zemin Sorunu

AIHM'in ahlak davalarında izlediği temel içtihat burada yeniden incelenmeli ve takdir marjı doktrinin güncel bağlamda nereye oturduğu yeniden tespit edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ahlak davalarında takdir marjı tartışması giderek sönümlenmiş, yerini daha teknik hususların incelenmesine bırakmıştır.

Takdir marjı doktrini genel olarak uluslararası hukukta ortaya çıkmış ve AIHS'nin yorumuna incelemelerin ilk dönemlerinden itibaren dahil olmuştur. Bu kavram sadece ifade özgürlüğü için değil, ifade özgürlüğü ile yakın ilişki içinde olan örgütlenme/toplantı özgürlüğü davalarında da özellikle ölçülülük kriteri üzerinden önemli bir konum kazanmıştır<sup>59</sup>. Takdir marjının gündeme getirilmesindeki temel amaç, taraf devletlerin bağlanma rızasına bağlı bu ince buz tabakasında Avrupa toplumunun, Sözleşme'nin getirdiği korumadan faydalanabilmesini sağlamak olarak açıklanmıştır. Zira bireylere getirilen hukuki korumanın ve mahkemenin üstlendiği gözetim işlevinin diri kalabilmesi için devletlerin egemenlik alanına serbestlik tanınması sözleşme ilişkinin doğası gereği de anlaşılabilir<sup>60</sup>.

Takdir marjının devreye girmesinin egemenlik sorunundan daha somut/pratik diğer bir sebebi ise Mahkemenin belirli konularda Avrupa çapında bir ortak zemin (konsensüs) bulunmadığına dair tespitidir. Ortak zeminin yokluğunun en çok vurgulandığı ve takdir marjının en geniş tutulduğu konu ise genel ahlaka karşı ifadelere yönelik müdahalelerin görüldüğü davalardır<sup>61</sup>. Mahkeme özellikle gazetecilere ve siyasetçilere ait ifadelerde takdir marjı makasını son derece dar tutar ve ifade özgürlüğünü bu bireylerin lehine yorumlarken, yargı organına yönelen ifadelerde makası açarak devletlere önemli bir alan bırakmakta ve hakkın kullanımını daraltmakta; ahlak söz konusu olduğunda ise makası olabildiğince açmaktadır<sup>62</sup>. Belirtmek gerekir ki, nefret söylemi konusunda da gazetecilik ve siyasetteki gibi dar bir sınır çizmektedir. Sözleşmeciler devletlerin en geniş yetkiye sahip oldukları ifade türü

59 İrfan Sancı Başvurusu. Prg.29-35.

60 LEACH. 2013. s.189.

61 BAKIRCIOĞLU. 2007. s.731.

62 GRABENWARTER. 2014. s. 290-291.

ise ahlaka karşı ifadeler olmaktadır. Bu durum Mahkeme tarafından, “rencide edici, nahos ve şok edici ifadelerin de özgürlük kapsamında korunuyor olmasına” rağmen ahlak kavramına dair Avrupa toplumları arasında bir konsensüs olmayışının tespitine dayandırılmaktadır<sup>63</sup>.

Takdir marjının bu biçimde geniş bir skalada değerlendirilmesinin devletler lehine bir keyfiyet getirdiği ve Mahkemenin denetleyici rolünün aşındığı eleştirileri literatürde sıkça dile getirilmektedir<sup>64</sup>. Ahlak davalarında geniş tutulmasına dayanılarak takdir marjı kavramının toptan reddinin sözleşme düzeniyle getirilen koruma mekanizmalarına zarar verici olabileceği karşı eleştirisi de yapılmıştır. Özellikle Doğu Bloku'nun yıkılmasıyla Konsey sistemine eklenen ülkelerle birlikte, takdir marjının hakların korunması açısından dengeleyici ve içerici bir araç olduğu da bu karşı eleştiriye eklenmiş ve en azından literatürde bir ara formül aranmaya çalışılmıştır<sup>65</sup>. Fakat son yıllarda Mahkemenin incelemesine giren on bir davanın dokuzu Doğu Avrupa ve Avrasya devletlerine (üç Türkiye, üç Rusya, bir Litvanya, bir Macaristan, bir Gürcistan) karşı yapılmış başvurulardır. Bu, takdir marjı konusunda bağdaştırıcı bir tutum alınması gerektiğini savunanları haklı çıkartan bir tablodur. Nitekim yukarıda da kısmen belirtildiği üzere 1980'lerden 2000'li yıllara kadar takdir marjı ve demokratik toplumda gereklilik çevresinde gelişen tartışmalar güncel dönemde (coğrafyanın da etkisiyle) yasayla düzenleme ölçütü gibi daha temel ve birincil unsurlara kaymıştır. Bu durum kararlarda takdir marjı tartışmalarının daha az yapıldığı sonucunu doğursa da tartışmanın sonlanmayacağını ve evrimin devam ettiğini göstermektedir.

63 **RAINEY, WICKS ve OVEY**. 2014. s. 456.

64 **Handyside**. Prg.48.

65 **BAKIRCIOĞLU**. s.717.

## **KAYNAKÇA**

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Akdaş – Türkiye, 41056/04, 16.02.2010. Bağlantı: <https://bit.ly/2C6M6Fv>

Bayev ve diğerleri – Rusya, 67667/09, 20.06.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2FdOnBY>

Grebneva ve Alisimchik – Rusya, 8918/05, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CU09Qr>

Handyside – Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976. Bağlantı: <https://bit.ly/2wJr-mku>

Handyside – Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976. (Türkçe çeviri versiyonu), (Çev. Osman DOĞRU). Bağlantı:

Identoba ve diğerleri – Gürcistan, 73235/12, 12.05.2015. Bağlantı: <https://bit.ly/2shgwjz>

Kaos GL – Türkiye, 4982/07, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CX4K4l>

Mariya Alekhina ve diğerleri – Rusya, 38004/12, 17.07.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scA8FH>

Müller ve diğerleri – İsviçre, 10737/84, 24.5.1988. Bağlantı: <https://bit.ly/2LU-ALGG>

PETA Deutschland – Almanya, 43481/09, 8.11.2012. Bağlantı: <https://bit.ly/2T-CFwsD>

Sarıgül – Türkiye, 28691/05, 23.05.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Ay3FhK>

Sekmadienis Ltd – Litvanya, 69317/14, 30.01.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2Az08j8>

Szanyi – Macaristan, 35493/13, 8.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2C75Rg8>

Unifaun Theatre Productions Ltd ve diğerleri – Malta, 37326/13, 15.05.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scgd9Z>

### **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları**

İrfan Sancı Başvurusu, B. 2014/20168, T. 26.10.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2R-zullr>

Korkut Duman Başvurusu, B. 2013/7896, T. 20.04.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2sb9mNW>

### **Elektronik kaynaklar**

Kelly, Jen. “Scandalous schoolbook banned in several countries became a hit in Australia”. news.com.au. Bağlantı: <https://bit.ly/2slwA4d> (Son erişim tarihi: 6.1.2019)

McSmith, Andy. “The Little Red Schoolbook: A handbook for under-age revolution?”. Independent. Bağlantı: <https://ind.pn/2sbF8dx> (Son erişim tarihi: 6.1.2019)

PETA resmi internet sitesi, “about” sayfası. Bağlantı: <https://bit.ly/2hQD9tH> (Son erişim tarihi: 7.1.2019)

### **Kitap, kitap bölümleri ve makaleler**

ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan, Ankara, 2014.

AUSTIN John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, (Çev. Ülker YÜKSELBABA, Saim ÜYE, Umut KOLOŞ), Tekin, İstanbul, 2014.

BAKIRCIOĞLU Önder, “The Application of the Margin of Appriciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, C.08, S.07. 2007. ss.711-733.

DAŇKOVÁ Michaela, *Art Speech in the Case Law of the European Court of Human Rights*, (Tez), Masaryk University, Brno, 2018.

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, *İdare Hukuku*,. 4.Baskı. Der, İstanbul, 2011.

GRABENWARTER Christoph, *European Convention on Human Rights Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, Münih, 2014.

HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Çev. Mehveş Bingöllü KILCI ve Ulaş KARAN), Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

HART H.L.A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, *HLA Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, (Der. Sercan GÜLER), (Çev. Ertuğrul UZUN), Tekin, İstanbul, 2015. ss. 101-152.

KARAN Ulaş, “Bölüm IX: İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Der. Sibel İNCEOĞLU), 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013. ss. 355-380.

KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

KORKMAZ Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin, Ankara, 2014.

LEACH Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017.

OKAN TEKİNSOY Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha, İstanbul, 2011.

RAINEY Bernadette, WICKS Elizabeth ve OVEY Clare, *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, 6.bası, Oxford University Press, 2014.

TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2011.