

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE
TÜRK HUKUKU'NDA SANATSAL İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜ**

**VESİLE SETENAY ERSOY
2501070400**

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. MEHMET SEMİH GEMALMAZ

**İSTANBUL
AĞUSTOS 2010**



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU** Anabilim Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501070400** numaralı **VESİLE SETENAY ERSOY'un** hazırladığı "**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU'NDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **29.03.2011** günü **saat:14:00**'da yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin*Kabul*....."ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR.MEHMET SEMİH GEMALMAZ	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.ADEM SÖZÜCER	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.AYDIN GÜLAN	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.NAZ ÇAVUŞOĞLU	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.BAHADIR ERDEM	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU'NDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

VESİLE SETENAY ERSOY

ÖZ

Bu çalışma ile sanat özgürlüğünün Türk Hukuk Sistemi içerisindeki yerini, ulusalüstü standartlarla kıyaslayarak tespit etmek ve sanat özgürlüğü hakkının çerçevesini ve sınırlandırılması sorununu ilgili ulusal mevzuat ve ulusal yargı makamlarının kararları ışığında tartışmak amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda, çalışmanın ilk bölümünde sanat özgürlüğüne konu teşkil etmek üzere sanat kavramı, sanat dalları ve ilgili diğer temel kavramlar açıklanmış; ikinci bölümde sanat özgürlüğü hakkının çerçevesi çizilerek diğer insan hakları ile ilişkisi değerlendirilmiş ve bu hakkın kapsamı tespit edilmiş; üçüncü bölümde ise sanat özgürlüğü konusunda uluslararası insan hakları belgelerindeki düzenlemeler, ulusal düzenlemelerle kıyaslanmış ve bu bağlamda, sanatsal ifade kavramını içeren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Türkiye ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiştir. Tüm bu araştırma ve incelemeler sonunda sanat özgürlüğü hakkı konusunda ulusalüstü standartlar göz önünde bulundurularak Türk mevzuatı ve bunun uygulanmasındaki aksaklıklar tartışılmış, gerek mevcut mevzuat gerekse bu mevzuatın uygulanması bakımından Türk Hukuk Sisteminin yetersizlikler içerdiği sonucuna varılmıştır.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION IN TURKISH LAW

VESİLE SETENAY ERSOY

ABSTRACT

The purpose of this study is to identify the position of freedom of art in Turkish Legal System through comparison with supranational standards and to discuss the scope and limitation issues of freedom of art in the light of national legislation and judicial bodies. In accordance with this purpose, the first chapter identifies the concept of art, arts and other related basic concepts, for constituting a theme to freedom of art; the second chapter evaluates the relation between freedom of art with other human rights by setting its outline, and determines its scope; and the third chapter compares the regulations in international human rights documentations with national regulations and, in this context, analyzes case-law of the European Court of Human Rights and its decisions concerning Turkey in respect to artistic expression. This study emerged as a result of all these findings and comparisons. At the end of all these research and observations, Turkish legislation on the right to freedom of art and the defects in its implementation has been discussed in respect to supranational standards and it comes to the conclusion that Turkish Law is insufficient both in legislation and its implementation.

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın amacı sanat özgürlüğü kavramını irdeleyerek sanat özgürlüğü hakkının temel hak ve özgürlükler içerisindeki yerini, diğer temel hak ve özgürlüklerle ilişkisini, kapsamını, sınırlandırılması sorununu ve bu hakla ilgili olarak Türk Hukuk Sistemi içerisindeki mevzuat ve uygulamalardaki aksaklıkları, uluslararası standartlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları göz önünde bulundurarak tespit etmektir.

Danışmanım sayın Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz'a tezin yazılış sürecinin aşamalarında kaynaklara ulaşmamı sağladığı ve özellikle fikirleriyle ufkumu açtığı için şükran borçluyum.

Ayrıca, tezin yazılış sürecinde tarafıma sağlamış olduğu manevi desteği nedeni ile İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi İşletme Bölümü Araştırma Görevlisi sayın Buket Akdöl'e ve yabancı kaynakların Türkçeye çevrilmesi konusunda sağladığı yardımlarından dolayı sayın Onur Kurugöl'e teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SANAT KAVRAMI.....	3
1.1. SANAT KAVRAMI VE TANIMI	3
1.2. ÖZGÜRLÜK BAĞLAMINDA SANATIN GELİŞİMİ	7
1.2.1. İlkel Toplamlar ve Sanatın Başlangıcı	8
1.2.2. İlk Devlet Düzeni ve Sanatın Gelişimi.....	9
1.2.3. Modern Devlet Anlayışı ve Sanat	9

İKİNCİ BÖLÜM

SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI VE KAPSAMI	12
2.1.SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI.....	12
2.1.1. Sanat Özgürlüğünün İnsan Hakları İçerisindeki Yeri.....	12
2.1.1.1. İnsan Hak Ve Özgürlükleri.....	12
2.1.1.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının Çerçevesi.....	16
2.1.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi.....	21
2.1.2.1. Sanat Özgürlüğü Hakkının Bilim Hakkı ile İlişkisi	22
2.1.2.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının İfade Özgürlüğü ile İlişkisi	23
2.1.2.3. Sanat Özgürlüğü Hakkının Fikri Mülkiyet Hukuku ile İlişkisi	26
2.1.2.4. Sanat Özgürlüğü Hakkının Basın Özgürlüğü ile İlişkisi	31
2.2. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ KAPSAMI	35
2.2.1. Öznesi Bakımından Sanat Özgürlüğü Hakkının Kapsamı.....	35
2.2.1.1. Sanatçılar	36
2.2.1.2. Aracılar.....	37
2.2.1.2.1. Fonogram Yapımcıları	37
2.2.1.2.2. Radyo Televizyon Kuruluşları / Yayın Yapımcıları	38

2.2.1.2.3. Film Yapımcıları	38
2.2.1.3. Muhatap	39
2.2.2. Sanat Eserinin Niteliği Bakımından Sanat Özgürlüğü Hakkının Kapsamı	39
2.2.2.1. Biçim	39
2.2.2.2. Öz	40
2.2.2.3. Üslup.....	41

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ MEVZUAT VE BU MEVZUATTA HAKKIN SINIRLANDIRILMASI SORUNU.....	42
3.1. ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI.....	42
3.1.1. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı	42
3.1.2. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı	44
3.1.3. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı	49
3.1.3.1. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 17. Genel Yorumu	52
3.1.3.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 17. Genel Yorumu Bağlamında Taraf Devletlerin Yükümlülükleri	56
3.1.4. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) ve Sanat Özgürlüğü Hakkı	63
3.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı.....	67
3.1.5.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü	68
3.1.5.2. AİHM İçtihatlarında Sanat Özgürlüğü Hakkı	71
3.1.6. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı.....	76
3.1.7. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı	78
3.1.8. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı.....	82
3.2. TÜRK ANAYASA HUKUKU BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI	83
3.3. KİTLE İLETİŞİM MEVZUATI BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI	89

3.3.1. Basılı Eserler Alanındaki Sınırlamalar	91
3.3.2. Radyo-Televizyon Alanındaki Sınırlamalar	97
3.3.3. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Alanındaki Sınırlamalar.....	101
3.3.4. İnternet Alanındaki Sınırlamalar.....	107
SONUÇ	111
KAYNAKÇA.....	118

KISALTMALAR

a.e. :	Aynı eser
a.g.e. :	Adı geçen eser
a.g.m. :	Adı geçen makale
ABD :	Amerika Birleşik Devletleri
ADÖ :	Amerikan Devletleri Örgütü
AİHM :	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS :	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK :	Avrupa Konseyi
Ame.İHK :	Amerikan İnsan Hakları Komisyonu
Ame.İHM :	Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi
Ame.İHÖB :	Amerikan İnsan Hakları Ödevleri Bildirisi
Ame.İHS :	Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ :	Avrupa Sosyal Şartı
BM :	Birleşmiş Milletler
bkz., bk. :	Bakınız
bs. :	Bası
Çev. :	Çeviren
DÜHF :	Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. :	Doktor
EİHB :	Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
ESKHS :	Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESKHP :	Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Haklar Protokolü
FSEK :	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
İ.Ö. :	İsa'dan Önce
İÜHFY :	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
MEB :	Milli Eğitim Bakanlığı
MSHS :	Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesi
no :	Numara
parag., par. :	Paragraf
paras. :	Paragraflar
Prof. :	Profesör
RG. :	Resmi Gazete

s. : Sayfa
SÜSBE : Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.C. : Türkiye Cumhuriyeti
TCK. : Türk Ceza Kanunu
TODAİE : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UNESCO : United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization
vd. : Ve devamı

GİRİŞ

İlkel toplumlardan bu yana uzanan sanat, gerçeğin estetik bir bakış açısı ile yorumlanmasıdır. Bu noktada ortaya çıkan eserin topluma sunulması ile sanatçının toplum ile bir iletişim kurması sağlanır. Sanat diğer insanlara ulaştıkça anlam kazanır. Sanatsal faaliyet oluşturma sürecinde sanatçının özgün eserler meydana getirebilmesinde en büyük etken ise özgür olmasıdır. Sanatçı özgür olduğu sürece sanatsal donanımını ve yaratıcılık gücünü açığa çıkarabilir. Bu da yetmez. Bir toplumun gelişmesi için sanatın o toplumla buluşması şarttır. Bu nedenle sanatçılar sanatsal faaliyeti sonucunda ortaya çıkan eseri topluma yaymak ister.

Sanatın ifade türleri arasında en etkilisi olması, onu kitleleri en kısa ve en güçlü yoldan etkileyebilen bir güç haline getirir. Toplumdaki egemen güçler ise tarih boyunca ya bu gücü kendilerine karşı bir tehdit sayarak yok etmek istemişler ya da bu gücü kendi egemenlikleri altında kendi çıkarları için kullanmak istemişlerdir. Her iki koşulda da sanatsal faaliyet birçok sınırlamaya tabi tutulmuştur. 19. Yüzyıla kadar sanat, sarayların ve kilisenin katı kuralları altında ve yalnızca onların görüş ve düşüncelerini yansıtmak maksadı ile kullanılmıştır. Bu dönemde sanat eserinin yaratıcısı olan sanatçının, eserini oluşturabilmesi için farklı bilgi ve görüşlere ulaşabilmesini sağlayan hukuksal olanakları, oluşturduğu birikim ve donanımı hür iradesi ile açığa çıkarabilme özgürlüğü ve ortaya çıkan eserin biçimi, konusu, konusunda savunulan duygu ve düşüncesi ve dili bakımından kınanıp dışlanmama hakkı yoktu. 19. Yüzyıldan sonra endüstri çağıyla birlikte tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi sanat alanında da büyük atılımlar gerçekleşti. Sanat özgürlüğü bir hak olarak devletlerin anayasalarında ve hatta uluslararası insan hakları belgelerinde koruma altına alınmaya başladı.

Bu çalışmanın temel amacı, sanat özgürlüğü hakkı konusunda uluslararası insan hakları belgeleri ve bunların ulusalüstü hukukta uygulanması ile oluşan standartlara, Türk Hukuk Mevzuatının ve yargı makamlarınca bu mevzuatın uygulanmasının uyumlu olup olmadığını tespit etmektir. Bu nedenle çalışmada sanatın özgür olmasının gerekliliğinin ve bu özgürlüğün bir hak olarak koruma altına alınması zorunluluğunun tarihsel gelişimi Birinci Bölümde ortaya konulmuştur. İkinci

Bölümde sanat özgürlüğünün tarihsel gelişimler sonucu bir insan hakkı haline geldiği gerekçesi ile bu hakkın çerçevesi, sanatçı ve sanatsal faaliyet bakımından kapsamı ve insan hakları belgelerinde kabul edilmiş olan sınırlama ölçütleri üzerinde durulmuştur.

Tüm bu tespitlerden sonra üçüncü bölümde ilk önce Türkiye'nin taraf olduğu ya da olmadığı uluslararası bildiri ve sözleşmelerde bu hakkın düzenleniş biçimi ve çerçevesi ortaya konulmuş, uluslararası yargı ve denetim organlarının karar ve yorumlarında bu hak ile ilgili olarak oluşturulan uluslararası standartlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Sonra bu standartlar ışığında T.C. Anayasası'ndaki düzenlemenin ulusalüstü insan hakları belgelerindeki düzenlemeler ile karşılaştırılması yapılmış; ulusal mevzuatta bu hak ile ilgili kanun ve yönetmeliklerin anayasaya uygunluğu ve hakkın sınırlama ölçütleri değerlendirilmiştir. Son olarak ulusal yargı makamlarının verdiği kararların da uluslararası standartlara uygun olup olmadığı, yargı makamlarının bu hakkın korunmasında ne derece yeterli ya da yetersiz olduğu değerlendirilmiştir.

Sonuç bölümünde ise kısa bir özetten sonra yine ulusalüstü insan hakları belgelerindeki düzenlemelerden örneklerle, Türk Hukuk Mevzuatı ve uygulanmasının uluslararası standartlar ışığında değerlendirilmesi sonucunda varılan tespitlere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SANAT KAVRAMI

1.1. SANAT KAVRAMI VE TANIMI

Sanat; insanlık tarihi boyunca var olmuş, insanlar tarafından insanlık için oluşturulmuş bir etkinlik; insanın yaratıcı gücü ile birleşen iradeli bir eylemdir.¹

Sanat kelimesinin etimolojik kökenine bakacak olursak, bu kelimenin Arapçada iş ya da yapma, meydana getirme anlamlarını içeren ‘sunu’ kökünden geldiğini görürüz. Arapça sözlükte, bir işi yapmak, meydana getirmek (icadet-ul fiil) ve bir maddeye akıl yoluyla tasarlanmış şekli görüntü olarak vermek (icad-ul suret) anlamlarına geldiği görülür. ‘Sunu’ kelimesi ayrıca güzellik ve hayran olunacak bir kudret eseri anlamı taşıdığından, insanın akıl ve zekasını kullanarak eliyle yaptığı işlere ‘sanat’ denilmiştir.²

Eski Yunancada ise ‘areti’ kelimesi birleştirmek, uydurmak şeklinde yapmak anlamında kullanılan kelimedir. Bu sözcük Latince ‘ars’, İtalyancada ‘arte’, Fransızca ‘art’ olarak günümüzde kullanılan haline gelmiştir. Eski Türkçedeki ‘ar’ kelimesinin saf ve güzel anlamına gelmesi de ‘art’ kelimesi ile bağlantılı olarak oluştuğunun bir göstergesi olabilir.³

Doğadaki maddeleri işe yarar hale getirmek ve bunun için bir ustalığa sahip olmak ise ‘zanaat’tır. Bu tür çalışmaları sanattan ayrı değerlendirmek gerekir. Bu kelime Arapçadaki iş yapma anlamına gelen ‘sani’ kelimesinden gelmiştir.⁴

¹ Ahmet Şişman, **Sanata ve Sanat Kavramlarına Giriş**, İstanbul, Yaz Yayınları, 2006, s.9.

² Celal Esat Arseven, **Sanat Ansiklopedisi**, 5 c., İstanbul, M.E.B Basımevi, 1975, C.IV, s.1752-1753.

³ Larry Shiner, **Sanatın İcadı**, Çeviren: İsmail Türkmen, İstanbul, 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, 2010, s. 45-49.

⁴ Şişman, **a.g.e.**, s.13.

Bir sanat tarihi yazarı tarafından sanatın anlamı konusunda şunlar dile getirilmiştir:

“Bu yanıyla sanat eserinde saklı olan şey, bir duyusu, düşünceyi, ölümlü boyuttan ölümsüzlüğe doğru olabilen çabayı aktarmaktadır. Bazen sanat eserleri, o anki uygarlık sözcüklerini sonraki kuşaklara ulaştıran tanıklardır. Sanat eseri böyle değerlendirildiğinde, iletişimi çok yetkin ve ölümsüzce ulaştıran iletişim araçlarıdır. Sanat eserinin kalıcılığı, sonsuzluğu bir yanıyla da geçmişin geleceğe doğru bir anlamda iletişimidir. İletişimde ses, hareket, çizgi, biçimler, renk ya da sözcükler kullanılır. Sanatın izleyicileri, okuyucular, dinleyiciler, bir müzik parçası, şiir, bir resim biçimi karşısında, düşünce ve sevgi dünyaları ile bir ilişki içinde bulunurlar. Kendi gerçek yaşamlarından, sanatçının sunduğu, önerdiği zaman ve mekanlarda, bir anlamda ölümsüzlük arayışına ve paylaşımına girerler. Bazı sanat dallarında, esere kendilerince duygu ve düşünceleri de ekleyerek eseri tamamlarlar. Sanatın izleyicileri ise o andaki kişisel ruh durumları ile sanat eserine yaklaşırlar. Yaşamlarında belki de asla öngöremeyecekleri bir anı yakalarlar. O andaki gerçekliklerine estetik bir biçimde yaklaşma vesilesi olur sanat eseri. Sanatın tanımlarından birisi de; hoşça giden, estetik endişeler taşıyan biçimler yaratma çabasıdır.”⁵

Tüm bu açıklamalarda da belirtildiği üzere sanat yalnızca basit bir ifade şekli değildir. İfadeyi açıklamanın bu türü, insanlar arasında olduğu kadar çağlar arasındaki iletişimi de sağlamaktadır. Sanat eseri ile muhatapları arasında da kişisel bir bağ oluşmakta; bu nedenle bir ifade şekli olarak sanat, diğer ifade şekillerinden çok daha güçlü ve etkili olabilmektedir.

Bu ifade şekli sanatın çeşitli dalları ile gerçekleşmektedir ve teknolojinin gelişmesiyle yeni sanat dalları da ortaya çıkabilmektedir. Sanatın dünyaca kabul görmüş yedi dalı ise şunlardır⁶;

Resim sanatı; en geniş tanımı ile ‘eni ve boyu olan, iki boyutlu bir yüzeyi, nokta, çizgi, benek, leke, renklerle estetik endişe taşıyarak parçalama, kompozisyon oluşturma ve bu plastik unsurlar ile güzelliği arama sanatıdır’. Resim sanatı hemen

⁵ Şişman, a.e., s.11.

⁶ Şişman, a.e., s.16-32.

hemen insanoğlu ile yaşıttır diyebiliriz. Bunun kanıtı olarak da ilkel çağlardaki mağara resimleri gösterilebilir.⁷

Heykel sanatı; ağaç, taş, toprak gibi materyaller kullanılarak, estetik endişe ile ortaya üç boyutlu, kütlesi olan yapıtlar çıkarma sanatıdır. Bu sanat dalı da insanlığın ilk dönemlerinde dini semboller ve tanrı figürleri yapmak suretiyle ortaya çıkmış bir türdür.

Mimari sanatı; estetik kaygı ile inşa etme sanatıdır diyebiliriz. Resim ve heykel sanatlarından farklı olarak bu sanat türünde meydana getirilen eserler, içinde eylemde bulunma imkanı tanırırlar. Mimari sanatı insanoğlunun yerleşik hayata geçmesi ile ortaya çıkmış bir sanat dalıdır.

Müzik sanatı; doğada var olan her türlü sesin kendine özgü sistemler ile bir araya getirilerek duygu ve düşüncelerin ifade edildiği sanat dalıdır. Müzik sanatının çıkış noktası dini törenlerdeki ibadet şekillerine dayanmaktadır. Bunun bilinen ilk örneği Çin müziğidir.

Edebiyat sanatı; duygu ve düşünceleri, insanların yaşantılarını ya da her türlü konuyu estetik ve etkili bir şekilde anlatma sanatı olarak tanımlanabilir. Edebiyat sanatı tüm sanat dallarında olduğu gibi, kendi içerisinde de dallara ayrılmaktadır. Edebiyat sanatının çıkışı yazının da olmadığı dönemlere dayanmaktadır. Bu dönemlerde etkili ifade biçimleri sözlü olarak aktarılırken, yazının bulunması ile basılı hale getirilmiştir.

Tiyatro sanatı; yerden yüksek bir sahne üzerinde karşısında oturan izleyicilere, insan eylemlerini taklit ederek bir dizi olayın canlı bir şekilde anlatılmasıdır. İlk tiyatro dini bir etkinlik olarak ortaya çıkmışken zaman içerisinde halka özgü bir etkinlik olarak şekillenmiştir. Dans da tiyatro gibi, bir sahne üzerinde yapılan, duygu ve düşünceleri ritmik vücut hareketleri ile müzik eşliğinde sunma

⁷ Ernst H. Gombrich, **Sanatın Öyküsü**, Çev. Erol Erduran-Ömer Erduran, İstanbul, 16. bs., Remzi Kitapevi, 2008, s.1-39.

sanatıdır. Tiyatro gibi dini ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya çıkmış olan dans, zaman içinde bir sanat dalına dönüşmüştür.

Sinema sanatı; bir film üzerine fotoğraf karelerinin arka arkaya eklenerek hareketli bir şekilde aktarılması ile dış dünyadakine yakın görüntüler elde etme sanatıdır. Sinema sanatının çıkış noktası 20. Yüzyıla dayanmaktadır. Görsel ve işitsel sanatların teknoloji ile birleştirilmesi ile oluşmuş sanat dalıdır.

Sanatın tanımından sonra değinilmesi gereken diğer kavramlar ise sanatçı ve sanat eseridir. Sanatçı, sanatsal faaliyette bulunan, yukarıda açıklanan sanat dallarından birini kullanmak sureti ile duygu ve düşüncelerini ifade eden ve bu faaliyetinin sonucunda özgün ve estetik bir ürün meydana getiren kişidir. Doktrinde bazı yazarlarca sanatçı şöyle tanımlamıştır:

“Sanatçı doğada gördüklerini gerek şekil, gerek renk, ses ve gerekse anlatım olarak aynen taklit eden kişi değildir. Onun görüşü başkadır, seçişi ve anlatışı başkadır. Sanatçı yansıtan değil, yaratan kişidir.”⁸

Sanat eseri ise sanatçının bu faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan üründür. Bu ürünü, insan faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan diğer ürünlerden ayıran özellik estetik bir kaygı taşıması ve özgün olmasıdır.

Estetik kavramından anlaşılan duygu ve beğenin değerlendirilmesidir. Estetik, aynı zamanda güzel sanatları inceleyen felsefe dalıdır. Estetiğin nesnel ve öznel iki yönü vardır. Öznel olan kısmı, kişinin duygularına ve psikolojisine bağlıdır. Bu nedenle ortak bir estetik/güzel tanımı yapılamaz. Nesnel olan kısmı ise sanat ürününün orantı, simetri, uyum (harmoni) gibi kavramlarla ölçülmesidir.⁹

Özgünlük kavramı ise, sanatçı kişiliğın yaratıcı özelliğinin ürünü olması, sanatçının yaratım sırasındaki ruh halini tekrar aynı şekilde yaşayamayacağı için o an ortaya çıkan ürünün tek olması anlamına gelir. Sanat eserleri sanatçının sistemli çabası sonucu ortaya çıkan ürünlerdir. Sanatçının bu çabası, hayal gücünün somut

⁸ Mustafa Ergün, **Felsefeye Giriş (Estetik, Sanat Felsefesi)**, (Çevrimiçi) <http://www.egitim.aku.edu.tr/sanatfelsefesi.pdf>, 09.09.2010.

⁹ Ergün, a.e.

bir ürüne dönüştürülmesidir.¹⁰ Özgünlük, taklit etmek yerine sanat eserine kendi özel durumunu ya da yorumunu yansıtmaktır.

1.2. ÖZGÜRLÜK BAĞLAMINDA SANATIN GELİŞİMİ

Sanatçı, hayal gücünün sınırsızlığı ile kendi iç dünyasında özgürlüğü sağlamış kişilerdir. Belki de sanatçıları diğer insanlardan ayıran en belirgin özellik de budur. Fakat iç dünyasını sanatsal faaliyette bulunarak ifade eden sanatçı, dış dünyada çeşitli disiplinler tarafından ya da toplumun ortak beğenileri nedeni ile bağlanmakta; iç dünyasındaki kadar özgür olamamaktadır.

Sanatçılar düşüncelerini içinde yaşadıkları toplumun ve çağın akımlarını kabullenmek ya da karşı çıkmak şeklinde aktarmaktadırlar. Onların oluşturduğu eserler, izleyici, dinleyici ya da okuyucu kitleyi etkisi altında bırakarak, toplumu düşünme ve sanat eserini ve konusunu yorumlama etkinliğine itmektedir.¹¹ Bu nedenledir ki toplumdaki siyasal, ekonomik, dinsel ya da başka bir egemen güç her kim ise sanatçıyı ve sanat eserini egemenliği altına alarak bu silahı elinde bulundurmak istemiştir. Ya da egemenliği altına alamadığı sanatçının özgürlüğünü kısıtlayarak sanatsal faaliyette bulunmasını ya da sanat eserinin topluma yayılmasını engellemeye çalışmıştır.

Totaliter yönetimler döneminde kendisine verilen görevi sorgulamadan yapmakla yükümlü olan sanatçının eseri de kendi ifadelerinden değil, baskısı altında olduğu güçlerin ideolojilerinden ve ifadelerinden oluşmaktaydı. Egemen güç, sanatçının işleyeceği eserin özünü, konusunu ve hatta biçimini tayin etmekteydi. Demokratik toplum yönetimlerinde sanatçı bu tür baskılardan kurtulmuş, daha özgür bir yaratma alanı bulabilmiştir.¹²

¹⁰ Şişman, a.g.e., s.14.

¹¹ Ernst Fischer, **Sanatın Gerekliliği**, Çev. Cevat Çapan, 10. bs., İstanbul, Payel Yayınları, 2005, s.48.

¹² Şişman, a.g.e., s.40.

Aşağıda, toplum düzeninin niteliği ve toplumdaki egemen gücün kim olduğuna göre sanatsal faaliyetin özgürlük alanı daha ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

1.2.1. İlkel Topluluklar ve Sanatın Başlangıcı

İnsanoğlu tarımı keşfedene kadar ilkel topluluklar halinde yaşadılar. Bu prehistorik dönemdeki sanata bakıldığında yapıların bir kompozisyon fikri olmadan yapıp biçimlendirildiğini görürüz. Toprak sahibi olmayan yarı göçebe topluluklar ilkel köylerde yaşamlarını sürdürmekteydiler. Kabile şefi ne bir saraya ne de bir anıt mezara sahipti.¹³

İlkel insan, varlığını koruyabilmek için fiziksel bir çaba sarf ederken; diğer taraftan olağan dışı güçlerin varlığını kabul ederek, din ve büyü ile doğayı kontrol altına almaya çalışmıştır. Sanat da, ilkel toplumlarda yaşamın bir parçası haline gelen din ve büyüden doğmuştur. Totemler için yapılan büyü törenlerinin bir çeşit canlandırma olması, avcılık yapan ilkel insanların mağara duvarlarına hayvan resimleri çizmeleri ve bereketi getirmek için doğurgan kadın resim ve heykellerinin yapılması bunun göstergesidir. Bu verilerden çıkan sonuç; sanatın oluşmasına, yaşamın ihtiyaçlarına yönelik oluşturulan din ve büyü kaynaklık etmiş olmasıdır.¹⁴

Sanatın çıkışına dair benzer bir görüş de şöyle özetlenebilir: Sanat; insanın doğaya üstünlük sağlamasına ve toplumsal ilişkilerin gelişmesine yarayan bir büyü aracıydı. Sanatın asıl görevi doğaya, düşmana ya da diğer etkenlere karşı güç sağlamaktır. Sanatın çıkışının 'güzellik' kavramıyla bir ilintisi yoktu; sanat, ilkel toplumların yaşam savaşında kullandığı bir silahtı. Başka bir deyişle sanat, dans, ritmik ezgi, ayinler gibi topluluktaki herkesin katıldığı toplumsal bir eylemdi, topluluğun gücüydü.¹⁵

¹³ Adnan Turani, **Çağdaş Sanat Felsefesi**, 5. bs., İstanbul, Remzi Kitapevi, 2006, s.17-18.

¹⁴ Gombrich, **a.g.e.**, s.1-39.

¹⁵ Fischer, **a.g.e.**, s.34-38.

1.2.2. İlk Devlet Düzeni ve Sanatın Gelişimi

Devletin oluşmasına dair ileri sürülen teoriler ile halen kesin olmamakla birlikte günümüzde kabul gören teori şöyle özetlenebilir:

Devletin iradi bir şekilde oluşmuş olduğu teorisi bugün geçerliliğini yitirmiş olmakla birlikte; bu teorinin dayanağı özetle, tarımın keşfi ile gıda üretiminin artması, bir takım insanların gıda üretimi dışındaki mesleklerle uğraşır hale gelmesi, bu nedenle toplumda iş bölümünün ortaya çıkması ve bu gelişmelerin yanı sıra siyasi gelişmelerin de yaşanması ile ilk devletin ortaya çıkmasıdır. Bunun yanı sıra iradi teorilerin bir diğeri Rousseau'nun 'Toplum Sözleşmesi Teorisi'dir. Bu teoriye göre ise, toplumlar iradi olarak egemenliklerin vazgeçerek bir araya gelip devleti oluşturmuşlardır. Tüm bu teoriler günümüzde geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Genel kabul gören teori ise, savaşların devletin kurulması için zorlayıcı ve en büyük etken olması ile birlikte çevresel sınırlamalar ve siyasi evrim ile birlikte devletin ortaya çıktığıdır. Dolayısıyla devlet tesadüfi ya da iradi bir şekilde ortaya çıkan siyasi yapı olmayıp; kültürel süreçlerin sonucu olarak, uygun şartların olduğu her yerde ve çeşitli etkenlerle (bu etkenler her coğrafya için farklılık gösterir) zorunlu olarak meydana çıkmış siyasi yapılardır.¹⁶

İlkel devlet düzeninden Yeniçağ Avrupası'na kadar uzanan yaklaşık 7000 yıllık bu dönemde sanat tanrı kral ve kral için hizmet etti. Sanatçı yöneticilerin ve din adamlarının emrinde ve ancak onların benimsediği değerler sınırı içerisinde hareket edebildi.¹⁷ Bu nedenle, ilkel toplumlar ile ilk devlet düzenin görüldüğü toplumlarda sanatın ortak konusu doğa ve insandı. Bu konular tanınabilir biçimlerinin dışında yorumlanmaz, sanatçının hayal gücü hep bu biçimlerin sınırları içerisinde kalırdı.

1.2.3. Modern Devlet Anlayışı ve Sanat

19. Yüzyıl öncesinde sanat, sarayların ve kilisenin katı kuralları içerisinde yapıldığı için; sanatçılar duygu ve düşüncelerini yeterince ortaya koyamamış ve

¹⁶ Robert L. Carnerio, "Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori", Çev. Aslan Delice, **Maltepe Üniversitesi Yayınları**, 2006/2, s.251-262. Devletin oluşumuna dair bir diğer kaynak için bkz., Cemal Bali Akal, **Devlet Kuramı**, 2. bs., Ankara, Dost Kitapevi Yayınları, 2000.

¹⁷ Turani, **a.g.e.**, s.19-23.

sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından yararlanamamışlardır. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler konusundaki yasal düzenlemeler Orta Çağa ve hatta eski Yunan ve Roma uygarlıklarına dek uzansa da; 19. Yüzyılın erken dönemlerine kadar sanat özgürlüğü hiçbir yasal düzenlemeye konu edilmemiş, bir hak olarak değerlendirilmemiştir.

1789 Fransız Devrimi ile o döneme kadar uygulanmış tek devlet düzeni olan monarşinin alternatifi olan başka ve daha iyi devlet düzenlerinin olabileceği düşüncesi ortaya çıktı. Monarşi düzeninde düşüncesini özgürce açıklaması yasak edilmiş insan, yönetimin ve din kurumlarının baskısının üzerinden kalkması ile yasa ile korunan, özgür ve bağımsız birey haline geldi. Bu çağın sanatçılarının yapıtları da, yasalaşan özgürlüklere paralel olarak herhangi bir kişi ya da kurum için değil, tamamıyla sanatçının kendisi için yapılmıştır. Dolayısıyla, Avrupa’da, bu yeni çağla birlikte özgürlüklerin devlet tarafından yasalarla koruma altına alınmış olmasıyla birlikte; sanat yapıtı, kişi ve kurumlara olan bağımlılığını koparmıştır. Artık sanatçı, hayal gücünü ve iç dünyasını sanatsal faaliyet ile açığa çıkarabilecekti. Bu gelişmeler ile Romantizm akımı ortaya çıkmış ve “sanat sanat içindir” görüşü kabul görmüştür.¹⁸

Fransız Devrimi’nin özgürlükçü tutumu, dönemin sanat eserlerinin de konusunu oluşturmuştur. Sanatçının bu yeni tutumu sanat eserlerine de yansımış, özellikle bu dönem resim sanatında işlenen başlıca konu ‘özgürlük’ olmuştur. Örneğin Delacroix’in 1830 yılında yaptığı ‘Halka Önderlik Eden Özgürlük’ eserinde; barikatlarda elinde Fransız bayrağı ile ilerleyen kadın özgür Fransa’nın, yanındakiler de devrimci halkın simgesidir.¹⁹ Ayrıca Delacroix ‘*resmi yaratan bizim tasarımıdır*’ diyerek sanata gelen özgürlükçü bakış açısını dile getirmiştir.²⁰

Bu gelişmeler sonucunda sanat özgürlüğü ile ilgili ilk yasal düzenleme 1836 yılında Victor Coussin tarafından Fransız Parlamentosu’na sunulan önerenin yasalaşması ile oldu.²¹

¹⁸ Turani, **a.g.e.**, s.24-39.

¹⁹ ‘Halka Önderlik Eden Özgürlük’ eseri Paris Louvre Müzesi’nde sergilenmektedir. Sanatçı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Akif Kaplan, **Eugene Delacroix (1798-1863)**, İstanbul, MEB Yayınevi, 1975, s.1.

²⁰ Turani, **a.g.e.**, s.35.

²¹ Turani, **a.e.**, s.39.

Tüm bu gelişmeler sonucunda doğan temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması fikri bir süre sonra sanat özgürlüğünü de kapsamına almıştır. Sanatçıların duygu ve düşüncelerini sanatsal faaliyetler ile özgürce ifade edebilecekleri fikrinin benimsenmesi ile sanatçıların edindikleri bu özgürlüğün hukuk tarafından koruma altına alınması ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç doktrinde şöyle ifade edilmektedir:

“Bir sistemin yaratma eylemine yaklaşımında çağdaşlığın tamamlayıcı ögesi şudur. Bireylerin güzellikleri yaratma özgürlüğü ve bunlardan tad alma hakkı, gerekli ortamın sağlanması ön koşulunu, devlet açısından yerine getirme yükümü, birey açısından ise istem olanağı olarak saptar. Can alıcı özellik düzenlemenin eşitlik ilkesini gerçeklemesi, yani özgürlüğü toplumsallaştırmasıdır. Böylece güzelden tad alma tekeli belirli kesimlerde odaklaştırmak tehlikesi ile güzeli özgürce yaratmak ve yaşamaktan uzak bırakılan çoğunluğun, bu yabancılaşma olumsuzluğu içinde kalması önlenir. Zaten toplumları yaşatan iç dinamizmin gelişmesi, kitlelerin yaratma özgürlüğüne doğrudan doğruya bağlıdır.”²²

²² Mehmet Semih Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXI, Sayı 7-9, 1987, s.532.

İKİNCİ BÖLÜM

SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI VE KAPSAMI

2.1.SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Birinci bölümde açıklanan tarihi gelişmeler ve bu gelişmelerin doğurduğu sonuçlar, sanatsal faaliyetin bireylere tanınmış bir özgürlük olarak kabulü; sanat özgürlüğünün bir hak olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla bu hakkın hukukun koruması altına girmesi mecburiyetlerini doğurmuştur.

Bu başlık altında ise genel olarak insan hakları, özelinde sanat özgürlüğü hakkı ve bu hakkın diğer haklarla ilişkisi incelenecektir.

2.1.1. Sanat Özgürlüğünün İnsan Hakları İçerisindeki Yeri

2.1.1.1. İnsan Hak ve Özgürlükleri

Sanat özgürlüğünün insan haklarının içerisindeki yerinin tespiti ve değerlendirilmesi için öncelikle bazı temel kavramların anlaşılması, hak ve özgürlük arasındaki ilişki ve insan hak ve özgürlüklerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

İnsan hakları kavramını ayrı ayrı iki kelime olarak düşünürsek; insan kelimesi ile insan, kişilik, kişi onuru gibi kavramlar akla gelirken; hak kelimesi ile hak, özgürlük, hukuk gibi kavramlar akla gelmektedir.

‘İnsan hakları’ kavramı, insancıl anlayış ve değerlerin hukukun konusu olmasıdır ki bu hukuk, tarihsel süreçte ulusalüstü bir nitelik kazanmıştır.²³

‘İnsan’ en yalın tanımıyla, hukukun öznesi yani hak sahibi olan kişidir.²⁴

²³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.1413.

İnsanlık ailesinin bir temsilcisi olan her birey kendine özgü bir kişiliğe sahiptir ve bu kişiliğe saygı gösterilmesini ister. Bu saygının temeli ise insanın insan olma özelliğidir; sosyal, ekonomik ya da kültürel donanımı değildir. İşte bu saygı gösterilmesi zorunluluğu 'insan onuru' olarak tanımlanabilir. T.C. Anayasası'nın Başlangıç Bölümünde *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu"* vurgulanmıştır.²⁵ Bunun yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın giriş kısmında *"Ahlaki ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik, bölünmez ve evrensel değerler olan insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışma değerleri üzerine kurulmuştur"*. Yine Şart'ın Onur başlıklı birinci bölümünün birinci maddesinde ise şöyle denilmiştir: *"İnsanlık onuru ihlal edilemez. Saygı gösterilmeli ve korunmalıdır."*²⁶

Bu belgelerin yanı sıra hemen hemen bütün insan hakları belgelerinde kişi onuru kavramı yer almaktadır.²⁷

'Hukuk', *"toplumun genel yararını veya bireylerin ve toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacı ile korunan ve kamu gücü ile desteklenen kuralların bütünüdür."*²⁸

'Hukuk' kavramına ilişkin bir başka tanım ise şu şekildedir:

²⁴ Mustafa Dural-Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku-Birinci Cilt Gerçek Kişiler**, İstanbul, Filiz Kitapevi Yayınları, 2001, s.3-5.

²⁵ **T.C. Anayasası**, Başlangıç bölümü, par. 6, Kanun No:2709, Kabul Tarihi:18.10.1982, RG. Tarih: 09.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

²⁶ **Charter of Fundamental Rights of The European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/1**, (Çevrimiçi)
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:EN:PDF>, 10.09.2010.

²⁷ Kişi onuru ile ilgili diğer örnek belgeler için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010s.80-86.

²⁸ Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 14. bs. Ankara, Turhan Kitapevi, 2000, s.5.

“Tüm varlığı, çevresinin egemenlik altına alınması ve değiştirilmesinde, bilinçli bir planlamaya dayanan insan, bizzat kendini kendi egemenliği altına alarak benzerleri ile olan ilişkilerini de bu planın içine sokmak zorundadır. Nitekim insanlar, daha ilkel zamanlarda bile, böyle bir düzeni sağlamak amacı ile bir takım kurallar meydana getirmişlerdir; bunlardan en önemlisi de hukuk kurallarıdır. Gerçekten hukuk din, ahlak ve örf gibi diğer sosyal kuralların yanı sıra toplumun düzenini sağlar ve bu yüzden de hukuk, her şeyden önce bir düzen demektir. Bu anlamda hukuk kargaşalık, ölçsüzlük ve başıboş davranışın karşıtıdır.”²⁹

‘Özgürlük’ kavramının anlamını inceleyecek olursak ise karşımıza şu tanımlar çıkar:

İlk olarak özgürlük; *“bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erki”³⁰* olarak tanımlanabilir.

Bu durumda özgürlük; bireyin, insan olmasının ve kendisini biçimlendiren etkenlerin bilincine varması ve toplumu ve doğayı bu yolla kavraması ve dönüştürmesidir.³¹

‘Hak’ ise; *“hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir”³²*.

Hak ve özgürlük kavramları konuşma dilinde ve birçok hukuki belgelerde birbirleri yerine kullanılmakta ise de hukuk biliminde bu kavramlar başka şeyleri ifade etmektedir.

Özgürlük, insanın insan olması nedeni ile sahip olduğu bağımsızlıktır. Haklar ise hukuk belgelerinde yazılmış ve kişilere özgürlüklerini sağlamak ve

²⁹ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.18-19.

³⁰ İbrahim Özden Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, DÜHF Yayınları, 1989, s.14.

³¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.1419.

³² M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s.93.

korumak için tanınmış yetkililerdir.³³ Bu açıklamalara dayanarak, hak, hukuk tarafından koruma altına alınmış özgürlüklerdir diyebiliriz.

İnsan Hakları Hukuku bağlamında, haklara ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer konu da hakların sınıflandırılmasıdır.

İnsan hakları ayrılmaz bir bütün olmakla birlikte sınıflandırma hakların tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesini sağlar ve elde edilen hak gruplarına özgü ortak ilkelerin araştırılmasına imkan tanımış olur.³⁴ Nitekim, her ne kadar günümüzde geçerliliğini yitirmiş olsa da insan haklarının sınıflandırılmasına ilişkin pek çok kriter ortaya çıkmıştır. Bunlardan bazıları; devletin müdahale etmesi ya da etmemesi gereken haklar olan pozitif haklar-negatif haklar; yasalarla koruma altına alınarak somutlaşmış olan ya da sahip olunması gereken ideal haklar olan yasal haklar-moral haklar; hakların konularına göre temel haklar-temel olmayan haklar, öznelerine göre birey hakları-kolektif haklar; sınırlandırılmalarına göre sınırlandırılabilen haklar-sınırlandırılmayan haklar; olağan ve olağanüstü rejime göre sınıflandırılan haklardır.³⁵

İnsan hakları belgeleri de içerdikleri haklar, kapsadıkları coğrafi alan ya da hukuksal formları bakımından sınıflandırılmaktadır. Hukuksal norm bakımından sözleşme, bildiri, karar gibi sınıflandırmalar yapılmakta; kapsadıkları coğrafi alan bakımından uluslararası ya da bölgesel olarak ayrılmakta; içerdikleri haklar bakımından ise genel ya da özel nitelikli belgeler olarak sınıflandırılmaktadır.

Hak kuşakları bakımından yapılan sınıflandırma birinci kuşak haklar dediğimiz medeni ve siyasi haklar ile ikinci kuşak haklar dediğimiz ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içerir. Yakın tarihte bu sınıflandırmalara üçüncü kuşak haklar yani dayanışma hakları ya da halkların hakları eklenmiştir.³⁶

³³ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. bs., İstanbul, İÜHFY, 1975, s.279.

³⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.30.

³⁵ Hakların sınıflandırılması ve eleştirileri için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010., s.1424-1429.

³⁶ Gemalmaz, **a.e.**, s.1622-1632.

Yukarıda belirtilen tüm sınıflandırmaların yanı sıra gözden kaçırılmaması gereken en önemli husus, bütün hakların birbirine bağımlı ve bir bütün oluşudur. Ulusalüstü insan hakları hukukunda, haklar arasında hiyerarşik bir düzen ve önem sırası yoktur, insan hakları bütün ve bölünmezdir. İnsan hakları belgelerindeki listelerde yer alan hakların bir kısmından vazgeçme, erteleme ya da ihmal etme söz konusu olamaz. Hakların sınırlandırılmaları ne şekilde ya da düzeyde olursa olsun bir kısım hakların diğerlerinden daha önemli olduğu sonucunu doğurmaz.³⁷

2.1.1.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının Çerçevesi

Yukarıdaki bölümde açıklandığı üzere bir özgürlüğün hak olarak anılabilmesi için hukuk düzeni tarafından düzenlenmiş ve koruma altına alınmış olması gerekir. Bu açıdan değerlendirildiğinde sanat özgürlüğü de hukuk düzeni tarafından korunmakta olan bir haktır. Bu koruma ulusal ve ulusalüstü düzlemlerde çeşitli formlardaki insan hakları belgeleri ile sağlanmıştır. Ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerindeki düzenlemeler incelendiğinde sanat özgürlüğünün çerçevesinin iki farklı şekilde çizildiği görülür. Birinci kategori sanat özgürlüğünü ifade özgürlüğünün içerisinde değerlendiren ulusalüstü insan hakları hukuku belgeleridir ki bunlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 10) ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir (madde 19). Bu sözleşmelerin metinlerinde sanat özgürlüğüne dair açık bir düzenleme görülmemesine rağmen denetim mekanizmalarının ürettiği içtihatlar incelendiğinde sanat özgürlüğüne dair vakaların ifade özgürlüğünü düzenleyen maddeler kapsamında değerlendirilerek sonuca bağlandığı görülür. Buradan hareketle bu Sözleşmelerdeki sanat özgürlüğünün çerçevesi çizilecek olursa karşımıza üç tip hak çıkmaktadır. Bunlar; görüş ve düşüncelere sahip olma, görüş ve düşünceleri yayma ve görüş ve düşünceleri edinme haklarıdır. İkinci kategori ise sanat özgürlüğünü kültürel hakların içerisinde değerlendiren ve Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (madde 15/1-a, b, c), Evrensel

³⁷ Hakların Bütünselliği İlkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **a.e.**, s.1567-1572. Konu ile ilgili diğer kaynaklar için bkz., Ömer Anayurt, "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları**, Ankara, TODAİE Yayınları, 2000, s.47-59, Mehmet Semih Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1991, s.164-165.

İnsan Hakları Bildirisi (madde 27/1-2), Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (madde 13/1-2) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Protokolünde (madde 14/1-a, b, c) çizilen çerçevedir. Bu çerçevede koruma altına alınmış olan haklar ise, herkesin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı, sanatın nimetlerinden yararlanma hakkı ve kültürel hayata katılma hakkının sanat özgürlüğüne yansıyan kısmı olarak sanatsal faaliyette bulunmak için gerekli donanımına sahip olabilme hakkı, edinilen donanımı özgürce açığa çıkarabilme hakkı ve son olarak da sanatsal faaliyette bulunma sonucu ortaya çıkan ürünü toplumun beğeni ve yararlanımına sunabilme hakkıdır. Bu bölümün devamında tüm bu haklar tek tek açıklanmıştır.

T.C. Anayasası'nda sanat özgürlüğü hakkı 'Bilim ve Sanat Hürriyeti' başlıklı 27. maddede koruma altına alınmıştır. Bu maddeye göre sanat özgürlüğü hakkının çerçevesi, sanatı öğrenme, öğretme, açıklama ve yayma alanlarını kapsar. Buradan çıkan sonuç; bu hakkın sadece sanatsal faaliyette bulunma serbestisini sağlamayıp, bu faaliyeti oluşturmak için sanatı öğrenme, bu faaliyet sonucunda oluşan eseri açıklama ve yayma eylemlerini de koruduğudur. Ayrıca sanatı serbestçe öğrenmeyi, sanat eserini takdir eden muhatapların bu esere serbestçe ulaşabilmesinin sağlanması olarak da yorumlayabiliriz. Dolayısıyla bu hak öznesi bakımından ikili bir koruma getirmektedir. Bu da sanatsal faaliyette bulunan kişi ile sanat eserine ulaşmak isteyen muhatapların korumasıdır.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) Madde 15 1-a ve 1-b fıkralarında Anayasamızdaki düzenlemeye benzer bir çerçeve çizilmiştir. Bu çerçeve kültürel yaşama katılma hakkı ve sanatın nimetlerinden yararlanma hakkını kapsar.³⁸ Yine buna eş bir düzenleme Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) Madde 27/1'de, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (Ame.İHÖB) Madde 13/1'de, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Protokolü (Ame.İHS/ESKHP) Madde 14/1-a,b'de karşımıza

³⁸ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010s.357-358.

çıkılmaktadır. Şimdi bu 'katılma' ve 'yararlanma' haklarını ayrıntılı olarak inceleyelim:

Kültürel yaşama katılma hakkının sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğünü de kapsadığını UNESCO'nun 'Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirisi'nin 5. maddesinde belirtildiği gibi kültürel hakların evrensel, bölünmez ve birbirlerine bağlı olduğundan ve yine bu özelliklerle insan haklarının bir parçası olduğundan çıkarabiliriz.³⁹ Yine bu maddeye göre '*herkesin kendini ifade etme ve istediği dilde, bilhassa kendi ana dilinde çalışmalarını oluşturma ve bunları yayma hakkı vardır*'.⁴⁰

Kültür kelimesinin üç anlamı vardır ve kültürel haklar bu anlamlardan türer. Bu üç anlamdan ilkinin insanoğlunun birikmiş maddi mirası olduğunu; ikinci anlam olarak kültürün sanatsal ve bilimsel bir yaratım süreci olduğunu; son olarak da bir sosyal grubu diğer benzer gruplardan ayırt eden maddi ve manevi aktivitelerinin toplamı olduğunu kabul eder.⁴¹

Sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğünün çerçevesi çizilirken bu özgürlüğün geniş yorumlanması gerekir. Buradan yola çıkarak sanat özgürlüğünün çerçevesi şöyle çizilebilir:

"Sanatsal etkinliğin oluşabilmesi için kişi her şeyden önce çeşitli bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşabilecek, bunlar üzerinde çalışıp ayıklamalar yapabilecek hukuksal olanaklara ve güvencelere sahip olmalıdır. Bu yetmez. Kişi, bu ön olanaklarla elde ettiklerinden, herhangi bir estetik etkinlik süresince yararlanabilmelidir. Bir başka deyişle, kişi kendi donanımının, birikiminin gerekli kıldığı tutuma sahip çıkabilme güvencesine kavuşturulmalıdır. Hemen eklemeli. Bu güvence, birikimin açığa çıkarma zamanı konusunda zorlanmama hakkı ile oluşmuş bulunan düşüncesinden, konumuz bağlamında usundaki estetik kurgudan yahut usunda sanat içeriğinin imgesel somutlaşımından da denebilir,

³⁹ Gemalmaz, a.e., s.358.

⁴⁰ **Universal Declaration on Cultural Diversity** (Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirisi), Madde 5 için bkz., (Çevrimiçi) <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>, 10.09.2010.

⁴¹ Asbjorn Eide, **Economic, Social and Cultural Rights**, Editör: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Second Revised Edition, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.290.

ötürü, niteliği ne olursa olsun kınanıp dışlanmama hakkı ile tamamlanır. Ve nihayet üçüncü aşamadaki güvence gündeme gelmelidir. Buna göre, kişi yine hukukun sağlayacağı olanak ve güvencelerle, sanatsal etkinliğinin verimini kendi dışındakilere yansıtabilmek, öğretebilmek, onların yararlanımına sunabilmek ve eleştiriye açıp savunusunu yapabilmek haklarına da mutlaka sahip kılınmalıdır.”⁴²

Bu çerçeveyi özetleyecek olursak sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğü; sanatsal faaliyeti oluşturmak için gerekli donanıma sahip olabilme, edindiği bu donanımını, sanatsal faaliyeti ile özgürce açığa çıkarabilme ve son olarak bu faaliyet sonucu oluşturduğu sanat eserini toplumun beğenisine ve yararlanımına sunabilme özgürlüklerini içerir. Anayasamızdaki sanat özgürlüğü hakkının çerçevesini hatırlayacak olursak Anayasada koruma altına alınan özgürlüğün tüm bu unsurları içerdiğini görürüz.

‘Sanatın nimetlerinden yararlanma’ hakkı ise yukarıda açıklandığı üzere, sanat eserine ulaşmak isteyen ve sanat eserini takdir edecek olan muhataplara tanınmış bir haktır. Bu hak işlevini tam anlamıyla gerçekleştirebilmek için öznesi bakımından iki taraflı bir koruma içermek zorundadır. Çünkü ‘sanatın nimetlerinden yararlanma’ hakkı, sanatçıların eserini ‘yayma’ hakkının muhatap tarafından ele alınmış şeklidir. ‘Yayma’ hakkı, ‘yararlanma’ hakkı olmazsa bir anlam ifade etmeyecek, işlevini yitirecektir. Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirisi’nin 6. Maddesi de bu hakkı desteklemektedir. Bu maddeye göre sanata eşit erişimin mümkün olması kültürel çeşitliliğin garantisidir.⁴³ Burada bahsi geçen sanata erişimin, sanatın nimetlerinden yararlanmayı içerdiği kabul edilmelidir.

Yukarıda çerçevesi çizilen sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğünün ifade özgürlüğü ve bilgiyi yayma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunu da kabul etmek gerekir. Nitekim bu özgürlüğü ayrı bir düzenleme konusu yapmayıp, ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alan insan hakları belgeleri de mevcuttur. Bunların başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Bundan sonra AİHS olarak anılacaktır.) gelmektedir. AİHS Madde 10’daki görüş ve düşüncelere sahip olma,

⁴² Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt LXI, Sayı 7-9, 1987, s.527-528.

⁴³ **Universal Declaration on Cultural Diversity** (Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirisi), Madde 6 için bkz., (Çevrimiçi) <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>, 10.09.2010.

bunları yayma ve edinme hakkı AİHM içtihatlarına göre sanatsal ifadeyi de kapsamaktadır.⁴⁴ Yani bu hak yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız sanatsal faaliyette bulunma ve sanatın nimetlerinden yararlanma haklarına karşılık gelmektedir. AİHS düzenlemesi ve ifade özgürlüğünün kapsamı ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Sanat özgürlüğü hakkı başlığı altında incelenmesi gereken bir diğer hak, 'herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkıdır'. Bu hak, EİHB Madde 27/2, ESKHS Madde 15/1-c, Ame.İHÖB Madde 13/2 ve Ame.İHS/ESKHP Madde 14/1-c fıkralarında koruma altına alınmıştır. Üzerinde durulması gereken önemli bir konu bu hakkın bir insan hakkı oluşu; fikri mülkiyet hakları çerçevesine indirgenerek değerlendirilemeyecek olmasıdır. Bu hakkın bir insan hakkı oluşu, bireyin bu hakka kendiliğinden sahip olduğu anlamına gelmektedir. Fikri mülkiyet hakları ise devletlerin eser sahibinin haklarını düzenlediği ölçüde var olmaktadır. (Yukarıda bahsi geçen hak ile fikri mülkiyet hakları arasındaki farkı Sanat Özgürlüğü Hakkının Fikri Mülkiyet Hakları ile ilişkisi bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağız.) Fakat belirtmek gerekir ki bu hak, bir insan hakkı olarak 'mülkiyet hakkı'nı da içerir. Nitekim ESKHS organı olan BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 17. Genel Yorumunda, AİHS'nin 1 Nolu Protokolü'nün 1. maddesini bu hakkı koruma altına alan yukarıda bahsettiğimiz insan hakları belgelerinin arasında saymıştır.⁴⁵

Bu hak ile koruma altına alınmış olan maddi ve manevi menfaatlerin neler olduğu Komitenin 17. Genel Yorumunda açıklanmıştır. Buna göre, 'manevi menfaatler (*moral interest*)' kavramından anlaşılan, tüm sanatsal, edebi ve bilimsel çalışmaların yazarları ve mucitlerinin, yalnızca emeklerinin karşılığını değil, aynı zamanda ortadan yok olmayacak ürünün tüm insanlığa mal olduktan sonraki zamanda bile doğurduğu manevi menfaatlerdir. 'Maddi menfaatler (*material interests*)' kavramı ile ise, ESKHS madde 11/1'deki yaşama

⁴⁴ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Kabul ve imzaya açılma tarihi: 04.11.1950, Yürürlüğe giriş tarihi: 03.09.1953.

⁴⁵ General Comment No 17, par. 3 için bkz., (Çevrimiçi)

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument), 23.08.2010.

standartlarına eser sahibi bakımından maddi katkı sağlayan menfaatler olarak açıklanmıştır.⁴⁶

2.1.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi

Sanat özgürlüğü hakkını düzenleyen insan hakları belgelerinin bazıları bu hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş, bazıları kültürden yararlanma hakkı başlığı altında değerlendirmiş, bazıları fikri mülkiyet hakkı ile farkını ve mülkiyet hakkı ile bağlantısını vurgulamış, birçoğu bu hakkı bilim özgürlüğü ile birlikte düzenlemiştir. Burada insan haklarının bütünselliği ilkesi akla gelmektedir. Sanat özgürlüğü hakkını diğer haklardan keskin sınırlar ile ayırmak mümkün değildir. Bu hak diğer birçok insan hakkı ile bağlantılıdır. Nitekim 17. Genel Yorumun 4. paragrafında Madde 15/1-c’de düzenlenen hakkın maddede yer verilmiş olan kültürel yaşama katılma hakkı (15/1-a), bilimsel ilerlemeler ve bunların uygulamalarından yararlanma hakkı (15/1-b), bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için vazgeçilmez olan özgürlük (madde 15/3) hakları ile bağlantılı olduğu ve belirtilen bu haklar ile 15/1-c’deki hakkın aynı zamanda birbirlerini destekledikleri vurgulanmıştır.⁴⁷ Sanat özgürlüğü hakkı ile diğer hakların ilişkisini ve kültürel haklar içindeki dört hak şöyle ifade edilebilir:

“Kültürel ve diğer haklar arasında yakın ilişkiler bulunmaktadır. Eğitim hakkı kısmen bir kültürel haktır. İfade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı içerisinde kültürel ifade ve kültürel aktivitelere ulaşım ve yayma haklarını içerir. Din özgürlüğü ve kültürel haklar birbirlerine yakından ilişkilidir. Toplanma özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü kültürel faaliyetler için zaruridir. EİHB Madde 27 ve ESKHS Madde 15, dört bileşen içerir. Bunlar herkesiz kültürel hayata katılma hakkı, herkesin bilimsel gelişimden ve bunun uygulamalarının faydalarından yararlanma hakkı, herkesin yazarı olduğu bilimsel edebi ve sanatsal eserden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı ve de bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için zaruri olan özgürlük.”⁴⁸

⁴⁶ General Comment No 17, paras. 12-13-14-15-16.

⁴⁷ General Comment No 17, par. 4.

⁴⁸ Asbjorn Eide, **a.g.e.**, s.292. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

Çalışmanın bu kısmında, sanat özgürlüğünün, bağlantılı ve onu destekler nitelikte olan bazı insan hakları ile ilişkisi irdelenecektir.

2.1.2.1. Sanat Özgürlüğü Hakkının Bilim Hakkı ile İlişkisi

Sanat ve bilim, insanın yeni şeyler keşfetme ve yaratma üstün çabalarının ürünleridir. Sanatçı da bilim adamı gibi doğayı gözlemleyerek çeşitli formüller bulur, gözlemlerini bu formüllerle ifade eder ve gerçeğe ulaşır. Sanat gerçeği betimler ve sergiler, bilim ise gerçeği açıklar.⁴⁹ Fakat yöntemleri farklı olsa da her ikisinin de amacı gerçeğe ulaşmak, yaşama hizmet etmek ve yeniyi keşfetmektir. Her ikisi de yaratıcılığa ve özgün düşünmeye dayanır.

Bilim ve sanatın birbirinden çok ayrı olduğu yanlar da mevcuttur. Örneğin, bilim son derece objektif olmak zorunda iken, sanat sübjektiftir. Bilim ve sanat arasındaki temel farklardan bir diğeri ise yöntem farklılığıdır.⁵⁰ Gerçeği bulmaya yönelik olan sanat bunu yaparken sezgisel bilgilerden de faydalanabilirken; bilim yalnızca mantıksal bilgilerden faydalanmak zorundadır. Ayrıca sanatın ölçütü estetik ve güzel iken; bilimin ölçütü mutlak doğruluktur.

Bilim ve sanat eserleri, fikir üretiminin en değerli biçimleri olmalarından ötürü, temel hak ve özgürlükler bağlamında birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı iki haktır.⁵¹ Bilim ve sanat eseri yalnızca bilim adamını ve sanatçıyı aydınlatmakla kalmaz, tüm topluma ışık tutar. Dolayısıyla etki alanı aynı olan bu iki hakkın kapsamı ve koruma alanı da özdeş olmalıdır. Bu nedenledir ki temel özgürlükleri koruma altına alan uluslararası belgelerin ve anayasaların birçoğu bilim ve sanat özgürlüğünü birlikte ele alır. Kanımızca bu ortak düzenlemenin isabetli olmasının bir diğer nedeni ise sanatsal faaliyette bulunmanın toplumların gelişiminde bilimsel faaliyette bulunma kadar önemli bir rol oynadığının vurgusu ve bilimsel faaliyette bulunanların sahip olduğu tüm haklara sanatçıların da sahip olması gerekliliğidir.

⁴⁹ İnci San, **Sanatsal Yaratma Çocukta Yaratıcılık**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1977, s.5-7.

⁵⁰ Tamer Kavuran, “Sanat ve Bilimde Gerçek Kavramı”, **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:15, 2003, s.228.

⁵¹ Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s.91.

Bilimi serbestçe öğrenme, öğretme, araştırma, yayma ve haklarını içeren bilim özgürlüğü, T.C. Anayasası'nda sanat özgürlüğü ile aynı maddede (madde 27) koruma altına alınmıştır. Madde, herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanda her türlü araştırmayı yapma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Bu bağlamda bilim özgürlüğü ve sanat özgürlüğü; araştırma yapmak için gerekli araçlara ve koşullara sahip olma hakkı, araştırma ve bilimsel ya da sanatsal faaliyette bulunma hakkı ve ortaya çıkan ürünü yayma hakkı öğelerinden oluşur.⁵²

Anayasalarında bilim ve sanat özgürlüğünü birlikte düzenleyen diğer bazı ülkeler ise; İtalya, Almanya, Bulgaristan, Hırvatistan, Macaristan, Estonya, Litvanya, Makedonya ve Slovakya olarak sayılabilir.⁵³ Uluslararası insan hakları belgeleri incelendiğinde ise EİHB (Madde 27), ESKHS (Madde 15), Ame.İHÖB (Madde 13), Ame.İHS/ESKHP (Madde 14) bilim ve sanat özgürlüğünü birlikte ele almışlardır.

2.1.2.2. Sanat Özgürlüğü Hakkının İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

İfade özgürlüğü, hem bireyin düşüncesini serbestçe oluşturma hakkını garanti altına alır, hem de düşüncüyü ifade etme, yayma, başkalarının düşüncelerine ve her türlü bilgiye ulaşma haklarını kapsar.⁵⁴ Bu nedenle düşüncüyü ifade etmeye yarayan her araç koruma altındadır. Sanatsal faaliyet de düşüncüyü ifade etmeye yarayan araçlardan bir tanesidir, sanatçı ortaya çıkardığı sanat eserini diğer insanlara sunma ve onların faydalanmasına olanak tanıma çabası içerisinde.⁵⁵ Bu bağlamda sanat özgürlüğünü ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alan insan hakları belgelerine AİHS ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni (Bundan sonra MSHS olarak anılacaktır.) örnek

⁵² Nihat Bulut, "Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu", **Erzincan Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.IX, Sayı:1-2, Erzincan, 2005, s.28-31.

⁵³ **The Rebirth Of Democracy: 12 Constitutions Of Central And Eastern Europe**, 2. bs., Council of Europe Publishing, 1995.

⁵⁴ Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı Düşünce Suçuna Karşı Girişim**, İstanbul, Yazihane Yayınları, 2004, s.195.

⁵⁵ Gemalmaz, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXI, Sayı: 7-9, 1987, s.529.

gösterebiliriz. Bu belgelerdeki düzenlemenin temel dayanağı ise ifade özgürlüğünün sanatsal ifadeyi de kapsadığı düşüncesidir.⁵⁶

AİHS'nin 10. maddesi metnine göre ifade özgürlüğünün kapsamı, düşünceyi serbestçe oluşturma ve bunu her türlü araçla açıklayabilme özgürlüğünü içermektedir. Buradaki her türlü aracın içinde sanatsal faaliyet de yer almaktadır. İfade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi konusunda AİHM içtihatlarının yol gösterici bir durumu vardır. Örneğin Mahkeme bir içtihadında şöyle demiştir:

“Başvurucuların biri resim yapma ve sergileme ve diğer dokuzu ise ‘Fri-Art 81’ çerçevesinde ilkinin eserlerini kamuya sunma fırsatını vermek suretiyle ifade özgürlüklerini kullanmışlardır. Madde 10’un özel olarak artistik/sanatsal ifadeyi zikretmediği doğrudur. Ama aynı maddenin ifadenin değişik biçimleri arasında bir ayırım yapmadığı da doğrudur. Madde, özellikle bilgi ve görüşlerin alınması ve yayılması özgürlüğü vurgusuyla, kültürel, siyasal ve sosyal alanda her tür bilginin ve görüşlerin insanlar arasında dolaşımı olanağını temin ederek, sanatsal ifadeyi de kapsamaktadır. Bu yorumun doğruluğunun teyidi, faaliyetleri sanat alanını da kapsayan ‘yayıncılık, televizyon ve sinema işletmeciliği’ne yollama yapan Madde 10 Paragraf 1’in ikinci tümcesinde bulunmaktadır. İfade özgürlüğü kavramının sanatsal ifadeyi kapsadığı yorumunun teyidi, ‘sanatsal form’daki bilgi ve düşünceleri de ifade özgürlüğü hakkının içersinde özel olarak dahil eden Uluslar arası medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Madde 19 Paragraf 2’de de bulunmaktadır”, (parag. 27). Başvurucular açıkça ifade özgürlüklerinin kullanımına ‘bir kamusal makam tarafından yapılan müdahaleden’ mustariptirler. Bir kez, mahkemenin mahkumiyet kararı vardır ve ikinci olarak, bilahare kaldırılmış bulunan resimlere el konulması kararı da verilmiştir.”⁵⁷

Bu içtihatla, her ne kadar madde metninde sanatsal ifadeden bahsedilmemişse de, sanatsal ifadenin de ifade özgürlüğü kapsamında olduğu belirtilmiş, bunun bir teyidi olarak da MSHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen maddesine atıf yapılmıştır.

⁵⁶ Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.201

⁵⁷ Müller v. Switzerland, Aplication No:10737/84,ECHR, Judgment, 24.05.1988, par. 28 Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.201-202.

Eleştirel bir bakış açısı ile birbiriyle çok yakın ilişkisi olmakla birlikte, sanat özgürlüğü ile ifade özgürlüğü haklarının birbirinden bağımsız iki hak olduğunu düşünmekteyim. Hatırlatmak gerekir ki, her ne kadar ifade özgürlüğü sanatsal ifadeyi kapsasa da, sanat özgürlüğü hakkının içeriği yalnızca sanatsal ifadeden ibaret değildir. Yukarıda Sanat Özgürlüğü Hakkı başlığı altında çerçevesi çizilmiş olan hak, sanatsal faaliyette bulunma, sanatın nimetlerinden yararlanma ve kişinin yaratıcısı olduğu sanat eserinden doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma haklarını kapsamaktadır. Sanatsal ifadenin korunması ise bu haklardan yalnızca sanatsal faaliyette bulunma hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Bu bağlamda Türkiye için olumlu bir durum, Anayasamızda her iki hakkın ayrı düzenlenmiş olmasıdır. Anayasamızın 25. Maddesi düşünce özgürlüğünü şöyle düzenlemiştir:

“Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”⁵⁸

Yine Anayasamızın Düşünceyi Açıklama Ve Yayma Hürriyeti başlıklı 26. Maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi; *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.”* diyerek düşünceyi açıklama yollarının neler olduğunu sıralanmış ve bu yolları koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere bu yolların arasında sanatsal faaliyet de yer almaktadır. Bu hüküm AİHS madde 10 ve MSHS Madde 19’a eş bir düzenleme içermektedir. Hemen devamındaki 27. maddede ise bilim ve sanat özgürlüğünü düzenlemiştir. Burada karşımıza çıkan sorun, sanatsal faaliyette bulunma hakkı açısından 26. ve 27. maddelerden hangisinin esas alınacağıdır. Bu sorunu şöyle bir bakış açısı ile ortadan kaldırabiliriz: Esas alınması gereken nokta bu her iki maddenin neyi koruma altına aldığıdır. 26. madde düşünceyi açıklama ve yayma yollarını değil bu eylemin kendisini koruma altına alır, yani koruduğu hukuksal alan ifade özgürlüğüdür. Bu ayrımı Prof. Scott Davidson “ifade aracı konudan bağımsızdır” diyerek vurgulamıştır.⁵⁹

⁵⁸ T.C. Anayasası Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG. Tarih: 09.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

⁵⁹ Scott Davidson, **The Inter-American Human Rights System**, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, s. 311.

Sanatsal faaliyet ise ifade özgürlüğünün kullanıldığı yollardan biridir. 27. maddedeki sanatsal faaliyet ise hakkın kullanılış yolunu değil hakkın konusunu teşkil eder. Yani 27. maddenin koruduğu hukuksal alan ifade şekillerinden biri olan sanatsal faaliyetin kendisidir.

2.1.2.3. Sanat Özgürlüğü Hakkının Fikri Mülkiyet Hukuku ile İlişkisi

Fikri mülkiyet hukuku bir özel hukuk dalıdır; kişinin maddi olmayan malları üzerindeki mülkiyet hakkını koruma altına alır. Bu hak sınırsız ve mutlak bir haktır, hak sahibi bu haklarını herkese karşı ileri sürebilir ve dilediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Maddi olmayan mallar ise insan aklının ortaya çıkardığı, ticarete konu olabilen fikri ürünlerdir. Bu ürünün sahibi, eser sahibi, patent sahibi, tasarımcı ya da marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi ayırt edici adın veya işaretin sahibidir.⁶⁰ Fikri mülkiyet hukukunun sağladığı bu koruma ürün sahibine tekelci ve ülkesel nitelikte haklar sağlar.⁶¹

Bu hukuk dalının fikri mülkiyet haklarını koruma altına almasının sebebi, çeşitli buluşlarla hayatı kolaylaştıran ya da görsel ya da düşünsel dünyaya katkıda bulunan kişiyi yeniliğe olan katkısından dolayı ödüllendirmek ve diğer insanları da bu faaliyetlere teşvik etmektir.⁶² Bu hukuk dalının çerçevesi ise fikri ve sınai haklardan oluşmaktadır. Fikri hak denildiğinde kişinin ilim, edebiyat, müzik ve sinema eserlerinden oluşan fikri ürünler anlaşılmaktadır. Uygulamada fikri hak yerine telif hakkı deyimi de kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, patent, marka ve tasarımlar ise sınai haklar olarak değerlendirilmektedir. Tüm bu hakları düzenleyen hukuk dalının ismi olarak ise fikri mülkiyet hukuku (intellectual property law) kavramı kullanılmaktadır.⁶³ Bu ayrıma paralel bazı yazarların görüşlerine göre ise fikri mülkiyet hukuku, fikir unsurunun ön planda olmasına ya

⁶⁰ Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Bası, 2002, s. 10-17.

⁶¹ Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 5.

⁶² Aslan, a.e., s. 8.

⁶³ Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 94-96.

da fikri ürünün sanayi ile ilgili olmasına göre fikri mülkiyet (telif hakları) ve sınai mülkiyet olarak iki dala ayrılır. Bu görüşe göre fikri mülkiyet yalnızca fikir ve sanat eserlerini kapsamakta; markalar, endüstriyel tasarımlar, patentler ve faydalı modeller, coğrafi ad ve işaretler sınai mülkiyet kapsamına girmektedir.⁶⁴ Bu durumda fikri mülkiyet hukukunun sanat özgürlüğü hakkı ile bağlantılı kısmını fikri mülkiyet yani telif hakları oluşturur.

Fakat yukarıda açıklanan tüm bu terimsel ayrımlara rağmen, WIPO (World Intellectual Property Organisation) olarak adlandırılan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün Stockholm Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, *“Fikri mülkiyet kavramının; edebiyat, sanat ve bilim eserlerini, icracı sanatçıların, yapımcıların ve yayın kuruluşlarının, sınai tasarımların, ticaret ve hizmet markalarının, ticari unvan ve tasarımlar ile haksız rekabete karşı korumayı içerdiği”* hükme bağlanarak, fikri ve sınai mülkiyet ayrımı olmaksızın, fikri çaba sonucu gerçekleştirilmiş ürünlerin hepsini fikri mülkiyet kavramı altında toplanmıştır.⁶⁵

Fikri haklarının kapsamını edebiyat, müzik, mimari ve tüm güzel sanat eserleri oluşturur. Zaman içinde bu kapsama bilim ve sinema, uygulama sanatları, koreografi ve pantomim de girmiştir. Dolayısıyla fikri haklar başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer konu da “eser” kavramıdır. Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'na⁶⁶ göre fikir ve sanat eseri (eser), eser sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden birisi içine giren her nevi fikir ve sanat mahsulüdür (FSEK madde1/B(a)). Dolayısıyla fikir ve sanat ürünlerinin eser kabul edilerek korunabilmesi için ise sahibinin hususiyetini taşıması, Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen eser türlerinden birinin içine girmesi ve son olarak fikri çabanın ürünü olması gerekir. Hatırlatmakta yarar var ki; Sanat Kavramı ve Tanımı başlığı altında sanat eserini, sanatçının estetik kaygı taşıyan faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan özgün ürün olarak tanımlamıştık. Fikri hakların kapsamı konusunda değinilmesi gereken bir diğer önemli husus ise mali ve manevi nitelikli haklardır. Fikri hakların sahibine bahsettiği yetkilerden para ile ölçülebilenler mali haklar, parayla ölçülemez nitelikte olanlar ise manevi haklar olarak

⁶⁴ İlhan Öztrak, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1971, s.4.

⁶⁵ Deniz Muşlu, **Fikir ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı**, İstanbul Barosu Dergisi Yayınları, C.LXXXI, Sayı:1, 2007, s.95-104.

⁶⁶ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, RG. Tarih: 13.12.1951, Sayı: 7981.

değerlendirilir. Mali haklar eser sahibinin mal varlığına dahil iken, manevi haklar ise şahıs varlığına dahildir.⁶⁷

Fikri mülkiyet hukuku bir özel hukuk dalıdır. Bu nedenle fikri mülkiyet hakları devredilebilir, rehnedilebilir, intifa hakkının konusunu oluşturabilir, mirasla geçer, bu haktan vazgeçilebilir. Ayrıca medeni hukuk içerisinde, kişi hukuku, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiillere ilişkin hükümler bu dalda da uygulanabilir. Fikri mülkiyet hukukunun ticaret hukuku ile bağlantısını ise haksız rekabet hükümleri oluşturur.⁶⁸

Türk Hukukunda fikri mülkiyet haklarına ilişkin ilk düzenleme 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi'dir. Bu belge ile ilk defa eser sahiplerine telif hakkı tanınmıştır. İlk Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu ise 1910 tarihli "Hakkı-ı Telif Kanunu" dur. Bu kanunun yerini ise Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in hazırladığı 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) almıştır.⁶⁹

Anayasal düzlem incelendiğinde ise Anayasamızda, fikri mülkiyet haklarına ya da sanat özgürlüğü hakkının kapsamında değerlendirilen herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkına dair herhangi açık bir düzenleme görülmemektedir. Bu nedenle eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilebilir. Nitekim fikri mülkiyet haklarının anayasal dayanağının Anayasamızın 35. Maddesinde düzenlenmiş olan "mülkiyet hakkı" olduğunu savunan görüşler vardır. Bu görüşlere göre mülkiyet hakkının kapsamını sadece maddi ve cismani mallar oluşturmaz, bu hakkın kapsamının geniş yorumlanması gerekmektedir.⁷⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 2004/81E. 2008/48 K. sayılı ve 31.01.2008 tarihli kararında "*Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrîmaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrîmaddi mallar kapsamında yer almaktadır.*" denilmiştir.⁷¹

⁶⁷ Ateş, a.e., s. 97-98.

⁶⁸ Muşlu, a.e., s.32-34.

⁶⁹ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s.79.

⁷⁰ Nüşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, 2. bs., Ankara, S Yayınları 1981, s.14.

⁷¹ RG. Tarih: 20.03.2008, Sayı: 20822.

Fikri mülkiyet hakları uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Bunun başlıca örnekleri ise, 1886 Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi (Türkiye bu Sözleşmeye taraftır⁷²), 1989 Montevideo Sözleşmesi, 1910 Buenos Aires Sözleşmesi, UNESCO öncülüğünde hazırlanan 1952 Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi (Universal Copyright Convention) olarak sayılabilir.⁷³ Bu uluslararası korumanın Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku alanındaki ayağını ise yukarıda bahsi geçen ESKHS Madde 15/1-c, EİHB Madde 27/2, Ame.İHÖB Madde 13/2 ve Ame.İHS/ESKHP Madde 14/1-c hükümleri oluşturur. Bunun yanı sıra, UNESCO belgelerinden Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmının 18. paragrafı *"kültürel yaratıcılık faaliyetinin sürdürülmesinde fikri mülkiyet haklarının öneminin bilincinde"* olduğunu belirtmiştir.⁷⁴ Bu da fikri mülkiyet hakları ile sanat özgürlüğü hakkının bağlantısının göstergelerinden bir tanesidir.

Sanat özgürlüğünün çerçevesi; sanatçının ürününü yaratabilmesi için çeşitli bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşabilmesi, bunun için gerekli hukuksal olanaklara ve güvencelere sahip olması, oluşturduğu birikim ve donanımı kullanarak bir sanat ürününü ortaya çıkarabilmesi ve ortaya çıkan sanat ürününü sergileyebilmesi, öğretebilmesi, kişilerin yararlanımına sunabilmesi ve eleştiriye açıp savunusunu yapabilmesinden ibarettir. Fikri mülkiyet haklarının çerçevesi ise sanatçının yarattığı ürün üzerindeki maddi ve manevi haklarını korumaktır. Buna göre sanat özgürlüğü hakkı sanatçının sanat eseri oluşturabilmesi ve bunu sergileyebilmesi için geçeceği aşamalarda sanatçıyı korumayı hedeflerken; fikri mülkiyet hukuku ise sanatçının sanat ürününü ortaya çıkardığı andan itibaren başlar ve sanatçının bu ürün üzerindeki maddi ve manevi haklarını koruma altına alır. Fakat Sanat Özgürlüğü Hakkı başlığı altında bu hakkın kapsamına giren bir

⁷² 4117 sayılı Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, RG. Tarih: 12.07.1995, Sayı: 22341.

⁷³ Tekinalp, **a.g.e.**, s.63-67.

⁷⁴ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) resmi İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi)

http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 07.09.2010, Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz,

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.1307-1334.

hakka daha değinilmiştir ki bu ‘herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı’dır. Bu hakkı, fikri mülkiyet hakkı olarak ya da bir insan hakkı olarak değerlendiren yorumlar mevcuttur.

Bu hak da fikri mülkiyet hakları gibi sanatçının eserinden doğan maddi ve manevi haklarını koruma altına almasına rağmen iki hakkın birbirinden temelden ayrıldığını kabul eden uluslar arası düzenlemeler mevcuttur. Bu iki hak arasındaki fark BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 17. Genel Yorumunda ele alınmıştır. Bu Yorumun “Giriş Ve Temel Önergeler (Introduction And Basic Premises)” başlıklı giriş kısmında ESKHS Madde 15/1-c’de düzenlenen ‘herkesin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal eserden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı’nın tüm insanların özünde var olan değer ve haysiyetten kaynaklanan bir insan hakkı olduğu ve bu özelliği ile fikri mülkiyet haklarından ayrıldığı belirtilmiştir.⁷⁵ Daha sonra fikri mülkiyet hakları ile insan haklarının arasındaki fark şöyle ortaya konulmuştur:

“İnsan hakları bireylere ve bazı durumlarda grup ya da topluluklara ait olan temel devredilmez ve evrensel haklardır. İnsan hakları kişiye özeldir; fikri mülkiyet hakları ise toplumun tümünün yararına olacak yaratıcılığın teşvik edilmesine, yaratıcı ve yenilikçi ürünlerin yayılmasının teşvik edilmesine ve aynı zamanda kültürel kimliklerin geliştirilmesine ve bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerin bütünlüğünün korunmasının sağlanmasına çabalar (par. 1).

İnsan haklarının aksine fikri mülkiyet haklarının geçici bir doğası vardır ve feshedilebilir, ruhsatlanabilir ya da başkasına devredilebilir. Çoğu fikri mülkiyet hakkı sistemi altındaki fikri mülkiyet hakları, manevi menfaatler dışında, tahsis edilebilir, zaman ve kapsam içinde sınırlandırılabilir, ticareti yapılabilir, değiştirilebilir ve hatta düşürülebilirken, insan hakları ise bireylerin temel yetkilerinin sonsuz beyanlarıdır. Madde 15/1-c korunmasından yararlanmayı sağlayan insan hakkı, sanatçıların yapıtlarıyla arasındaki ve halkların, toplumların ya da diğer grupların müşterek kültürel miraslarıyla arasındaki kişisel bağlantıyı, aynı zamanda sanatçıların uygun yaşam standartlarına sahip olmasına imkan

⁷⁵ General Comment No 17, Introduction And Basic Premises, par. 1.

sağlayacak temel maddi menfaatleri muhafaza ederken, fikri mülkiyet rejimi ise öncelikli olarak işletme ve şirketlerin haklarını ve yatırımlarını korur (par. 2).⁷⁶

Yukarıda kabul edildiğinin aksine herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkının fikri mülkiyet hakkı olduğu ve bu hakkın ulusalüstü insan hakları belgelerinde düzenleme altına alındığı için temel mülkiyet haklarından farklı bir nitelikte, bir insan hakkı olarak değerlendirildiği görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerin temellendirilmesi ise klasik mülkiyet haklarının fikri mülkiyet haklarının niteliğini açıklamakta ve bu haklara sağlanacak korumada yetersiz kalması olarak gösterilebilir. Bu durumdan anlaşılmaktadır ki fikri mülkiyet hakları klasik mülkiyet haklarından farklı bir niteliğe sahiptir ve bu durum ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerini hazırlayanların da gözünden kaçmamıştır. Nitekim, Ame.İHÖB ve EİHB, klasik mülkiyet hakkına ayrıca yer vermiş olmasına rağmen fikri mülkiyet haklarını kültürel hakları düzenleyen maddelerde koruma altına almıştır. Ayrıca Kültürel Çeşitlilik Hakkında UNESCO Evrensel Bildirisi'nin⁷⁷ 8. Maddesinde yaratıcı çalışmaların sadece bir tüketim eşyası olarak görülmemesi, kültürel nitelikleri nedeni ile bunların özgürlüklerine özel bir özen gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸

2.1.2.4. Sanat Özgürlüğü Hakkının Basın Özgürlüğü ile İlişkisi

Basın, düşünce, haber ve yorumların halka ulaşmasını, kamuoyunun oluşmasını sağlayan önemli bir araç; dolayısıyla halkın devlet üzerindeki denetimini sağlaması fonksiyonu nedeni ile bir ödevdir. Aynı zamanda basın, bireyin iç yaşamının dış dünyaya açılmasını sağlayan, yazı konuşma, sanatsal faaliyette bulunma gibi ifade şekillerinden biridir. Tüm bu nedenlerle basın

⁷⁶ General Comment No.17, Introduction And Basic Premises, paras. 1-2. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

⁷⁷ 02.11.2001 tarihinde UNESCO Genel Konferansının 31. Oturumunda kabul edilen Kültürel Çeşitlilik Hakkında UNESCO Evrensel Bildirisi (UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity) İngilizce metni için bkz. www.unesco.org/culture, Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt Uluslar arası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 1297.

⁷⁸ Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda sunulmuş ve kabul edilmiş doktora tezi, 2008, s. 273-299.

özgürlüğü ulusal ve ulusalüstü insan hakları düzleminde koruma altına alınmış bir haktır.

Ulusalüstü düzlemde basın özgürlüğü konusunda değineceğimiz ilk belge, ifade özgürlüğünü düzenleyen Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesidir. Bu maddeye göre herkes, görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğüne sahiptir. (AİHS, Madde 10)

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi de ifade özgürlüğünü ve bunun özelinde bilgi edinme, basın ve sanat özgürlüğünü içermektedir. Bu maddeye göre *“herkes, ifade özgürlüğü hakkına ve sözlü, yazılı, basılı, sanatsal bir formda ya da başka herhangi bir yolla her türlü bilginin ve düşüncenin araştırılması, edinilmesi ve yayılması hakkına sahiptir.”* (MSHS Madde 19)

Burada basın özgürlüğünün yanı sıra sanat özgürlüğü ile bağlantılı bir diğer hak, bilgiye ulaşma hakkıdır. Bilgiye ulaşma hakkı gerek sanatçıların sanatsal faaliyette bulunabilmek için gerekli donanıma sahip olması gerekse muhatapların sanat eserlerine ulaşabilmesi için önem arz etmektedir. Bu konu ile ilgili Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1981 tarihli “Kamu Makamlarının Sahip Olduğu Bilgiye Ulaşma Hakkında Tavsiye Kararı (*Recommendation No. R (81) 19 of the Committee of Ministers to Member States on the Access to Information Held by Public Authorities*)”⁷⁹, basın özgürlüğü ile bağlantılı bilgiye ulaşma hakkı konusunda, bilgiye ulaşmayı güvence altına alacak, etkin ve elverişli yöntemler sağlanmasını devletlerin sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁰ Bir diğer belge olan, Kitle iletişim Araçları Temel İlkeler Bildirisi'nin 2. maddesinde “halkın bilgiye erişim hakkı” vurgulanmaktadır. Kitle iletişim araçları günümüzde bilgi iletişiminin yanında sanatsal ve kültürel faaliyetlerin de iletişimini sağlamaktadır. Bu bağlamda Kitle iletişim Araçları Temel Bildirisi, sanatsal faaliyetlere erişim hakkı ile sanat özgürlüğünün kişiler tarafından sanatsal faaliyetleri serbestçe öğrenme ve bunlara katılması şekli ile bağlantılıdır. Türk mevzuatında bilgi edinme hakkı

⁷⁹ R (81) 19 sayılı Kamu Makamlarının Sahip Olduğu Bilgiye Ulaşma Hakkında Tavsiye Kararı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 340. toplantıda 25 Kasım 1981 tarihinde kabul edilmiştir.

⁸⁰ Süleyman Sözen, Bülent Algan, **İyi Yönetişim**, İç İşleri Bakanlığı Genel Yayın No:654, Ankara, Pozitif Matbaacılık, 2009, s.21, (Çevrimiçi) http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/iyi_yonetisim.pdf, 23.08.2010.

incelendiğinde 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁸¹ karşımıza çıkmaktadır. Bu kanunun 4. Maddesinde her ne kadar “*herkes bilgi edinme hakkına sahiptir*” dense de çeşitli kanunlar ve uygulamalar bu hakkı işlevsiz hale getirmektedir. Buna örnek olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁸² 1020. maddesinde “*tapu sicili herkese açıktır*” denmekle birlikte hemen altında “*ilgisini inanılır kılan herkesin*” bu haktan yararlanabileceğini dile getirmiştir.⁸³ Buradaki inanılır kılma kriterinin ne olduğu tamamen ilgili memurlukların takdirine bırakılmıştır. Nitekim bu takdir yetkisinin uygulamada hakkın işlevini yitirecek şekilde yorumlandığını görmekteyiz. Buna benzer bir düzenleme de 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun⁸⁴ 2. maddesidir. Bu maddede şöyle denmektedir:

“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.”

Fakat uygulamada avukatlar bu hakkın kullanılmasında birçok zorlukla karşılaşmaktadır. Bunun bir göstergesi olarak bir avukatın vekil olduğu dosyadan fotokopi alma yetkisinin adli personel tarafından kısıtlanması nedeni ile İstanbul Barosu Başkanlığının Bakırköy Adalet Komisyonu Başkanlığına yazdığı 21.05.2010 tarihli ve 24630 Gündem sayılı yazısında, iş yoğunluğu, personel eksikliği gibi gerekçelerle müdafî ve vekillerinin dosya incelemeleri yetkilerini kısıtlayan idari uygulamanın sonlandırılması talep edilmesini gösterebiliriz.⁸⁵ Bu açıklamalar ışığında Türkiye’de bilgi edinme hakkı mevzuatının ve uygulamasının yeterli olmadığı, bu yetersizliğin sanatın nimetlerinden yararlanma ve sanatsal faaliyette bulunabilmek için gerekli donanıma sahip olabilme haklarının kullanımını da işlevsiz hale gelebileceği sonucuna varılabilir.

⁸¹ 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, RG. Tarih: 24.10.2003, Sayı: 25269.

⁸² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG. Tarih: 08.12.2001, Sayı: 24607.

⁸³ Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.254-255.

⁸⁴ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, RG. Tarih: 07.04.1969, Sayı: 13168.

⁸⁵ İstanbul Barosu Aylık Bülteni, Temmuz-Ağustos 2010 Sayısı, Yıl:7 Sayı:80, s.29.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, 12 Şubat 2004 tarihinde yapılan 872. Bakan Delegeleri Komitesi toplantısında kabul edilen “Medyalarda Siyasal Tartışma Özgürlüğü Bildirisi” ile düşünce ve görüşlerin çeşitliliğini yansıtmaya elverişli olacak şekilde bağımsız ve özerk bir medya oluşturulmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur.⁸⁶

Basın yayın özgürlüğü konusunda uluslararası düzenlemelerin yanı sıra ulusal düzenlemeler de mevcuttur. Bunlar T.C. Anayasası Madde 26’da düzenlenmiş olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile Madde 28’de düzenlenmiş olan basın hürriyeti, Basın Kanunu hükümleri ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun⁸⁷ hükümleri ve ilgili yönetmeliklerdir.

T.C. Anayasası’nın Basın Hürriyeti başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında, “*Basın hürdür, sansür edilemez. Basım evi kurmak izin alma ve mali teminat yaratma şartına bağlanamaz.*” denilmek suretiyle basında çıkacak haber ve yazıların, basın ve yayımdan önce denetlenmesi yasaklanmıştır. Maddenin 2. ve 3. fıkralarında, Devletin, basın ve haber alma özgürlüklerini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü olduğu ve bu konudaki sınırlamaların Anayasa’nın 26 ve 27. Maddelerine göre yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin 4. fıkrasında ise “Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye veya ayaklanmaya ya da isyana teşvik eden nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı yazarlar, basanlar ya da bastırılanlar” hakkında bu suçlara ait kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Maddenin 5. fıkrasında, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için hakim tarafından verilen kararlar hakkında yayım yasağının konamayacağı belirtilmiştir. Maddenin 6. ve 8. fıkralarında, 5. fıkroda belirtilen hususlar çerçevesinde süreli yayınların toplatılabileceği ve bu yayınları basan basım evlerinin kapatılabileceği hususları düzenlenmiştir.

⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Medyalarda Siyasal Tartışma Özgürlüğü Bildirisi (Declaration on Freedom of Political Debate in the Media Turkish version) Resmi çevirisi için bkz., (Çevrimiçi) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/turkish/Dec\(2004\)PoliticalDebate_tr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/turkish/Dec(2004)PoliticalDebate_tr.pdf), 23.08.2010.

⁸⁷ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RG. Tarih: 20.04.1994, Sayı: 21911.

T.C. Anayasası'nın 27. maddesini hatırlayacak olursak, bu madde, herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma ve bu alanda her türlü araştırma yapma hakkına sahip olduğunu belirtmekte idi. Basın ve yayın özgürlüğünün sanat özgürlüğü ile bağlantısı da sanatı serbestçe açıklama ve yayma noktasında karşımıza çıkmaktadır. Sanat eserini toplumun beğenisine ve eleştirisine sunma hakkına sahip olan sanatçı bunu yaparken kitle iletişim araçlarını kullanır. Dolayısıyla sanatın yayılması konusunda basın, yayın, radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçlarının önemi büyüktür.⁸⁸

2.2. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ KAPSAMI

2.2.1. Öznesi Bakımından Sanat Özgürlüğü Hakkının Kapsamı

T.C. Anayasası Madde 27 hükmünde, sanat özgürlüğü hakkının sanatsal bir faaliyette bulunmak isteyen herkese tanınan bir temel hak olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 64. maddesinde devletin sanatsal faaliyeti koruyacağı ve destekleyeceği hükmü yer almaktadır. Bu madde ile bir kurum olarak sanat devlet tarafından koruma altına alınmıştır. Fakat 27. maddede koruma altına alınan bireysel yaratıcılık ve sanatsal faaliyette bulunabilme temel hakkıdır. 27. maddede *“herkes”* ve *“hakkına sahiptir”* kelimelerinin kullanılması bu hakkın öznesi bakımından kapsamının belirlenmesinin gerekliliği durumunu ortaya çıkarmaktadır.

Madde metnindeki *“herkes”* kelimesinden anlaşılan vatandaş ya da yabancı; gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmadan bu haktan faydalanmak isteyen tüm bireylerin anayasal koruma altında olduğudur. Dolayısıyla hakkın kapsamı tespit edilirken madde metnindeki *“herkes”* kelimesinin geniş yorumlanması gerekmektedir.

Sanat özgürlüğü hakkının çerçevesini hatırlayacak olursak, bu hak; sanatsal etkinlikte bulunacak olan kişinin yaratıcı faaliyetinin oluşumu için gerekli donanıma sahip olabilme, oluşturduğu donanımı serbestçe ortaya çıkarabilmesi ve sanatsal ürününü kendi dışındaki kişilerin yararlanımına sunabilme olanaklarından

⁸⁸ Kayıhan İçel-Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku Basın Radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet**, Yenilenmiş 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s.36-90.

oluşmaktadır. Bu olanakların etki alanına giren kişiler ise sanatsal faaliyette bulunan sanatçılar, sanatsal faaliyetten faydalanan, yararlanımına ve eleştirisine sunulan muhataplar ve sanatsal ürünü muhataplara ulaştıran araçlardır.

2.2.1.1. Sanatçılar

Sanat özgürlüğü hakkının koruduğu ilk kişi sanatçılardır. Sanatçı nitelendirmesi ile koruma altına alınan kişiler, sanatsal faaliyette bulunan herkeştir. Dolayısıyla sanat özgürlüğü hakkına sahip olanlar yalnızca hayatını sanatsal faaliyetlerden kazanan, sanatsal faaliyeti meslek olarak edinen kişiler değildir. Sanatsal faaliyette bulunmak isteyen herkes bu temel hakkın koruması altındadır. Dolayısıyla hobi amaçlı olarak da olsa sanat eseri üreten herkes anayasal anlamda sanatçı kavramının kapsamına girmektedir.

Fikri Mülkiyet Hukuku sisteminde eser sahibi, eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanmaktadır. Buradan hareketle sanatçının da sanat ürününü meydana getiren kişilerden ibaret olduğu sonucuna ulaşılabilir. Fakat kimi zaman sanatçı doğrudan bir sanat eserini meydana getiren kişi olmayabilir. 5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80/1. maddesinin ilk fıkrasında 'eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar ile bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa test eden fonogram yapımcıları ile radyo ve televizyon kuruluşlarının hakları'ndan bahsetmektedir. Bu kişiler de Anayasa'nın 27. maddesindeki sanat özgürlüğü hakkının öznesini oluşturmaktadırlar.

Sanatçı kavramının içinde ayrıca incelenmesi gereken bir alt dal da 'icracı sanatçı' kavramıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere FSEK icracı sanatçıları, eseri özgün bir şekilde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli şekilde icra eden sanatçılar olarak tanımlamıştır. İcra sanatçıları birey ve topluluk halinde icracılar olarak ayırmak gerekir. Birinci grupta şarkıcı, virtüöz, oyuncu, dansçı, koreograf, yönetmen gibi icrayı tek başına gerçekleştiren sanatçıları sayabiliriz. İkinci grupta ise orkestra, koro, tiyatro ya da dans toplulukları gibi toplu halde icrayı gerçekleştiren sanatçılar yer almaktadır. Bir eseri icra etmek, yorumlamanın varlığı

halinde mümkün olur; bir eseri özgün bir şekilde yorumlamadan nakledenler icracı sanatçı kategorisine girmemektedirler.⁸⁹ İcracı sanatçılar mevcut bir sanat eserini yorumlayarak tekrar özgün bir biçim kazandırdığından meydana getirdiği sanat eseri yaptığı yorum olarak kabul edilir ve bu sıfatı ile sanat özgürlüğü hakkının öznesi bakımından kapsamına sanatçı nitelendirmesi ile dahil olur.

2.2.1.2. Aracılar

Anayasanın 27. Maddesi gereği sanat özgürlüğü, sanat eseri meydana getirme faaliyetinin yanı sıra bu eseri yayma faaliyetini de içerir. Buna göre, sanatçının eseri ile toplum arasındaki bağlantıyı kuran kişiler de ‘aracı’ niteliği ile sanat özgürlüğü hakkının öznesi bakımından kapsamına dahildirler. Aracılar gerçek ve tüzel kişilerden oluşabilir. Aracıları; fonogram yapımcıları, radyo televizyon kuruluşları – yayın yapımcıları ve film yapımcıları olarak sınıflandırabiliriz.

2.2.1.2.1. Fonogram Yapımcıları

FSEK Madde 80’e göre fonogram yapımcıları, *“bir icra ürünü olan (sesleri) veya sair sesleri ilk defa tespit eden yapımcılar”* olarak tanımlanmıştır. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin⁹⁰ 4/c maddesinde ise *“sözlü ya da sözsüz tüm eserlerin ilk tespitini yapan ve burunun hukuksal sorumluluğunu yüklenen kişi”* olarak tanımlanmıştır. FSEK Madde 1/b’de fonogramın tanımı *“sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses ve tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya esas temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı, fiziki ortamıdır”* şeklinde yapılmıştır.

Fonogram yapımcıları gerçek ve tüzel kişilerden oluşabilir. Türkiye’de fonogram yapımcılarının bir araya gelerek kurdukları bir meslek birliği de mevcuttur. Bu birlik FSEK Madde 42 gereğince kurulmuş olan Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği’dir (MÜ-YAP) ve bu birlik Uluslararası Fonogram Endüstrisi Birliği’nin üyesidir. Fonogram yapımcılarının görevi bütün yasal izinleri

⁸⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s.233-234.

⁹⁰ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, RG. Tarih: 16.11.1997, Sayı:23172.

alıp, bedellerini ödeyerek plak, kaset, CD, DVD gibi taşıyıcıların tespitiinin yapılması ve bedeli karşılığında dinleyicilere ulaştırılmasıdır.

Fonogram yapımcıları ses eserlerinin toplumla buluşmasını sağlayan aracı niteliğinde olduğu için sanat özgürlüğü hakkının öznesi bakımından kapsamı içerisine dahil olmaktadır.

2.2.1.2.2. Radyo Televizyon Kuruluşları / Yayın Yapımcıları

Radyo ve televizyon kuruluşları, yayın yapan kamu ve özel hukuk tüzel kişileridir. Bu kişiler 3984 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun⁹¹'a tabidirler. Radyo ve televizyon kuruluşları ve yayın yapımcıları, yayını üzerinde mutlak hakka sahiptir. Bu hakkın kapsamı, yayınların tespit edilmesi, tespitlerin çoğaltılması, her türlü araçla yayınlanması, girişi ücrete tabi yerlerde gösterilmesine izin verilmesi ya da yasaklanmasından ibarettir. Yayın kavramı tanımlanacak olursa, hem radyo ve televizyon kuruluşunun ürününün adı, hem de onun iletilmesidir. Bu nedenle ürün bazen eser niteliği taşıırken bazen de fikri mülkiyet hukukundaki bağlı haklar kapsamında koruma altına alınır.⁹² Yapılan yayın sanat eseri niteliğinde ise doğrudan sanatçı sıfatı ile; ya da mevcut eserleri yayınlarak topluma ulaştıran niteliğinde ise aracı sıfatı ile karşımıza çıkar. Her iki durumda da radyo ve televizyon kuruluşları sanat özgürlüğü hakkının öznesi bakımından kapsamına dahildir.

2.2.1.2.3. Film Yapımcıları

Film yapımcısı, *“sinema eserini, sermayesi ve işletmesel örgütlenme gücü ve yeteneği ile gerçekleştirip, filme yani şerit üzerine tespit eden kişidir; gerçek veya tüzel kişi olabilir.”*⁹³ FSEK’nda tanımlanan eser sahibi; yönetmen, senaryo ve diyalog yazarları ve özgün müzik bestecisi ile varsa, roman ve hikaye yazarı gibi eserleri kullanılan sanatçıları kapsar. Film yapımcıları ise eser meydana getirmeyip eserin

⁹¹ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RG. Tarih: 20.04.1994, Sayı: 21911.

⁹² Tekinalp, a.e., s.243.

⁹³ Tekinalp, a.e., s.244.

tespitini ve kitlelere ulaşmasını sağladığından aracı niteliği ile sanat özgürlüğü hakkının öznesini oluşturur.

2.2.1.3. Muhatap

Muhatap, sanat eserinin yöneldiği ve sanat eserinden faydalanan kitleyi ifade eder. Bu kitle sanat eserinin niteliğine göre izleyici, okuyucu ya da dinleyici olabilir. Anayasanın 27. Maddesindeki sanatı serbestçe açıklama ve yayma ifadesinden anlaşılan sanat eserini başkalarının yararlanımına, öğrenmesine ve eleştirmesine sunabilme faaliyetlerinin de sanat özgürlüğü hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu bağlamda sanat eserinin yayılacağı kitlenin bu esere ulaşma haklarının kısıtlanması demek, sanatçının eserini yayma hakkının kısıtlanması ile aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle sanat özgürlüğü hakkının koruma alanını iki taraf açısından da düşünerek; hakkın öznesi bakımından kapsamını, hem eseri yayan, hem de esere ulaşan olarak çizmek gerekmektedir.

2.2.2. Sanat Eserinin Niteliği Bakımından Sanat Özgürlüğü Hakkının Kapsamı

İnsandaki yaratımın biçimle birleşmesiyle sanat ortaya çıkar. Sanat eseri bir sanatçının duygu ve fikirlerini ifade ediş şeklidir. Bu nedenle sanatsal faaliyet; sanat eseriyle muhataplara iletmeye çalışılan ana fikri, sanat eserinin konusunu, sanatçının üslubu ve sanat eserinin biçimini kapsar.⁹⁴ Bu nedenle sanat özgürlüğü hakkı da sanatsal faaliyetin tüm bu yönlerini koruma altına alır.

2.2.2.1. Biçim

Her sanat eserinde mutlaka duyularla algılanabilen bir biçim vardır. Bu biçim sanatçının bir dizi çalışmasıyla ortaya çıkar.⁹⁵

Sanat özgürlüğü hakkının, kimi zaman sanat eserinin biçimi nedeni ile kısıtlandığını görmekteyiz. Buna örnek olarak Türk heykel sanatçılarından Zafer

⁹⁴ Fischer, a.g.e., s. 115-178.

⁹⁵ Şişman, a.g.e., s.195.

Sarı'nın yaptığı 'Aşk Yağmuru' isimli heykelin, konulduğu Kemer ilçe merkezindeki kavşaktan müstehcen olduğu iddiasıyla kaldırılmasını gösterebiliriz. Bu eserde erkek figürü kadın figürünü belinden tutarak havaya kaldırmış şekilde görülmektedir. Eser biçim bakımından müstehcen bulunarak sergilendiği yerden kaldırılmış; fakat yargı makamı heykelin yerine tekrar konulmasını karara bağlamıştır.⁹⁶

Yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi sanatçılar, oluşturduğu sanat eserinin biçimi nedeniyle de çeşitli kısıtlamalara ve hatta mahkumiyet kararlarına maruz kalmaktadır. Oysaki, sanat özgürlüğü hakkı, sanatçının eserinin biçimini özgürce oluşturabilmesini de koruma altına almaktadır.

2.2.2.2. Öz

Öz kavramı konu seçiminden başlar ve anlama kadar tüm özellikleri kapsar. Sanat eserinin içeriği işlediği konudur. Öz ise konunun ele alınış şekli, nasıl ifade edildiğidir. Aynı konuyu işleyen sanatçılar görüş, duygu ve düşünce farklılıklarının esere yansması sonucunda farklı sonuçlara ulaşırlar.⁹⁷ Sanat özgürlüğü hakkının koruma alanına seçilen konu ve öz de girmektedir. Sanat bir ifade şekli olduğundan ifadenin ele alınış şeklinin ve sonuçlarının yanı sıra ifadenin kendisi de koruma altındadır.

Ülkemizde birçok edebiyat eseri, öz, içerik ve konuları itibariyle Türk Ceza Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu gibi kanunların belirli hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle yargılama konusu olmuşlardır.⁹⁸ Bu yargılamaların dayanağı çoğu zaman eserlerdeki konu ya da eserlerin ana fikridir ve bu yargılamalar çoğu zaman öz ve içeriğin daha belirgin olduğu edebi eserlerde karşımıza çıkmaktadır.

⁹⁶ Heykelin yerinden kaldırılması ve sanatçının izni olmadan başka bir yere konulması ile ilgili açılan iki ayrı dava birleştirilerek 2009/432-673 E. sayılı dosyası ile görüp karara bağlayan Antalya 2. İdare Mahkemesi, heykelin aynı konsept içinde aynı yere tekrar konulmasına karar vermiştir.

⁹⁷ Şişman, **a.g.e.**, s.195-196.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Bağımsız İletişim Ağı Medya Gözlem Raporları, (Çevrimiçi) <http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/119085-bia-medya-gozlem-raporlari>, Türkiye Yayıncılar Birliği Yayınlama Özgürlüğü Komitesi Yayınlama Özgürlüğü Raporları, (Çevrimiçi) <http://www.turkyaybir.org.tr/>, 03.09.2010.

2.2.2.3. Üslup

Üslup, görüş ve anlayış, düşünce ve ifadedeki özelliktir. Sanatçının üslubu ifadesini sanat eseri üzerine teknik, biçimlendirme ve söyleyiş özelliği olarak yansıtmaktadır. Sanatçıların üslubu bireysel olabileceği gibi aynı sanat akımı ya da aynı kültüre sahip sanatçılar bakımından benzerlik de gösterebilir.⁹⁹ Sanat eserini özgün kılan önemli bir unsurdur üslup. Bireysel üslup sanatçının eserindeki özelliklerin tüm eserlerinden de tespit edilebilmesidir. Sanatçının eserlerindeki bu ortak özellik, sanatçının ruhundaki duyarlılık, kişiliğindeki farklı yapı, dış dünyayı algılamadaki özelliği, ifade ediş şekli gibi etkenlerle şekillenir.¹⁰⁰

Sanat eserleri bazen üslupları nedeni ile kısıtlamalara tabi tutulabilmektedirler. Buna örnek olarak AİHM önüne de gelmiş bir vaka olan yazar Gülay Aslanın yargılama konusu kitabı “Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun”u gösterebiliriz.¹⁰¹ AİHM yazarın üslubunun bu eserde düşmanca olmasına rağmen halkı isyana ve ayaklanmaya teşvik edici boyutlarda olmadığını belirtmiştir.¹⁰²

Tüm bu açıklamalar ışığında varılan sonuç; sanat özgürlüğü hakkının kapsamının geniş yorumlanması gerektiği ve öznesi ve sanat eseri bakımından yalnızca sanatçı ve eseri değil; araçların, muhatapların, eserde savunulan düşünce ve kullanılan üslubun da sanat özgürlüğü hakkının koruması altında olduğudur.

⁹⁹ Şişman, **a.g.e.**, s.198.

¹⁰⁰ Şişman, **a.e.**, s.198-199.

¹⁰¹ Aslan v. Turkey, Application No:23462/94, ECHR, Judgment, 08.07.1999.

¹⁰² Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004, s.247.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ MEVZUAT VE BU MEVZUATTA HAKKIN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

3.1. ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Tarih boyunca değişik uygarlıklarda hak, özgürlük, insan hakları gibi düşünceler bulunmaktaysa da evrensel bir ortak payda oluşturması özelliği bağlamında Ulusalüstü insan hakları anlayışı, bu anlayış doğrultusunda bölgesel ve uluslararası düzlemde üretilen belgeler, oluşturulan organlar, mekanizma ve usuller İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkmaya başlamıştır.¹⁰³ Bu bağlamda ulusalüstü insan hakları hukukunda sanat özgürlüğünü, uluslararası düzlemde ve bölgesel düzlemde inceleme altına almak doğru olacaktır.

3.1.1. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

1948 yılında, BM Genel Kurulu tarafından "Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (*Universal Declaration Of Human Rights*)"¹⁰⁴ kabul ve ilan edilmiştir. Evrensel Bildiri'de temel haklar ve özgürlükler birinci ve ikinci kuşak hakları içerir.

Bildiri teknik anlamda bağlayıcı niteliği olmayan, yol gösterici bir belge olmasına rağmen, insan haklarının uluslararası düzeye taşınmasının en temel ve önemli belgesi olması, Evrensel Bildiri'yi dayanak gösteren belgelerin üretilmesi

¹⁰³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.3.

¹⁰⁴ Bildirinin orijinal İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>, 12.09.2010. Resmi Türkçe çeviri için bkz., RG. Tarih: 27.05.1949, Sayı:7217. Ayrıca Bildirinin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.3-19.

ve ulusal ve uluslararası yargı yerlerince kullanılarak işlevselleştirilmesi bu niteliğini ortadan kaldırmaktadır.¹⁰⁵

Yukarıdaki bölümlerde de değinildiği gibi Evrensel Bildiri'nin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi içerisindeki 27. maddesi sanat özgürlüğü hakkına yer vermiştir. Bu madde metni şöyledir:

“Herkes, topluluğun kültürel yaşamına serbestçe katılma, sanattan yararlanma ve bilimsel ilerlemeleri ve bunun sağladığı yararları/(olanakları) paylaşma hakkına sahiptir.

Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan/(kaynaklanan) manevi ve maddi menfaatlerinin korunması hakkına sahiptir.”¹⁰⁶

Sanat özgürlüğü hakkı bakımından bu madde metni incelendiğinde ikili bir koruma tespit edilmektedir. Bunlardan ilki, kültürel yaşama serbestçe katılma hakkı ki bu Sanat Özgürlüğü Hakkı başlığı altında tespit edildiği üzere sanatsal faaliyette bulunma ve bunu yayma özgürlüğünü içerir. Bu hak sanatsal faaliyette bulunan herkesi kapsar. İkincisi ise sanattan yararlanma hakkıdır. Bu hak sanat eserinin yaratıcısına değil sanat eserinin yöneltildiği, bir sanat eserinden faydalanmak isteyen tüm muhataplara yönelik bir koruma getirmektedir. Bunların yanı sıra düzenlenmiş olan bir diğer hak ise kişinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkıdır. Bu hak ileriki bölümde üzerinde durulacak olan BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 17. Genel Yorumu'nda ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

¹⁰⁵ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.57-225.

¹⁰⁶ Madde 27'nin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 17.

3.1.2. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

BM İnsan Hakları Komisyonu ve BM Genel Kurulu tarafından hazırlanan 'Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi' (*International Covenant On Civil And Political Rights*)¹⁰⁷ 1966 yılında New York'ta imzaya açılmış, 1976 yılında ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise bu sözleşmeyi 2000 yılında imzalamıştır.¹⁰⁸ Türkiye, bu Sözleşmeyi 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı 'Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'¹⁰⁹u çıkartarak onaylamıştır. Bu Sözleşmenin ilk 27 maddesi birinci kuşak temel haklardan oluşmakta iken, dördüncü bölüm olan 28-47. maddeleri ise sözleşmenin denetim sistemine yer vermektedir.

Bu Sözleşmede sanat özgürlüğü hakkı ile ilgili doğrudan herhangi bir hüküm mevcut değildir. Fakat ifade özgürlüğüne yer veren 19. madde metni yorumlanarak sanatsal ifadeleri de koruma altına aldığı kabul görmektedir. Buna gösterge olarak AİHM'nin Müller v. İsviçre¹¹⁰ kararının 27. paragrafında Mahkemenin, MSHS'nin 19/2 fıkrasına atıf yaparak, sanatsal biçimdeki haber ve düşüncelere ifade özgürlüğünün içinde özel olarak yer verildiğini belirtmesi gösterilebilir.¹¹¹ Bu madde metni aşağıdaki gibidir:

"Herkesin müdahaleye maruz kalmaksızın görüş sahibi olma hakkı olacaktır.

Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahip olacaktır; bu hak ülke sınırları dikkate alınmaksızın, ister sözlü, yazılı ya da basılı, (ya da) sanatsal formda olsun, isterse de kişinin kendi seçtiği herhangi bir başka yolla/(araçla)

¹⁰⁷ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>, 12.09.2010.

¹⁰⁸ Gemlamaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 230-231.

¹⁰⁹ 4868 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG. Tarih: 18.06.2003, Sayı: 25142.

¹¹⁰ Müller v. Swidzerland, Application No: 10737/84, ECHR, Judgment, 24.05.1988, par. 27.

¹¹¹ Paragraf 27'deki ilgili kısım şöyledir; "İfade özgürlüğü kavramının sanatsal ifadeleri de kapsadığının bir diğer göstergesi de, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19(2). maddesinde sanatsal biçimdeki haber ve düşüncelere ifade özgürlüğü kapsamı içinde yer vermiş olmasıdır.", Müller v. Swidzerland, par. 27.

olsun, her türlü bilginin ve fikirlerin (“ideas”) araştırılması, edinilmesi ve yayılması/(iletilmesi) özgürlüğünü içerecektir.

Bu maddenin ikinci paragrafında düzenlenen hakların kullanılması, beraberinde özel ödevleri ve sorumlulukları getirir. Dolayısıyla bu hakların kullanılması, belli kayıtlamalara tabi tutulabilir, ancak bu kayıtlamalar sadece yasayla öngörülen ve

-Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı gösterilmesi;

-Ulusal güvenliğin ya da kamu düzeninin yahut genel sağlık ya da genel ahlakın korunması için gerekli bulunan türde kayıtlamalar olacaktır.”¹¹²

Maddenin birinci paragrafı düşünce özgürlüğünü koruma altına almıştır. Bu madde metni AİHS Madde 10 ile kıyaslandığında, AİHS’nde ifade özgürlüğünün içeriği olarak düzenlenmiş bu hak, MSHS’nde ayrı bir hak olarak birinci paragrafta düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğünün iki farklı hak olarak anılması kanımızca da isabetli bir düzenlemedir. Nitekim düşünce özgürlüğü kişinin iç dünyası ile ilgili bir durumu düzenlerken, ifade özgürlüğü ise toplumun bir sorunudur.

Maddenin ikinci paragrafında ise ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Bu hakkın çerçevesi her türlü bilgi ve fikri araştırma, edinme ve yayma özgürlükleri olarak çizilmiştir. Bu madde, sadece sözlü, yazılı ya da basılmış ifadeleri değil bunların yanında sanat eserlerini veya yazarın seçtiği diğer iletişim araçlarını kapsar. Bu nedenle radyo, televizyon, elektronik medya, film, fotoğraf, müzik, grafik ve diğer sanatları da kapsayan tüm akustik, görsel, elektronik ve diğer iletişim araçları da koruma kapsamındadır.¹¹³

Prof. Manfred Nowak, düşünce özgürlüğünde olduğu gibi ifade özgürlüğünün de sadece kamu kurumlarına karşı değil özel kurumların müdahalesine karşı da korunması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda AİHS Madde 10/1 ile bir kıyaslama yapmış ve AİHS’nin sadece kamu kurumlarının müdahalesinden bahsettiğini oysa ki MSHS’nde böyle bir ayırım olmadan tüm kurumların müdahalesine karşı Devletlerin

¹¹² Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 115-116..

¹¹³ Manfred Nowak, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights**, 2. bs., Almanya, N.P. Engel Publisher, 2005, s.445.

bu hakkı koruma yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda özel finansal menfaatler ve medya tekellerinin, bilginin serbestçe dolaşımında en az Devletin uyguladığı sansür önlemleri kadar zarar verici olduğunu saptamıştır. Bu duruma örnek bir vaka Hertzberg¹¹⁴ vakasıdır. Bu vakada İnsan Hakları Komitesi, Finlandiya'yı %90 hissesi Devlete ait olan ve özel devlet kontrolü altında tutulan yayın kuruluşu için doğrudan sorumlu tutmuş fakat bu kurumun yetkilileri tarafından yayınların sansürlenmesinin Madde 19/2'nin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Gauthier¹¹⁵ vakasında ise İnsan Hakları Komitesi, Kanada Hükümeti'ni medyanın parlamento basın tesislerine erişiminin keyfi şekilde engellenmesine karşı korunmasını özel bir örgüt kurularak, bu örgüt eliyle sağlanması ile yükümlendirmiştir. Yazar bu yükümlülükleri Devletin koruma yükümlülüğü olarak kabul etmiştir.¹¹⁶

Ayrıca, Sözleşme'nin giriş kısmının beşinci paragrafında Devletlerin yükümlülükleri, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi ve bunlara uyulmasının geliştirilmesi olarak sayılmıştır.

Bu hakkın sınırlama ölçütlerine değinecek olursak ise bu ölçütler, yasayla öngörülmüş olma, başkalarının hak ve şöhretlerine saygılı olma, ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakıdır. Prof. Nowak'a göre ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar direk olarak yazara değil, birinin kendini ifade etmesi için kullandığı araca konulmuştur. Bu sınırlamalar, sansür, yazılı bir esere veya filme ya da grafik çalışmasına el konulması, film gösteriminin, tiyatro performansının ya da parlamento ya da bir konseydeki konuşmanın yasaklanması şeklinde olabilir. Bir diğer sınırlama istenmeyen ifadelerin önlenmesi amacıyla dolaylı olarak matbaa, sinema ve film dağıtım şirketlerinin, tiyatroların, yayın kuruluşları ve bunun gibi kuruluşların devletin kontrolü yoluyla gerçekleşmesidir. Üçüncü kategori direk olarak kendini ifade etmek isteyen yazar, editör vs. gibi bireye yönelik sınırlamalardır.¹¹⁷

¹¹⁴ Hertsberg et al. v. Finland, Communication No:61/1979, 02.04.1982..

¹¹⁵ R. W. Gauthier v. Canada, Communication No:492/1992, 29.07.1994.

¹¹⁶ Manfred Nowak, **a.e.**, s.448-449.

¹¹⁷ Manfred Nowak, **a.e.**, s.449.

Bu açıklamalar bağlamında İnsan Hakları Komitesi'nin incelediği vakalarda edildiği tespitlere değinecek olursak; Aduayom et al. v. Togo¹¹⁸ vakasında İnsan Hakları Komitesi şu hususları saptamıştır:

*“Bilginin ve ifadenin özgürlüğü bağımsız ve demokratik bir toplumun temel taşlarıdır. Bu gibi toplumların vatandaşları Madde 19/3'te belirtilen sınırlar içinde kendilerini iktidardaki politik sistem/partinin alternatifleri hakkında bilgilendirmeye fırsat sahibi olmalı ve hükümetlerini herhangi bir müdahale ve ceza korkusu olmadan açıkça eleştirebilmelidir.”*¹¹⁹

Park v. Republic of Korea¹²⁰ vakasında, İnsan Hakları Komitesi şu hususu vurgulamıştır:

*“İfade özgürlüğü hakkı demokratik toplumlar için son derece önemlidir. Bu hakkın kullanılmasının herhangi bir şekilde sınırlandırılması ciddi bir gerekçeye sahip olmalıdır.”*¹²¹

Hertsberg et al. v. Finland¹²² vakasında Finlandiya Devlet Yayın Kurumu'nun editörleri, homoseksüellerle ilgili hazırladıkları programların Kurumun yöneticileri tarafından Finlandiya Ceza Kanunu'nda aynı cinsiyete mensup iki insanın arasında yaşanabilecek ahlaka aykırı davranışları teşvik etmenin suç unsuru olması nedeni ile sansürlendiğini belirtmişlerdir. Bu durum sonucunda Komite, cezai şartların doğrudan başvuruda bulunanlara uygulanmadığı ve yöneticilerin uyguladığı sansürün, kamu ahlakının her ülkede değişebilecek olmasını ve ortak bir ahlaktan söz edilemeyeceğini gözeterek bu durumun Madde 19'un ihlali olmadığına karar vermiştir. Ancak, yarı Devlete ait bir medya kuruluşunun uyguladığı sansürden de Devletin her zaman için sorumlu tutulabileceğini beyan etmiştir.¹²³

M.A. v. Italy¹²⁴ vakasında İtalyan bir yazarın, kapatılan faşist bir partiyi yeniden kurma eyleminde bulunması nedeni ile yargılanması ve hapis cezasına çarptırılması nedeni ile yaptığı başvuruda Komite, Madde 19'un ihlali olmadığına

¹¹⁸ Aduayom et al. v. Togo, Communication No:422-424 /1990, 12.07.1996.

¹¹⁹ Manfred Novak, **a.g.e.**, s.450-451.

¹²⁰ Park v. Republic of Korea, Case No:628/1995, 02.04.2004.

¹²¹ Manfred Novak, **a.g.e.**, s.452.

¹²² Hertsberg et al. v. Finland, Communication No:61/1979, 02.04.1982.

¹²³ Manfred Nowak, **a.g.e.**, s.453.

¹²⁴ M.A. v. Italy, Communication No:117/1981, 21.09.1981.

Madde 5/1-d uyarınca karar verilmiştir. Prof. Nowak'a göre Komite, kısıtlama ya da müdahale gerekliliğinin doğru nedenlerini incelemeyen karar vermiştir. Yine Prof. Nowak'a göre, bu karar doğru gibi görünse de iddialar Madde 19/3'te belirtilen sınırlama ölçütlerini dikkate alarak değerlendirilmeliydi.¹²⁵

Faurisson v. France¹²⁶ vakası ise önemli ve bilinen bir vakadır. Bir edebiyat profesörü soykırım hakkında araştırma yaparken Nazi kamplarında insanları öldürmek için gaz odalarının bulunduğundan şüphe duyduğunu belirtmiştir. 1990 yılında Fransa'da çıkan Gayssot Act isimli kanun uyarınca insanlığa karşı işlenen suçların varlığına muhalefet etmek suç olarak tanımlanmıştır. Fransa'da yayınlanan aylık bir dergideki söyleşisinde Faurisson, bu kanunu eleştirerek kendisinin gaz odalarının varlığına inanmamak için önemli nedenlerinin olduğunu bildirmiştir. Bu beyanları sonucunda Faurisson ve derginin editörü suçlu bulunarak para cezasına çarptırılmıştır ve ayrıca görevinden alınmıştır. Komiteye yapılan başvuru sonucu Komite, Gayssot Act hükümlerinin Sözleşmedeki hüküm ve önlemlerle uyumsuzluk oluşturabileceğini kabul etmiş, ancak bu Sözleşmenin amacının Taraf Devletlerin koyduğu kararları eleştirmek olmadığını belirtmiştir. Sonucunda bu vakada bir ihlal olmadığını çünkü başvurusunun ifade özgürlüğüne uygulanan kısıtlamanın Madde 19/3'te belirtilen diğer kişilerin hakları ve şereflerine saygı duyulması esasınca gerekli olduğunu belirtmiştir.¹²⁷

Bu vakalar ışığında Komite'nin oluşturduğu standartlar şöyle özetlenebilir; kişiler yaşadıkları ülkedeki hükümeti Madde 19/3 sınırları içinde kalmak kaydıyla ceza korkusu olmadan eleştirebilmeli; ifade özgürlüğü hakkının sınırlanabilmesi için çok ciddi gerekçelerin varlığı gereklidir; kamu ahlakı her ülkede değişkendir, bu nedenle Devletlerin bu konularda sınırlama yaparken bir takdir yetkisi mevcuttur; Sözleşme ile Taraf Devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemeler kimi zaman örtüşmeyebilir.

Kanımızca, bu standartlar AİHM standartları ile kıyaslandığında bazı durumlarda devletin takdir yetkisinin olduğu ve hakkın sınırlanmasının önemli gerekçelere dayanması gibi benzerlikler olsa da, AİHM içtihatlarına kıyasla bu

¹²⁵ Manfred Nowak, **a.g.e.**, s.455.

¹²⁶ Faurisson v. France, Communication No:550/1993, 16.12.1996.

¹²⁷ Manfred Nowak, **a.g.e.**, s.455-456.

Sözleşme Devletlere ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması konusunda daha geniş bir alan bırakmaktadır.

3.1.3. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

BM Genel Kurulu tarafından 1966 yılında imzaya açılan Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*)¹²⁸ 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise bu Sözleşmeyi 2000 yılında imzalamış, 2003 yılında ise Sözleşmeyi onaylamak üzere 4867 sayılı "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u çıkartmıştır.¹²⁹

ESKHS'nin 15. maddesi sanat özgürlüğü hakkına yer vermiştir. Bu madde metni şöyledir:

"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin:

a.Kültürel yaşama katılma,

b.Bilimsel ilerleme/(gelişme) ve bunların uygulanmasının nimetlerinden yararlanma,

c.Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma, hakkını tanır.

Bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi için bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce alınacak önlemler, bilimin ve kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması için gerekli olan önlemleri kapsayacaktır.

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için zorunlu/(gerekli) bulunan özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt ederler.

¹²⁸ Sözleşmenin orijinal metni için bkz, (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, 05.09.2010. Ayrıca, Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.21-50.

¹²⁹ 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG. Tarih: 18.06.2003, Sayı: 25142.

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bilimsel ve kültürel alanlarda uluslararası ilişkilerin ve işbirliğinin teşvik edilmesi ve geliştirilmesinden doğacak yararları tanırırlar/(kabul ederler).”¹³⁰

ESKHS Madde 15’te sayılan haklarla ilgili olarak madde içerisinde spesifik bir sınırlandırma ölçütü yer almamaktadır. Fakat Sözleşme geneline bakacak olursak bu Sözleşme ile koruma altına alınan tüm hakların sınırlama ölçütleri genel bir şekilde ve tek bir maddede belirtilmiştir, bu madde Sözleşme’nin 4. maddesidir.¹³¹ Bu madde metni şöyledir:

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmeye uygun olarak Taraf Devletçe tanınmış bulunan haklardan yararlanılmasında Taraf Devletin söz konusu hakları ancak, sınırlamanın yalnızca bu hakların niteliği ile bağdaşabilir ölçüde olması ve demokratik bir toplumda sadece genel refahı/(kamunun esenliğini) geliştirmek amacını gütmeye kaydıyla,yasayla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutabileceğini kabul ederler.”¹³²

Bu maddenin yanı sıra yine Sözleşmenin 5. maddesi de Sözleşmede yer alan hakların sınırlandırılması konusuna değinen bir diğer maddedir. Bu madde metni ise şöyledir:

“Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba yahut kişiye, bu Sözleşmede tanınan hakların ve özgürlüklerin herhangi birinin tahrip edilmesini yahut bu Sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan herhangi bir faaliyete girişme ya da harekette/(tasarrufta) bulunma hakkını verdiği şeklinde yorumlanamaz.

Bir ülkede mevzuat/(yasalar), sözleşmeler, alt düzenlemeler (“regulations”) yahut teamüller uyarınca tanınmış yahut var olan temel insan haklarından herhangi

¹³⁰ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.36.

¹³¹ İstisnası ESKHS madde 8/1-a bendindeki “sendika kurma ve sendikaya katılma hakkı”dır. Bu hakkı koruma altına alan ilgili maddede sınırlama ölçütlerine de yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.364.

¹³² Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.26, İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, 06.09.2010.

birine, bu Sözleşmenin bu tür hakları tanınmadığı yahut daha sınırlı ölçüde tanıdığı gerekçesi ileri sürülerek hiçbir kayıtlama getirilemez ya da bu haklardan sapılamaz/(bu haklara sapma teşkil eden önlemler alınamaz).¹³³

Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Sözleşmenin 15/1-c maddesindeki hakkı yorumlayan 17. Genel Yorumunda bu hakkın sınırlandırılması ile ilgili "Sınırlandırmalar (Limitations)" başlıklı bölümünde; edebi, bilimsel ve sanatsal eserlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunması hakkının sınırlandırılabilen bir hak olduğu hatırlatılmış; bu sınırlandırmaların, bu hakkın doğasına uygun bir şekilde hukuksal olarak belirlenmiş olması, meşru amacın olması ve Sözleşmenin 4. Maddesine uygun şekilde, demokratik toplumun genel refahının oluşturulması için gerekli olması gerektiği açıklanmıştır. Sınırlandırmaların orantılı olması, yani bazı tür sınırlamalar oluşturulurken en alt düzeyde kısıtlayıcı ölçütler geliştirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Ayrıca sınırlandırmaların, madde 15/1-c'de korunan hakkın sanatçı ile eseri arasındaki kişisel bağın kurulması ve sanatçının uygun yaşam standartlarına sahip olmasını içeren içeriği ile de uyumlu olması gerektiği belirtilmiştir.¹³⁴

Çalışmanın bu bölümünde Sözleşmenin 15. maddesi bağlamında koruma altına alınan sanat özgürlüğü hakkı ile bağlantılı olan, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin oluşturduğu Genel Yorumlar inceleme altına alınmıştır. Komite bugüne kadar 21 adet Genel Yorum üretmiştir. Bunlardan 17. Genel Yorum ESKHS Madde 15/1-c'de koruma altına alınan 'herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı' ayrıntılı olarak ele almıştır. Bu nedenle 17. Genel Yorum bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olduğundan özel olarak incelenecektir.

¹³³ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. ,Mehmet Semih Gemalmaz, a.e., s.26, İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, 06.09.2010.

¹³⁴ General Comment No 17, paras. 22-23-24, İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument), 23.08.2010. (17. Genel Yorumla ilişkin tüm çeviriler tarafıma aittir.)

3.1.3.1. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 17. Genel Yorumu

"Herkesin Kendi Yazdığı Her Türlü Bilim, Edebiyat Ya Da Sanat Ürününden Doğan Maddi Ve Manevi Menfaatlerinin Korunmasından Yararlanma Hakkı"¹³⁵ başlıklı bu belge BM Ekonomik, Sosyal Konsey Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 7-25 Kasım 2005 tarihleri arasında yapılan 35. oturumunda hazırlanmıştır. Bu belge ESKHS'nin 15. maddesinin 1/c bendindeki hakkı ve kavramları yorumlamış ve açıklık kazandırmaya çalışmıştır. ESKHS'nin 15-1/c maddesi şöyleydi:

*"Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma."*¹³⁶

Komite 17. Genel Yorumunun 3. paragrafında bu hakkı düzenleyen diğer insan hakları belgelerini; Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Madde 27/2), 1948 Amerikan İnsan Hakları Ve Ödevleri Bildirisi (Madde 13/2), 1988 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü (San Salvador Protokolü) (Madde 14/1-c) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Protokol (Madde 1) olarak saymıştır.¹³⁷

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi madde 27/2 yukarıda da değinildiği üzere şöyledir:

*"Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan/(kaynaklanan) manevi ve maddi menfaatlerinin korunması hakkına sahiptir."*¹³⁸

1948 Amerikan İnsan Hakları Ve Ödevleri Bildirisi madde 13/2 şöyledir:

¹³⁵ General Comment No 17, orijinal İngilizce metni için bkz., (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.17.En?OpenDocument), 23.08.2010.

¹³⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.36.

¹³⁷ General Comment No 17, par. 3.

¹³⁸ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt Uluslararası Sözleşmeler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 17.

“Her kişi, keza, üreticisi bulunduğu edebi, bilimsel yahut sanatsal çalışmalarının ya da buluşlarının doğurduğu maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hak sahibidir.”¹³⁹

1988 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü (San Salvador Protokolü) madde 14/1-c ise aşağıdaki gibidir:

“Bu protokolün Tarafı Devletler, herkesin aşağıda belirtilen haklarını tanırlar:

...

c. Yaratıcısı olduğu bilimsel edebi ya da sanatsal üründen kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma.”¹⁴⁰

Açıkça belirtilmemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Protokol¹⁴¹ Madde 1’in de bu hakkı koruma altına aldığı vurgulanmıştır. Bu madde metni şöyledir:

“Mülkiyetin Korunması

Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekinden/(mülkiyetinden) (“possessions”) barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı (“public interest”) uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak, yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin (“property”) genel yarara/(umumi menfaate) (“general interest”) uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/(yükümlülüklerin) (“contributions”) yahut para cezalarının ödenmesini

¹³⁹ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 722.

¹⁴⁰ Belgenin orijinal metni için bkz., **Additional Protocol To The American Convention On Human Rights In The Area Of Economic, Social And Cultural Rights “Protocol Of San Salvador”**, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, 03.09.2010, Maddenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **a.e.**, s. 894.

¹⁴¹ Avrupa İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Bu Sözleşmede Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan Birinci Protokolü 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te kabul edilmiş ve 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine hâlel getirmeyecektir.”¹⁴²

17. Genel Yorum’un “Madde 15/1-c’nin Normatif İçeriği” başlığı ve “Madde 15/1-c’nin Unsurları” alt başlığı altında madde metninde geçen terimler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.¹⁴³

Buna göre ilk açıklama hakkın kapsamını oluşturan, özne ‘sanatçı’ (*author*)¹⁴⁴ kelimesinin içeriğine yönelik olarak yapılmıştır. Madde metninden anlaşılan her ne kadar bireysel yaratıcılıksa da; Genel Yorum’a göre, bu hakkın öznesi geniş yorumlanarak, bir eserden kaynaklanan maddi ve manevi haklara toplulukların da sahip olabileceği kabul edilmelidir.¹⁴⁵

‘Bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünler’ (*any scientific, literary or artistic production*) derken ise; bilimsel yayın ve yeniliklerin, şiir, roman, resim, heykel, müzikal kompozisyonlar, teatral ve sinemasal çalışmalar ve performansların kastedildiği vurgulanmıştır.¹⁴⁶

Yine Genel Yorum’a göre, ‘korunmasından yararlanma’ (*benefit from the protection*) konusunda Sözleşmenin 15/1-c maddesinde maddi ve manevi menfaatlerin bir şekilde korunmasından bahsedilmekle birlikte bu korumanın şekli belirtilmemektedir. Genel Yorum, bu korumanın, anlamdan yoksun kalmaması için ürünlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasında etkin olması gerektiğini söyleyerek daha sonra bahsedilen korumanın, sanatçının yaptığı işten doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korumasını sağladığı sürece Sözleşmenin

¹⁴² Maddenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 152.

¹⁴³ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Madde 15/1-c İngilizce metni aşağıdaki gibidir:

“Article 15

1.The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

c.To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”,

Çevrimiçi, <http://www2.ohchr.org/english/law/cesscr.htm>, 04.05.2010.

¹⁴⁴ Madde 15/1-c fıkrasında düzenlenen hakkın öznesi her ne kadar İngilizce metninde “author (yazar)” olarak anılmışsa da Türkçe çevirisinde bu kelime geniş yorumlanmış ve çalışmanın da konusuyla bağlantılı olacak şekilde tarafımızca “sanatçı” olarak çevrilmiştir.

¹⁴⁵ General Comment No 17, paras. 7-8.

¹⁴⁶ General Comment No 17, par. 9.

12. ve 16. Maddelerinde yer alan telif hakkı, patent ve diğer fikri koruma şekillerinin seviye ve anlamını kapsamayacağını belirtmiştir.¹⁴⁷

‘Manevi menfaatler’ (*moral interest*) kavramında ise bu Genel Yorum EİHB madde 27/2’ye atıf yaparak tüm sanatsal, edebi ve bilimsel çalışmaların yazarları ve mucitlerinin, yalnızca emeklerinin karşılığını değil, aynı zamanda ortadan yok olmayacak ürünün tüm insanlığa mal olduktan sonraki zamanda bile doğurduğu manevi menfaatleri elinde bulundurduğunu dile getirmiştir. Buradaki amaç eser ile yaratıcısı arasındaki bağı oluşturmaktır.¹⁴⁸

‘Maddi menfaatler’ (*material interests*) kavramında ise bu Genel Yorum, söz konusu hakların EİHB Madde 17 ve ESKHS madde 7/a’daki hakların tersine yaratıcısının karakteri ile doğrudan ilişkili olmadığını ve fakat ESKHS madde 11/1’deki yaşama standartlarına katkı sağladığını belirtmiştir.¹⁴⁹

‘Kaynaklanan’ (*resulting*) derken ise Sözleşmenin, kişilerin doğrudan yarattıkları edebi, bilim ve sanat eserlerinden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerin korunması hakkından yararlanabilmesini kastettiği açıklanmıştır.¹⁵⁰

Görüldüğü üzere bu Genel Yorumun “Madde 15/1-c’nin Unsurları” başlıklı bölümünün amacı ESKHS madde 15-1/c’de kullanılan kavramların içerik ve kapsamalarını açıklayarak boşluklara ve keyfi yorumlara mahal vermemektir.

‘Taraf Devletlerin Madde 15/1-c’ye Uyumluluk Şartları’ başlıklı bölümünde ise şunları belirtmiştir:

*“Sanatçıların maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı aşağıda belirtilen birbirine bağlı ve önemli unsurları içermektedir. Bu unsurlar tam olarak uygulanması herhangi bir taraf devletteki mevcut ekonomik, sosyal ve kültürel durumlara bağlıdır.”*¹⁵¹

¹⁴⁷ General Comment No 17, paras. 10-11.

¹⁴⁸ General Comment No 17, paras. 12-13-14.

¹⁴⁹ General Comment No 17, paras. 15-16.

¹⁵⁰ General Comment No 17, par. 17.

¹⁵¹ General Comment No 17, par. 18.

Bu unsurlar ise Taraf Devletlerin hukuk sisteminde bu hakkı korumak için yeterli mevzuat ve aynı zamanda etkin yönetsel, adli ve diğr uygun çarelerin mevcut bulunması; fiziksel, idari ve diğr uygun çarelere tüm sanatçların erişebilir olması ve sanatçların maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasının yöntemleri yargıçlar ve diğr ilgili otoriteler tarafından yeterli ve süratli bir biçimde yönetilmesi olarak belirtilmiştir.

Prof. Asbjorn Eide, bu hakkın düzenlenmesine eleştirel bir gözle bakmıştır. O'na göre, UNESCO Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi her bir Taraf Devletin, yazarların ve telif hakkı sahiplerinin edebi bilimsel ve sanatsal eserlerdeki haklarını yeterli ve etkin bir biçimde koruma sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu hak EİHB Madde 17'de belirtilen mülkiyet hakkı ile yakından ilgilidir. Prof. Eide'nin belirttiği üzere, EİHB Madde 27'nin tasarısı görüşülürken yazarın maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkının kapsamı konusunda uyuşmazlık çıkmıştır. İnsan Hakları Komisyonunun bazı üyeleri bu hakkın herkesi kapsayacak bir hak olmadığını, patent ve telif haklarının bazı zamanlarda diğr kişilerin bilimsel gelişim ve bunun uygulamalarından yararlanma ihtimaline engel olabilmektedir demişlerdir. Prof. Eide ise, EİHB Madde 27/2 ve ESKHS Madde 15/1-c'nin mevcut uluslararası normlara somut bir katkısı olduğundan şüphe duyduğunu belirtmiştir.¹⁵²

3.1.3.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 17. Genel Yorumu Bağlamında Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Hakkın uygulanması konusundaki önemli hususlardan biri de Devletlerin yükümlülükleridir. Bu konuda 17. Genel Yorumun "Taraf Devletlerin Yükümlülükleri (*States Parties' Obligations*)" başlıklı bölümünde belirtildiği üzere Madde 15/1-c'deki haklar, diğr tüm insan haklarında olduğu gibi Taraf Devletlere üç çeşit genel yükümlülük yükler. Bunlar; saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülükleridir. Saygı gösterme yükümlülüğü; Taraf Devletlerin, sanatçların maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkını kullanmasına doğrudan ya da dolaylı olarak müdahaleden kaçınmasıdır. Koruma

¹⁵² Asbjorn Eide, **Economic, Social and Cultural Rights**, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, A Textbook Second Revised Edition, 2001, s.296-298.

yükümlülüğü; Taraf Devletlerin, sanatçının maddi ve manevi menfaatlerine 3. kişilerin engel olmasını önleyecek önlemler almasını gerektirir. Yerine getirme yükümlülüğü; Taraf Devletlerin, bu hakkın tamamıyla uygulanması için uygun adli, yönetsel, yargısal, bütçesel, tanıtımsal ve diğer önlemleri almasını gerektirir (par. 25-26-27-28-29). Bu üç yükümlülük Prof. Asbjorn Eide tarafından tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin devletlerin yükümlülükleri olarak belirtilmiştir. Prof. Asbjorn Eide'e göre, bireyin tek başına veya kolektif olarak gerekli eylemlerde bulunma ve gerekli kaynakları kullanma özgürlüğüne devletin saygı gösterme yükümlülüğü vardır. Devlet ikinci olarak kişilerin yukarıdaki özgürlüğünü kullanırken onları üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Üçüncü yükümlülük ise, kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanması hakkından yararlanma beklentilerini yerine getirme yükümlülüğüdür. Devletin bu üçüncü yükümlülüğü bağlamında iki alt yükümlülüğünden de bahsetmiştir. Prof. Eide. Bu alt yükümlülükler ise temel ihtiyaçların giderilmesinde gerekli olan kaynakların sağlanması ve bu kaynaklardan yoksun olan kişilerin bu kaynaklara ulaşması için fırsatlar sağlamaktır. Prof. Eide devletin bu temel üç yükümlülüğüne sonradan iki temel yükümlülük daha eklemiştir. Bunlar ise yapma/yürütme yükümlülüğü ile sonuç doğurma yükümlülüğüdür. Yapma/yürütme yükümlülüğü devletin yapması ya da yapmaktan kaçınması gereken davranışları içerirken, sonuç doğurma yükümlülüğü ise devletin yapmak ya da yapmamak zorunda olduğu sonuçla ilgili bir yükümlülüktür.¹⁵³

Prof. Eide bir diğer eserin de yine bu üç yükümlülüğten bahsetmiştir. Ona göre; Taraf Devletler bireyleri kendi tercih ettikleri kültürel yönelimi beyan etmelerini ve geliştirmeleri özgürlüğüne saygı duymakla yükümlüdürler. Taraf Devletler, bu azınlık veya yerel hak gruplarına mensup bireylerin kendi karakterlerini ifade etmelerini ve kendi dillerini, kendi gelenek ve göreneklerini kapsayan kendi özel kültürlerini geliştirmelerine hak tanır. Taraf Devletler sadece azınlık üyelerinin kendi kültürlerini uygulama hakkına saygı duymakla yükümlü değildir. Aynı zamanda herkesin çoğunluk ya da azınlıkların geleneklerinden çıkarak oluşabilecek diğer kültürel yönelimleri beyan etme hakkına saygı duymalıdır. Kültürel aktivitelerin uzantı ve ifadeleri gruplar arasında (etnik dinsel grup) fikir ayrılıkları ve zıtlasmalar oluşturabilir. Bu da taraf devletlerin koruma fonksiyonunu gerekli kılar. Devlet aynı

¹⁵³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 1623-1625.

zamanda kişilerin kültürel hayata katılma hakkından yararlanmasını sağlayacak ortamı oluşturmakla yükümlüdür.¹⁵⁴

Prof. Schutter ise bu üç yükümlülüğü kuşak ayrımı yapmadan tüm insan haklarının Devlete yüklediği yükümlülükler olarak değerlendirmiştir. O'na göre kamu makamlarının müdahalede bulunmaktan kaçınması saygı gösterme yükümlülüğü, kamu makamlarının bireyin haklarını üçüncü kişilerin yaptığı ihlallerden korumaması koruma yükümlülüğü; kamu makamlarının bir hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlamak ise yerine getirme yükümlülüğüdür.¹⁵⁵

Prof. H. Steiner ve Prof. P. Alston ise devletin temel yükümlülüklerini beş tane olarak saymışlardır. Bunlar, saygı gösterme, kurumsal mekanizma kurma, koruma/önleme, sağlama ve geliştirmedir. Yazarlara göre saygı gösterme yükümlülüğü devletin birey onur ve değerlerine saygılı olmasından kaynaklanan negatif bir yükümlülüktür. Bazı hakların kullanımı için ise Devletlerin kurumsal bir mekanizma kurması gerekir. İşte Devletin bu kurumsal mekanizmayı kurma yükümlülüğü vardır.

Bu kısımda, Taraf Devletlerin sözleşmesel yükümlülükleri konusunda 8 Haziran 2009 tarihli, İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Uygulanması Hakkındaki Raporu'nun 'Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yükümlülüğü' (*Obligations to Respect, Protect and Fulfil*) başlıklı bölümüne değinmek yerinde olacaktır. Bu bölümde Taraf Devletlerin yükümlülükleri konusunda şöyle denmiştir:

*"Tüm insan haklarında olduğu gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Taraf Devletlere pozitif ve negatif yükümlülükler yükler. Bazı durumlarda Devletler, örneğin yiyeceğe erişim hakkının engelleyecek yöntemlere başvurulmaması gibi bazı davranışlardan kaçınmalıdır. Diğer durumlarda Devlet, evrensel, zorunlu ve ücretsiz ilköğretimi temin edecek önlemler gibi insan haklarının gerçekleşmesini sağlayacak önlemleri almalıdır."*¹⁵⁶

¹⁵⁴ Eide, **a.g.e.**, 2001, s.294.

¹⁵⁵ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.1625-1626.

¹⁵⁶ Report of the High Commissioner for Human Rights on Implementation of Economic, Social and Cultural Rights, Cenevre, 8 Haziran 2009, Raporun İngilizce metni için bkz.,

17. Genel Yorumu geri dönecek olursak, Taraf Devletlerin spesifik yasal yükümlülükleri konusunda saygı gösterme yükümlülüğü şöyle izah edilmiştir:

“Taraf Devletler, diğer yükümlülüklerine ek olarak sanatçıların kendi bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinin yaratıcıları olarak kabul edilme hakkının ihlal edilmesinden kaçınılması ve onların şeref ve ünlerine zararlı olabilecek şekilde eserlerin değiştirilmesi, bozulması ya da diğer şekillerde tadilatını engelleyerek maddi ve manevi menfaatlerin korunması hakkına saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. Taraf Devletler sanatçılarının uygun standartlarda yaşamalarını sağlayacak maddi menfaatlerine haksız şekilde engel olmaktan kaçınmalıdır.”¹⁵⁷

17. Genel Yorumu göre, Taraf Devletlerin koruma yükümlülüğü ise, sanatçıların maddi menfaatlerini 3. kişilerin ihlal etmesine karşı etkin koruma sağlama görevinden ibarettir. Daha açık bir deyişle Taraf Devletler, sanatçıların eserlerinden doğan maddi menfaatlerinin 3. şahıslar tarafından ihlalini önlemeli yani bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerin izinsiz kullanımını engellemelidir; sanatçının eserlerinin izinsiz olarak kullanımı sonucu oluşacak zararların, zararı veren 3. kişilerce tatmin edici ölçüde tazminini sağlamalıdır.¹⁵⁸

Yerine getirme yükümlülüğü ise, Taraf Devletlerin sanatçılara bilimsel, edebi ve sanatsal çalışmalarından doğan maddi ve manevi menfaatlerini talep etmelerini ve bu menfaatlerin ihlali durumunda etkin tazminatı istemelerini ve edinmelerini sağlayacak idari, adli ve diğer uygun müracaat yollarını sağlamalarını gerektirir. Taraf Devletlerin aynı zamanda Sözleşmenin Madde 8/1-a’da belirtilen mağdur ve dışlanmış sanatçıları da içerecek şekilde, sanatçıların maddi ve manevi menfaatlerini temsil eden profesyonel ve diğer kurumların oluşumlarını kolaylaştıracak finansal ve diğer pozitif önlemleri alması gerekir. Yerine getirme yükümlülüğü, Taraf Devletlerin bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerin yaratıcılarının kamu işlerinin idaresine ve hakları ya da kanuni menfaatleri üzerinde etkisi olacak

(Çevrimiçi) <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/report2009.asp>, 04.09.2010. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

¹⁵⁷ General Comment No 17, par. 30. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

¹⁵⁸ General Comment No 17, paras. 31-32.

belirgin kararların alınması öncesinde bu bireylerle, gruplarla ya da onların seçmiş olduğu temsilcileriyle görüşmeyi de gerektirir.¹⁵⁹

17. Genel Yorumun ‘Uluslararası Yükümlülükler’ (*International Obligations*) başlıklı bölümünde Komite’nin 3. Genel Yorumuna¹⁶⁰ atıf yapılmıştır. Buna göre; Taraf Devletler, Sözleşmede tanınan hakların tümüyle gerçekleştirilmesi doğrultusunda, bireysel olarak ya da uluslararası yardım ve birlik altında, özellikle ekonomik ve resmi olarak gerekli adımların atılmasında yükümlü olduklarına dikkat çeker. Taraf Devletler Sözleşmede tanınan tüm hakların korunmasında uluslararası birliğin temel rolünü kabul etmelidir ve bu bağlamda üzerine düşen görevlerini yerine getirmelidir, uluslararası kültürel ve bilimsel birlik tüm insanların ortak menfaatleri doğrultusunda oluşturmalıdır, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi için gerekli uluslararası birliği oluşturmakla yükümlüdür.¹⁶¹

Genel Yorumda, Komite’nin Taraf Devletlerin Sözleşme’de beyan edilen hakların her birinin elzem seviyelerinin yerine getirilmesini sağlama temel yükümlülüğünün 3. Genel Yorumda saptandığı belirtilmiştir. Komite, madde 15/1-c ile ilgili olarak, diğer insan hakları belgelerine ve aynı zamanda bilimsel, edebi ve sanatsal çalışmalardan doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunması hakkındaki uluslararası anlaşmalara uygunluk açısından Sözleşme’nin en azından aşağıdaki temel yükümlülükleri gerektirdiğini, hemen etkili olacak şekilde göz önüne almıştır:

“(a) Sanatçıların maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasını sağlamak için gerekli kanuni ve diğer adımların atılması;

(b) Sanatçıların kendi bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinin yaratıcıları olarak tanınma haklarının korumak ve eserlerinin şeref ve ünlerine zarar verecek biçimde değiştirilmesine, bozulmasına ya da modifiye edilmesine karşı çıkmak;

(c) Sanatçıların kendi bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinden doğan ve onların uygun yaşam standartlarına sahip olmasını sağlayacak temel maddi menfaatlerinin tanımak ve korumak;

¹⁵⁹ General Comment No 17, par. 34.

¹⁶⁰ General Comment No 3, The Nature of States Parties Obligations (Article. 2, par. 1 of the Covenant), Fifth Session, 1990, (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?OpenDocument), 04.05.2010.

¹⁶¹ General Comment No 17, paras. 36-37-38.

(d) Maddi ve manevi menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda sanatçıların, özellikle mağdur ve dışlanmış olan gruplara dahil olanların, idari, adli ve diğer uygun müracaat yollarına ulaşmalarında eşit koşullara sahip olmalarını sağlamak;

(e) Sanatçıların maddi ve manevi menfaatlerinin etkin biçimde korunması ile taraf devletlerin yemek, sağlık ve eğitim haklarındaki yükümlülükleri ve bunun yanında kültürel hayata katılma, bilimsel ilerleme ve bunun uygulamalarından yararlanma ya da Sözleşme’de belirtilen diğer haklarla, arasında uygun bir denge kurmak.”¹⁶²

17. Genel Yorumun ‘İhlaller’ (Violations) başlıklı bölümünde; Taraf Devletlerin hangi eylem ya da ihmallerinin sanatçıların maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkının ihlali olduğunun belirlenmesinde, sanatçıların kendi bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkını gerçekleştirmede mevcut kaynaklarını azami seviyede kullanmaya isteksiz olan Devletlerin, 15/1-c’deki yükümlülüklerini ihlal etmiş olacakları belirtilmiştir. Eğer kaynak kıtlığı bir devletin Sözleşme’de belirtilen yükümlülüklerini tümüyle yerine getirmesini imkansız kılıyorsa, bu Devlet, yükümlülüklerini, özellikle temel yükümlülüklerini, yerine getirmek için mevcut tüm kaynakların kullanıldığının ispatını yapmakla yükümlüdür.¹⁶³

İhlaller konusundaki diğer bir önemli husus; sanatçının maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkının ihlali Taraf Devletlerin doğrudan eylemleri ya da yetersiz düzeyde tanzim ettikleri oluşumlar yoluyla gerçekleşmesi halinde, bu Yorumun 39. paragrafında belirtilen madde 15/1-c’nin temel yükümlülüklerine uyumsuz olacak şekilde gerileyici önlemler almanın, bu hakkın ihlali kabul edileceğidir.¹⁶⁴

Yukarıda açıklanan Taraf Devletlerin saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerinin ihlallerinin kapsamaları ise şöyle açıklanmıştır:

“Saygı Gösterme Yükümlülüğü İhlalleri;

Saygı gösterme yükümlülüğü ihlalleri şunları içerir: sanatçıların kendi bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinin yaratıcıları olarak tanınma haklarının korunması

¹⁶² General Comment No 17, par. 39. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

¹⁶³ General Comment No 17, par. 41.

¹⁶⁴ General Comment No 17, par. 42.

ve eserlerinin kendi şeref ve ünlerine zarar verecek biçimde değiştirilmesine ya da bozulmasına karşı çıkması haklarının ihlal edilmesine sebep olacak devlet eylemlerini, kurallarını ya da kanunlarını; sanatçıların uygun yaşam standartlarına sahip olmaları sağlamak için gerekli maddi menfaatlerine haksız şekilde müdahale etmek; sanatçıların, maddi ve manevi menfaatlerinin ihlali durumunda tazminat istemeleri için olan idari, adli ve diğer uygun müracaat yollarına erişimlerini engellemek; sanatçılar arasında maddi ve manevi menfaatlerin korunması konusunda ayrımcılık yapmak.

Korunma Yükümlülüğü İhlalleri;

Korunma yükümlülüğü ihlalleri, Devletlerin yetki alanları içerisindeki sanatçıları maddi ve manevi menfaatlerinin 3. şahıslar tarafından ihlal edilmesinden korumak için gerekli olan önlemlerin hepsini alamaması sonrasında oluşur. Bilimsel, edebi ya da sanatsal eserlerin sanatçıların yarattıkları eserlerin yaratıcısı olarak tanınma hakkına aykırı olacak veya sanatçıların şeref ve ünlerine zarar verecek biçimde bu eserlerini değiştirecek, bozulacak veya yazarların uygun yaşam standartlarına sahip olmalarını sağlamak için gerekli maddi menfaatlerine haksız şekilde müdahale edecek biçimde kullanılmasını engelleyecek kanunların çıkarılması ve uygulanmasındaki başarısızlıklar ve sanatçıların, 3. şahıslar tarafından bilimsel, edebi ya da sanatsal eserlerinin izinsiz olarak kullanmaları sonucu uğrayacakları makul olmayan zararın tatmin edici tazminini sağlamadaki başarısızlıkları bu kategoriye girer.

Yerine Getirme Yükümlülüğü İhlalleri;

Yerine getirme yükümlülüğü ihlalleri, Taraf Devletlerin mevcut kaynakları dahilinde sanatçıların bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkının tümüyle gerçekleştirmesinin teşvik edilmesi için gerekli olan adımların hepsini atmayı başaramadığı zaman meydana gelir. Sanatçılara, özellikle mağdur ve dışlanan gruplara dahil olanlara, bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin ihlali durumunda etkin tazmini istemelerini ve edinmelerini sağlayacak idari, adli ve diğer uygun müracaat yollarının sağlanamaması ve sanatçıların, bilimsel, edebi ve sanatsal eserlerinden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkına etkisi olacak karar alma sürecine etkin ve haberdar şekilde katılımı için gerekli imkanların sağlanamaması bu konuya örnek teşkil eder.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ General Comment No 17, paras. 44-45-46. (İngilizceden çeviri tarafıma aittir.)

3.1.4. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) ve Sanat Özgürlüğü Hakkı

'Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü' (*United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization/UNESCO*) 1945 yılında UNESCO Anayasası'nın imza edilmesi ve 1946 yılında yürürlüğe girmesi ile kurulmuş bir örgüttür. Türkiye ise UNESCO Anayasası'nı imzaya açıldığı tarihte imzalamıştır.¹⁶⁶ Türkiye bu kurucu belgeyi onaylamak için 4895 sayılı 'Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu Sözleşmesinin Onanması Hakkında Kanun'u çıkarmıştır.¹⁶⁷ Bu örgütün Genel Konferans, Yürütme Konseyi ve Sekreterlik olmak üzere üç ana organı mevcuttur ve bugün itibariyle UNESCO'ya üye devletlerin sayısı 191'dir.¹⁶⁸

Bu örgütün yetki alanına eğitim hakkı, bilimsel ilerlemelerden yararlanma hakkı, kültürel yaşama özgürce katılma hakkı, bilgilenme hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, medya aracılığı ile bilgi ve görüşleri araştırma, edinme ve yayma hakkı, bilimsel, sanatsal ve edebi ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi çıkarların korunması hakkı, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı gibi haklar girmektedir.¹⁶⁹ Örgütün amacı ise UNESCO Anayasası'nın birinci maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

*"Örgütün amacı; BM Şartı'nda dünya halkları için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin tanınmış bulunan adalete, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına ve temel özgürlüklere evrensel ölçekte saygı gösterilmesini sağlamak/geliştirmek amacıyla, eğitim, bilim ve kültür yollarıyla uluslar arasında işbirliğini geliştirerek barışa ve güvenliğe katkıda bulunmaktır."*¹⁷⁰

¹⁶⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7.bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 853-854.

¹⁶⁷ 4895 sayılı Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu Sözleşmesinin Onanması Hakkında Kanun, RG. Tarih: 25.05.1946, Sayı: 6316.

¹⁶⁸ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Resmi İnternet Sitesi, (Çevrimiçi) <http://www.unesco.org.tr/index.php>, 15.08.2010.

¹⁶⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7.bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 854-855.

¹⁷⁰ UNESCO Anayasası Resmi İngilizce metni için bkz., UNESCO Resmi İnternet Sitesi, Hukuki Belgeler (Legal Instruments), (Çevrimiçi) <http://portal.unesco.org/en>, 15.08.2010.

UNESCO tarafından üretilen insan hakları belgelerini sözleşmeler, bildiriler ve tavsiyeler olarak gruplandırabiliriz. Buna göre sanat özgürlüğü hakkı ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı olan sözleşme, bildiri ve tavsiyeler aşağıdaki gibidir:

Sözleşmeler (Conventions):

- Eğitimsel, Bilimsel Ve Kültürel Nitelikli Görsel Ve İşitsel Materyalin Uluslararası Dolaşımını Sağlamaya Dair Anlaşma (*Agreement For Facilitating The International Circulation Of Visual And Auditory Materials Of Educational, Scientific And Cultural Character*)
- Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi (*Universal Copyright Convention*)
- Fonogramlar Ve Radyo Yayıncılığı Kuruluşları Üreticilerinin Ve İcracılarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (*International Convention For The Protection Of Performers, Producers Of Phonograms And Broadcasting Organizations*)
- Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması Ve Geliştirilmesi Sözleşmesi (*Convention On The Protection And Promotion Of The Diversity Of Cultural Expressions*)

Bildiriler (Declarations):

- Uluslararası Kültürel İşbirliği İlkeleri Bildirisi (*Declaration Of The Principles Of International Cultural Co-operation*)
- Kitle iletişim Araçlarının, Barışın Güçlendirilmesine, İnsan Haklarının Geliştirilmesine ve Irkçılık, Apartheid ve Savaş Kışkırtıcılığına Karşı Mücadeleye Yapacağı Katkıya İlişkin Temel İlkeler Bildirisi (*Declaration On Fundamental Principles Concerning The Contribution Of The Mass Media To Strengthening Peace And International Understanding To The Promotion Of Human Rights And To Countering Racialism, Apartheid And Incitement To War*)

Tavsiyeler (Recommendations):

- Kitapların, Gazetelerin ve Dergilerin Yayım ve Dağıtım Hakkında İstatistiğin Ulusal Standardizasyonunu İlgilendiren Revize Tavsiye (*Revised Recommendation Concerning The International Standardization Of Statistic On The Production And Distribution Of Books, Newspapers And Periodicals*)
- Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye (*Recommendation Concerning The Status Of The Artist*)
- Kitap Yayınlama ve Dergiler ile İlgili İstatistiğin Ulusal Standardizasyonunu İlgilendiren Tavsiye (*Recommendation Concerning The International Standardization Of Statistic Relating To Book Production And Periodicals*)
- Müzenin Herkes Tarafından Erişilebilir Yapılmasının En Etkatif Yollarını İlgilendiren Tavsiye (*Recommendation Concerning The Most Effective Means Of Rendering Museum Accessible To Everyone*).¹⁷¹

Kültürel İfadelerin Korunması Ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nin tanımları veren 4. maddesinde kültürel ifadelerin; bireylerin, grupların ve toplumların yaratıcı faaliyetlerinin sonucu olan ifadeler olduğu belirtilmiştir. Buradaki yaratıcı faaliyetler sanatsal faaliyetleri de içermektedir. Dolayısıyla bu sözleşmenin madde 1/a-i'de belirtilen kültürel ifadelerin çeşitliliğini koruma ve geliştirme, kültürel etkileşimi geliştirmek için kültürler arası geçişkenliği güçlendirme, kültürel ifadelerin çeşitliliğine saygı gösterme gibi amaçları sanat özgürlüğü hakkı bağlamında, sanatçının serbestçe birikim ve donanım oluşturma hakkını pekiştirmektedir.

Evrensel Telif Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi de, "*Her bir Taraf Devlet, yazarlar ve diğer telif hakkı sahiplerinin, yazılar, müzikal, teatral ve sinemasal çalışmalar ve resim, gravür ve heykel sanatlarını içeren edebi, bilimsel ve sanatsal*

¹⁷¹ UNESCO tarafından üretilen insan hakları belgeleri için bkz., UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments-Major Meetings-Publications (selection of documents and introduction by Janusz Symonides-Vladimir Volodin), UNESCO, France, 1999 (second edition), UNESCO Resmi İnternet Sitesi, Hukuki Belgeler (Legal Instruments), (Çevrimiçi) <http://portal.unesco.org/en>, 15.08.2010.

eserlerdeki haklarının korunmasını yeterli ve etkin bir biçimde sağlamayı taahhüt eder.” diyerek sanatçı ve eserini koruma altına almıştır.¹⁷²

Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye, UNESCO Genel Konferansı'nın 21. Toplantısı sonucunda 27.10.1980 tarihinde Belgrad'da ortaya çıkmıştır. Bu Tavsiye öncelikle BM EİHB'nin 22-23-24-25-27-28. maddelerine, ESKHS'nin 6-15. Maddelerine atıf yapmıştır.¹⁷³

Bu Tavsiye sanat özgürlüğü hakkı konusunda devletlerin yükümlülüklerine değinmiştir. Buna göre devletlerin sadece sanatsal ifade özgürlüğünü teşvik eden bir ortam oluşturma değil; aynı zamanda sanatçının yaratıcı yeteneğini açığa çıkarmasını kolaylaştıracak maddi koşulların oluşturulmasına yardımcı olma yükümlülüğü vardır. Taraf devletler, bu Tavsiyeyi sanatçının rolünün gelişimine katkıda bulunabilecek ve sanatçının kültürel yaşam ve gelişimine katılımını teşvik edecek merciler, enstitüler ve organizasyonların dikkatine sunmalıdır. Ayrıca tüm sanatsal aktiviteler bağlamında ifade ve iletişim özgürlüğü gerekli bir ön koşul olduğu için taraf devletler, sanatçıların insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuat ile korunmasını sağlamalıdır. Ayrıca bu Tavsiye ile sanatçının toplumun gelişimine katkıda bulunması ve diğer tüm vatandaşlar gibi bunun içindeki sorumluluklarını yerine getirmesi için yaratıcılığının ve ifade özgürlüğünün korunmasına olanak tanınması gerektiği belirtilmiştir.¹⁷⁴

Bu Tavsiyeye göre çok sayıda Taraf Devletlerdeki sanatçıların insan hakları, ekonomik ve kültürel koşullar ve istihdam durumlarındaki endişe verici durumun düzeltilmesi için kamu otoriteleri tarafından eylem yapılması gerekli ve acildir. Ayrıca Tavsiye, sanatçıların yeteneklerinin geliştirilmesi, yaşam koşullarının iyileştirilmesi, maddi ve manevi haklarının korunması ve bu korumanın genişletilmesinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Bu Tavsiyenin

¹⁷² Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi (*Universal Copyright Convention*), İmza Tarihi:06.09.1952, Yürürlük Tarihi:16.09.1955, Madde 1.

¹⁷³ Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye (*Recommendation Concerning The Status Of The Artist*), par. 2.

¹⁷⁴ Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye (*Recommendation Concerning The Status Of The Artist*), paras. 6-33- Rehber İlkeler 6-8.

amaçlarından bir tanesi de Taraf Devletlerde herkesin sanata erişebilirliğini sağlamaktır.¹⁷⁵

Tüm bu bilgiler ışığında genel bir değerlendirme yapılacak olursa bu Tavsiye ile sanat özgürlüğünün, sanatsal yaratıcılığın oluşum süreci, sanat eserinin oluşturulması, yayılması ve korunması, kişilerin sanat eserlerine rahatça ulaşabilmesinden oluşan tüm yönlerinin Taraf Devletlerce koruma altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca sanatçının sosyal haklarının varlığı ve Taraf Devletlerce korunması gerekliliğinin ve yükümlülüğünün üzerinde durulmuştur.

3.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

'İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Avrupa Sözleşmesi' (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, *European Convention On Human Rights*) (Kısaca AİHS Ya da Sözleşme olarak anılacaktır.)¹⁷⁶ İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasındaki süreçte ortaya çıkan, ulusal düzlemde insan haklarının korunmasının ulusalüstü düzleme taşıma ihtiyacı ve buna bağlı gelişen çalışmaların Avrupa ayağıdır.

Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanıp, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, AİHS'ye 1950 yılında imza koymuştur. Türkiye 6366 sayılı 'İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'u (RG. Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662) çıkartmıştır.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye (*Recommendation Concerning The Status Of The Artist*), paras. 17-21.

¹⁷⁶ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.5-27.

¹⁷⁷ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.919-920.

3.1.5.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü

AİHS'deki haklar listesi Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile kıyaslandığında son derece dar ve yalnızca medeni ve siyasi haklara yer veren bir sözleşmedir. AİHS'nin haklar listesinin eksikleri sonradan üretilen protokoller, sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile tamamlanmaya çalışılmıştır. AİHS'de sanat özgürlüğü hakkına da doğrudan bir düzenleme ile yer verilmemiştir. Fakat Mahkeme içtihatlarından anlaşılacağı üzere bu hak; sanatsal ifadenin de ifade türlerinden biri olduğu gerekçesi ile 10. maddede düzenlenmiş olan "ifade özgürlüğü" kapsamında değerlendirilmiş ve bu yönde içtihatlar üretilmiştir. Bu madde metni şöyledir:

"Her kişi ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüş/(kanaat) sahibi olma ve bilgi/(haber) ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu madde Devletlerin, radyo, televizyon ya da sinema işletmelerini izin/ruhsat alma koşuluna bağlanmasını engellemeyecektir.

*Bu özgürlüklerin kullanımı, beraberinde ödevleri ve sorumlulukları getirdiğinden, ulusal güvenlik, ülke/(toprak) bütünlüğü ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması başkalarının şöhret ya da haklarının korunması mahrem kaydıyla edinilen bilginin açığa çıkmasının önlenmesi yahut yargı organlarının yetke/(otorite) ve tarafsızlığının korunması/(muhafaza edip sürdürülmesi) için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir."*¹⁷⁸

Maddenin birinci fıkrasında ifade özgürlüğü hakkının çerçevesi çizilmiş, ikinci fıkrada ise hakkın sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir. AİHM bu sınırlama ölçütlerini bazı kararlarında yorumlamış ve bundan sonraki diğer kararlarında da çoğunlukla bu ilkelere atıf yapmıştır. Buna göre AİHM'nin Madde 10/2'deki sınırlandırma ölçütlerine dair yorumları şöyledir:

"Mahkeme, madde 10 paragraf 2'deki anlamıyla 'gerekli' sıfatının, bir yandan 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığını; öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan',

¹⁷⁸ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.12.

‘yararlı’, ‘makul’ ya da ‘arzu edilen’ değimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate alır. Bununla beraber, bu bağlamda, ‘gereklilik’ kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının gerçekliğini ilk aşamada değerlendirecek olan ulusal yetkililerdir. Sonuç olarak, Madde 10 paragraf 2, Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. ‘Yasa ile düzenlenmiş’/‘Hukukun öngördüğü’ bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş makamlardan olan yargılama makamına da bırakılmıştır.

Bununla birlikte Mahkeme, Madde 10 paragraf 2 Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini Komisyon ile birlikte güvence altına almakla görevli olan Mahkeme, bir “yasak” ya da “ceza”nın, Madde 10 ile korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığına ilişkin son kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir. Bu denetim, hem şikayet edilen önlemin amacıyla hem de bunun “gerekliliği” ile ilgilidir; denetim, sadece temel mevzuata değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa da, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar... Denetim görevi mahkemeyi “demokratik bir toplumu” niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır.”¹⁷⁹

Mahkemenin bu konudaki bir diğer önemli yorumu ise şu şekildedir:

“Mahkeme, Madde 10, paragraf 2’deki anlamıyla, ‘gerekli’ sıfatının ‘zorunlu’ sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, ‘kabul edilebilir’, ‘olağan’, ‘yararlı’, ‘makul’, ‘arzu edilen’, şeklindeki ifadelerin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir ‘sosyal ihtiyaç baskısı’nın varlığına işaret ettiğini belirtmiştir... Madde 10, paragraf 2, Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan, hem ulusal yasa koyucuya... hem de, aralarında yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır. Bununla beraber, Sözleşmenin Madde 10, paragraf 2, Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Mahkeme... bir ‘yasağın’... 10. Maddede korunana ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir; bu denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa da, bu hukuki düzenlemeyi uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Handyside v. United Kingdom, Application No:5493/72, ECHR, Judgment, 07.12.1976, paras. 48-49, Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.205-206.

¹⁸⁰ Sunday Times v. United Kingdom (No.I), Application No:6538/74, ECHR, Judgment, 26.04.1976, par. 59, Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.e.**, s. 205-206.

Yine Mahkemenin verdiği bir diğer kararda şu saptamalar yer almaktadır:

“Bir müdahale yapılması gereksinimini tartmakta Sözleşmecî Devletler belli bir takdir yetkisi kullanırlar; ancak bu takdir yetkisi, kapsamı her bir olaya bağlı olarak çeşitlilik arz ederek, Avrupa’nın gözetimi/denetimi ile birlikte söz konusudur. Madde 10 paragraf 1’de güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına yönelik bir müdahale bulunduğunda, anılan gözetim/denetim çok kesin biçimde işletilir. Zira söz konusu haklar önemlidir ve bu hakların taşıdığı önem Mahkeme tarafından pek çok kere vurgulanmıştır. Bu hakların kayıtlanması gerekliliği mutlaka açık bir şekilde kanıtlanmalıdır.”¹⁸¹

Bu kararlardan çıkan ortak sonuç, Sözleşmenin, Taraf Devletlere sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusunda bir takdir yetkisi bırakmış olduğudur. Fakat bu takdir yetkisi de sınırsız değildir ve Avrupa sisteminin gözetiminde olmalıdır.

Sınırlandırmanın bir meşru amaç ile orantılı olması ölçütü konusunda da Mahkeme ifade özgürlüğüne getirilecek her türlü sınırlamanın meşru amaçla orantılı olması gerektiğini birçok kararında vurgulamıştır.¹⁸² Sözleşme metnindeki ‘demokratik toplumda gerekli bulunan türdeki formaliteler, koşullar, kayıtlamalar ya da cezalar’ ile kastedilen de orantılılık ilkesidir.

Hukuken öngörülmüş olma ölçütü konusunda ise Mahkeme aşağıdaki açıklamalarını yapmıştır:

“Mahkemenin görüşüne göre, ‘hukuken öngörülmüş’ ifadesinden iki gerek çıkmaktadır. İlki hukuk kendisine ulaşılmaya elverişli nitelikte olmalıdır; vatandaş belli bir olaya uygulanabilir hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek üzere yeterince açık şekilde formüleştirilmemiş bir norm hukuk olarak mütalaa

¹⁸¹ Autronic AG v. Switzerland, Series:A No:178,ECHR, Judgment, 22.05.1990, par. 61, Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.e.**, s.207

¹⁸² İlgili AİHM kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.e.**, s.207-208.

edilemez; vatandaş belli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekli ise uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir.”¹⁸³

Bir diğer kararda konu ile ilgili Mahkemenin yorumu şöyledir:

“Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, müdahalenin iç hukukta temeli bulunmalıdır, müdahalenin dayandığı düzenleme kolay biçimde ulaşılabilir nitelikte ve kişinin, gereksinim doğduğunda uygun tavsiye de alabilmesi dahil, kendi davranışlarını düzenlemesine elveren yeterli açıklıkla formüleleştirilmiş olmalıdır.”¹⁸⁴

Mahkemenin bu açıklamalarından çıkan sonuç ise ‘hukuken öngörülmüş olma’ ile kastedilen kişilerin mevcut hukuk kuralları hakkında bilgi sahibi olması ve bu kurallara ulaşabilmesinin mümkün olmasıdır.

Sözleşmedeki sınırlama ölçütlerini Mahkemenin ele alış şekli ve değerlendirmelerinin tespitinden sonra incelenmesi gereken bir diğer konu AİHM içtihatlarında sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin verilmiş olan kararlardır.

3.1.5.2. AİHM İchtihatlarında Sanat Özgürlüğü Hakkı

AİHM, Sözleşmenin denetim sistemi içerisinde şikayet başvuru usulünün işletildiği yargısal organdır.¹⁸⁵ AİHM, hak ihlali olup olmadığının tespitinde şöyle bir yol izlemektedir: mahkeme önüne gelen vakada ilk önce 10. maddenin uygulanabilirliğine karar verir. Daha sonra ifade özgürlüğüne yapılmış bir müdahalenin olup olmadığını tespit eder. Müdahalenin varlığına kanaat getirirse bu müdahalenin meşru olup olmadığını inceler. Müdahalenin meşru olup olmadığının ölçütleri ise sınırlamanın hukuken öngörülmüş olması, madde 10/2’de sayılan meşru amaçlardan birine dayanması ve son olarak demokratik toplumda gerekli olmasıdır.¹⁸⁶

¹⁸³ Sunday Times v. United Kingdom (No.I), Application No:6538/74, ECHR, Judgment, 26.04.1976 par. 49, Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.e.**, s.208-209.

¹⁸⁴ Barthold v. Federal Republic of Germany. Application No: 8734/79, ECHR, Judgment, 25.03.1985, par. 45, Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **a.e.**, 209.

¹⁸⁵ AİHS Denetim Sistemi ve AİHM Görev ve İşleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2010. s. 931-979.

¹⁸⁶ Yasemin Özdek, **a.g.e.**, s.241.

Mahkeme'nin ifade özgürlüğü konusunda vermiş olduğu önemli bir karar Otto-Preminger Institut v. Avusturya¹⁸⁷ dir. Başvurucu dernek, 1985 yılında 'Cennette Toplantı' (*Council in Heaven*) isimli sinema filmini toplam altı kez göstermek üzere duyurusunu yapmıştır. Şikayet üzerine film yargı makamlarınca izlenmiş ve "dinsel doktrinleri küçük düşürmek" suçunun işlendiği gerekçesiyle ilk gösterimine bir gün kala film yasaklanmıştır. Dernek yöneticisi bu sonuç üzerine bir sanat eserine serbestçe ulaşma haklarını kullanamadıklarını belirtmiştir.

Komisyonun kabul edilebilirlik kararından sonra Mahkeme kararında, ahlak konusundaki gibi din konusunda da tüm Avrupa'da ortak bir bakış açısı olamayacağı, bu nedenle ulusal yargı makamların belli bir takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁸

AİHM'in Handyside v. Birleşik Krallık¹⁸⁹ kararında, Madde 10'un Devlete ya da nüfusun belli bir bölümünü rahatsız edici ya da şok edici ifadeleri de kapsadığını belirtmiştir ve şunları eklemiştir: "*Bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.*"¹⁹⁰ Bunun yanı sıra aynı kararda Mahkeme, devletler içerisinde ahlaki değerlerin ve buna bağlı hukukların değişken olabileceğini, bu durumda devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu fakat bu takdir yetkisinin Avrupa organlarınca denetleneceğini belirtmiştir.¹⁹¹

Bu kararlarda ahlak ve din gibi konularda AİHM'nin Taraf Devletlerin ulusal yargı makamlarına bir takdir yetkisi tanımayı tercih ettiğini görmekteyiz. Fakat Mahkeme bazı durumlarda ise bu takdir yetkisinin daha sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bu duruma örnek kararlar şöyledir:

İlk olarak Lingens v. Avusturya¹⁹² kararında Mahkeme'ye göre, politikacılara karşı yapılan eleştirilerin sınırları, normal bireylere karşı yapılan

¹⁸⁷ Otto-Preminger Institut v. Austria, Application No:13470/87, ECHR, Judgment, 20.09.1994.

¹⁸⁸ Otto-Preminger Institut v. Austria, par. 50.

¹⁸⁹ Handyside v. United Kingdom, Application No:5493/72, ECHR, Judgment, 07.12.1976.

¹⁹⁰ Handyside v. United Kingdom, paras. 48-49.

¹⁹¹ Yasemin Özdek, **a.g.e.**, s.242.

¹⁹² Lingens v. Austria, Application No:9815/82, ECHR, Judgment, 08.07.1986.

eleştirilerin sınırlarından daha dardır.¹⁹³ Bir diğer karar, Castells v. İspanya¹⁹⁴ kararında Hükümete karşı yapılan eleştirilerin sınırlarının ise politikacılara yapılan eleştirilerin sınırlarından da dar olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁵

AİHM, bir diğer kararı Vogt v. Almanya¹⁹⁶ kararında madde 10 ile düzenlenen ifade özgürlüğünün istisnalarının var olduğu, fakat bu istisnaların dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹⁷

AİHM'nin sanat özgürlüğü konusunda verdiği en önemli karar Müller v. İsviçre¹⁹⁸ kararıdır. Dava konusu ise bir ressam olan Müller'in 'Fri-Art 81' isimli bir resim sergisinde yayınlanan üç resminin müstehcen materyal olması dolayısıyla ceza almış olması nedeni ile sanatsal ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğu iddiasıdır. Yargı makamları tarafından yapılan değerlendirmeleri özetleyecek olursak, bu makamlar Ceza Kanunu'nun müstehcenlikle ilgili maddesinin genel ahlaki korumaya yönelik olduğu, sanatçıların da bu kanuna tabi olduğu, sanat eserlerinin ayrıcalıklı bir statüye sahip olmadığı görüşündeydiler.¹⁹⁹

Başvurucu ise iddiasını temellendirirken, yargı makamlarının Ceza Kanunu'nun ilgili maddesini uygularken sanatsal ifade özgürlüğünü dikkate almadıklarını ayrıca söz konusu eserlerin daha önce de sergilendiğini ve kimseye müstehcen gelmediğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra bu eserlerin kamuya açık bir alanda değil özel bir çağdaş sanat sergisinde sergilendiğini, o sergiyi ziyaret eden kişilerin çağdaş sanattaki eğilimlerden haberdar olan kişiler olduğu bu nedenle söz konusu eserleri de bu gözle değerlendireceklerini ileri sürmüştür.²⁰⁰

Komisyon, Kabul Edilebilirlik Kararı'nda Sözleşmenin 10. maddesinde, sanatsal ifade özgürlüğünün bu madde kapsamına girdiğinin belirtilmemesine rağmen ifade çeşitleri arasında bir ayrımın da yapmadığına dikkat çekmiştir.²⁰¹

¹⁹³ Lingens v. Austria, par. 42.

¹⁹⁴ Castells v. Spain, Application No:11798/85, ECHR, Judgment, 23.04.1992.

¹⁹⁵ Castells v. Spain, par. 46.

¹⁹⁶ Vogt v. Germany, Application No:17851/91, ECHR, Judgment, 26.09.1995.

¹⁹⁷ Vogt v. Germany, par. 52.

¹⁹⁸ Müller v. Switzerland, Application No: 10737/84, ECHR, Judgment, 24.05.1988.

¹⁹⁹ Müller v. Switzerland, paras. 14-16.

²⁰⁰ Müller v. Switzerland, par. 17.

²⁰¹ Müller v. Switzerland, par. 27.

Mahkeme ise esasa ilişkin incelemesinde, sanatçıların ve sanat eserlerini yayan araçların toplum içinde fikir alış verişi sağlayan kişiler olduğu, bu nedenle Devletlerin bu kişilerin ifade özgürlüklerini gereksiz yere kısıtlayamayacağını belirmişti. Yine Mahkeme, bu kişilerin Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlamalardan muaf da tutulamayacağını, bu sınırlamaların herkes için geçerli olduğunu ileri sürmüştür.²⁰²

Mahkeme tüm bu inceleme ve değerlendirmelerden sonra, başvuruçuların mahkumiyetlerini ve resimlerin müsadereğini demokratik toplumda gerekli ve orantılı bularak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Sanat özgürlüğü hakkının ihlaline örnek teşkil edecek kararlardan davalı devletin Türkiye oldukları da vardır. Bunlara ilk örnek olarak ise Karataş v. Türkiye²⁰³ kararı gösterilebilir. Başvurucu Hüseyin Karataş, "Dersim: Bir İsyan Türküsü" adlı şiir kitabının Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile DGM tarafından yargılanarak ceza almış ve kitapların müsadereğine karar verilmiştir. Konunun AİHM önüne gelmesi sonucunda Mahkeme yaptığı incelemede; mahkumiyet kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğuna; müdahalenin 3713 Sayılı Kanunun 8. maddesine dayandığı için hukuken öngörülebilir bir müdahale olduğuna; müdahalenin ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve suçun ve düzensizliğin önlenmesi meşru amaçlarına sahip olduğuna karar vermiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunun ise üzerinde daha yoğun durmuştur. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, şiirlerin okuyucuları kin ve düşmanlığa, isyana ve şiddet kullanmaya tahrik edebileceğini, fakat gerçekten tahrik edip etmediğine karar verirken, başvuruçunun sadece azınlık bir okuyucu kitlesine hitap eden sanatsal bir ifade biçimi olan şiiri vasıta olarak kullandığı göz önünde bulundurmak gerektiğini belirtmiştir. Bu incelemelerden sonra Mahkeme, başvuruçunun mahkumiyetinin izlenen amaçla orantısız olduğuna, bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁰⁴

²⁰² Müller v. Switzerland, par. 34.

²⁰³ Karataş v. Turkey, Application No:23168/94, ECHR, Judgment, 08.07.1999.

²⁰⁴ Karataş v. Turkey, par. 52.

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararlardan sanatsal ifade özgürlüğünü içeren bir diğeri Aslan v. Türkiye²⁰⁵ kararıdır. Başvurucu Günay Aslan, yazmış olduğı 'Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun' adlı kitabı nedeni ile Terörle Mücadele Kanunu Madde 8'i ihlal ettiğı gerekçesi ile ceza almıştır. Mahkeme ise bu eserin bazı bölümlerinde düşmanca bir üslup kullanılmasına rağmen halkı şiddete ve ayaklanmaya kışkırtıcı nitelikte olmadığı kanısına varmıştır.²⁰⁶

Türkiye aleyhine yapılmış başvurulardan sanatsal ifade özgürlüğü konusunda olan bir diğerkarar Polat v. Türkiye²⁰⁷ kararıdır. Edip Polat'ın yazdığı 'Nevrozladık Şafakları' adlı kitap Mahkemece edebi eser niteliğinde bulunmuştur. Bu kararda da Mahkeme, Türkiye ile ilgili birçok kararda olduğı gibi Türkiye'nin ulusal yargı makamlarının takdir yetkisini doğru kullanmadığına ve genellikle verilen cezaların izlenen amaçla orantılı olmadığına dikkat çekmiştir.²⁰⁸

Bir diğerkararı ise Öztürk v. Türkiye²⁰⁹ kararıdır. Bu kararda Mahkeme 'Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi' isimli kitabın yazarının beraat etmesine rağmen yayıncı Öztürk'ün ceza almasını, içtihat hukukundaki gelişmelere ulusal yargı makamlarının erişiminin yeterli olmadığı şeklinde yorumlamıştır.²¹⁰

Çok yakın bir tarihte verilmiş sanatsal ifade ile ilgili bir diğerkarar ise Akdaş v. Türkiye²¹¹ kararıdır. Bu vakada Mahkemenin kararı aşağıdaki gibidir:

"Ahlaki gereklilikler zamandan zamana ve mekandan mekana hatta aynı ülke içinde değişmektedir. Bu sebeple ahlaki gereklilikler ve bunların korunması adına yapılacak kısıtlamaların gerekliliğı konularında ulusal otoriteler uluslar arası otoritelerden daha iyi bir karar verecek konumdadır. Fakat mahkeme kitabın ilk olarak Fransa'da 1907 yılında yayımlanmasının üstünden yüzyıldan fazla bir süre geçtiğini, birçok farklı dile çevrildiğini ve birçok ülkede yayımlandığını, ayrıca kitabın prestijli 'La Pléiade' ödülünü kazandığını göz önünde bulundurarak davaya

²⁰⁵ Aslan v. Turkey, Application No:23462/94, ECHR, Judgment, 08.07.1999.

²⁰⁶ Aslan v. Turkey, par. 48.

²⁰⁷ Polat v. Turkey, Application No:23500/94, ECHR, Judgment, 08.07.1999.

²⁰⁸ Polat v. Turkey, paras. 47-48.

²⁰⁹ Öztürk v. Turkey, Application No:22479/93, ECHR, Judgment, 28.09.1999.

²¹⁰ Öztürk v. Turkey, par. 72.

²¹¹ Akdaş v. Turkey, , Application No:41056/04, ECHR, Judgment, 16.02.2010.

bakmaktadır. Avrupa Konseyine üye ülkeler arasındaki kültürel, tarihi ve dini farklılıklar kamunun farklı bir dilde -bu davada Türkçe- Avrupa Edebiyat Mirasına erişmesini engelleyemez. Buna göre, kararın verildiği zamandaki yasama gücü sosyal bir ihtiyacı giderme amaçlı hareket etmemiştir. Ayrıca, verilen ağır ceza ve kitabın diğer baskılarının yasaklanması yasal amaca uygun değildir ve bu nedenle 10. Madde'ye dayanılarak demokratik bir topluma uygun değildir. Yani Madde 10'un ihlali yapılmıştır.”²¹²

Yukarıda değinilen kararlar Mahkemenin ifade özgürlüğü genelinde, sanat özgürlüğü özelinde tespit ettiği kriterleri göstermektedir. Bu kriterler özetle şunlardır: Sözleşme'nin 10. maddesi sanat özgürlüğünün bu madde kapsamına girdiğini belirtmemiş ise de sanatsal ifadeler de bu maddenin koruması altındadır; ifade özgürlüğü, devletin ya da nüfusun belli bir kısmı aleyhine, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden düşünceler için de uygulanır; vaka incelenirken, ihlalin, azınlık bir okuyucu kitlesine hitap eden bir sanat eseri vasıtasıyla yapılmış olması göz önünde bulundurulmalıdır, eleştirilerin sınırları ahlak ve dini konularda kısmen de olsa Devletlerin takdir yetkisine bırakılmışken, politikacılara ve Hükümete karşı yapılan eleştirilerin sınırları ise çok daha dar tutulmalıdır.

3.1.6. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

Bölgesel sistemlerin ikincisi Amerika kıtasında oluşturulan Amerikan Devletleri Örgütü'dür. Amerikan Devletleri Örgütü Şartı (Kısaca ADÖ Şartı olarak anılacaktır.) 1948 tarihinde imzalanmış, 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²¹³

ADÖ sistemi içerisinde üretilen insan hakları belgelerinden ilki Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (*American Declaration on the Rights and Duties of Man*) (Ame.İHÖB)'dir.²¹⁴

²¹² Kararın Türkçe çeviri için bkz. (Çevrimiçi)

http://www.avrupakonseyi.org.tr/aihmk/2010_225.html, 16.09.2010.

²¹³ ADÖ sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1994, s.44-205. Ayrıca bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 1223.

BM EİHB ile kıyaslandığında bu bildiri hak listesi bakımından, özellikle ikinci kuşak haklar açısından daha geniştir. Üstelik bu bildiri BM EİHB'den beş ay önce kabul edilmiş ve evrensel değil bölgesel nitelikte bir belge olduğundan hak listesinin bu denli geniş olması da dikkat çekici bir özelliktir. Sanat özgürlüğü hakkına gelince ise bu hak, Bildirinin 'Kültürden Yararlanma Hakkı' başlıklı 13. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu madde metni şöyledir:

"Kültürden Yararlanma Hakkı

Her kişinin, toplumun kültürel yaşamında yer alma, sanattan yararlanma ve özellikle bilimsel buluşlar olmak üzere, entelektüel ilerlemenin sonuçlarından yararlanma hakkı vardır.

*Her kişi, keza, üreticisi bulunduğu edebi, bilimsel yahut sanatsal çalışmalarının ya da buluşlarının doğurduğu maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hak sahibidir."*²¹⁵

Bu Bildiri BM EİHB ile kıyaslandığında, sanat özgürlüğü hakkı bakımından her iki belgede de eş düzenlemelerin varlığını görmekteyiz.

Amerikan İnsan Hakları Komisyonu'nun Grand Chief Michael Mitchell v. Canada²¹⁶ kararında kültürden yararlanma hakkının çerçevesi tartışılmıştır. Buradaki vakayı şöyle özetleyebiliriz: Akwesasne'nin Mohawk bölgesi hem Kanada hem de ABD'nin New York eyaletine dahil olan bir bölgedir. Başvurucu, elindeki bazı ticari ürünlerle Kanada'ya giriş yapmak isterken Kanada Gümrük Memurları kendisinden gümrük vergisi talep etmişlerdir. Başvurucu, bu durumun kültürden yararlanma hakkının halk arasında ticaret hakkını da içerdiği ve bunun hiçbir vergi ödemeden yapılmasını gerektirdiği iddialarıyla Ame.İHÖB Madde 13'te düzenlenen kültürden yararlanma hakkının ihlali olduğunu öne sürmüştür. Kanada makamları, Madde 13'ün bireylerin kültürel hayata katılımı ve kendilerinin edebi, bilimsel ve sanatsal eserlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunması haklarını koruduğunu,

²¹⁴ Belgenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 719-729.

²¹⁵ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **a.e.**, s.722.

²¹⁶ Grand Chief Michael Mitchell v. Canada, Case No:790/01, Report No:74/3, 22.10.2003.

asıl amacı ekonomik olan etkinlikleri korumayacağını ileri sürmüştür. Komisyon, bu vakada Ame.İHÖB Madde 13'ün ihlal edilmediğini tespit etmiştir.²¹⁷

3.1.7. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Sanat Özgürlüğü Hakkı

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (*American Convention on Human Rights*) (Ame.İHS) 1969 tarihinde imzaya açılarak, 1978 tarihinde yürürlüğe giren ve Amerika'da insan haklarının kurumsallaşmasında önem arz eden önemli bir belgedir.²¹⁸

Bu sözleşmede de sanat özgürlüğü hakkına yer verilmemekle birlikte, ikinci kuşak haklar bakımından mevcut boşluğun doldurulması için "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü, ADÖ Genel Kurulu'nun 18. oturumunda 1988 yılında kabul edilmiş, 1999 yılında ise yürürlüğe girmiştir.²¹⁹

Bu protokolün 'Kültürden Yararlanma Hakkı' (*Right to the Benefits of Culture*) başlıklı 14. maddesi sanat özgürlüğünü de açıkça koruma altına alan hükümler içermektedir. Bu madde metni aşağıdaki gibidir:

"Kültürden yararlanma hakkı

Bu protokolün Tarafı Devletler, herkesin aşağıda belirtilen haklarını tanırlar;

- a. Toplumun kültürel ve sanatsal yaşamında yer alma;*
- b. Bilimsel ve teknolojik ilerlemenin sağladığı yararlardan/sonuçlardan faydalanma;*
- c. Yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma,*

²¹⁷ Grand Chief Michael Mitchell v. Canada, (Çevrimiçi) www.cidh.oas.org/annualrep/2008eng/Canada12435eng.htm, 19.09.2010.

²¹⁸ Belgenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/İ. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 729-761.

²¹⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.1278.

Bu hakkın tam olarak kullanılmasını temin etmek üzere bu Protokolün Tarafı Devletlerce alınan önlemler, bilimin kültürün ve sanatın korunması, geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması bakımlarından gerekli olan hususları içerecektir.

Bu Protokolün Tarafı Devletler, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyet için zorunlu olan özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt ederler.

Bu Protokolün Tarafı Devletler, bilim, sanat ve kültür alanlarında uluslararası işbirliğinin teşvik edilmesi ve geliştirilmesinden kaynaklanan yararları tanırlar, ve dolayısıyla bu alanlarda daha geniş ölçekli uluslararası işbirliğinin pekiştirilmesi hususunda mutabıktırlar.”²²⁰

Görüldüğü gibi bu madde, ESKHS madde 27 ile özdeş bir maddedir. Fakat Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi vakaları incelendiğinde çoğunlukla kararların Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz. Bu madde hükmü ise aşağıdaki gibidir:

“Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, sınırlar dikkate alınmaksızın sözlü, yazılı ya da basılı olarak, yahut sanatsal formda ya da bir kimsenin kendi seçeceği herhangi bir başka yolla, her türlü bilginin ve düşüncenin araştırılması, alınması ve yayılması özgürlüğünü de içerir.

Üstteki paragrafta düzenlenen bu hakkın kullanımı önceden sansüre tabi tutulmayacaktır ancak aşağıdaki hususları temin için gerekli olduğu kadarı ile açıkça yasayla düzenlenmiş olarak müteakip sorumluluklara bağlı kılınacaktır:

a.Başkalarının haklarına ya da şöhretine saygı gösterilmesi; ya da

b.Ulusal güvenliğin, kamu düzenini ya da genel sağlık ya da ahlakın korunması.

İfade hakkı, basılı haberler, radyo yayın frekansları, yahut bilginin dağıtılmasında kullanılan araçlar üzerinde, ya da düşüncelerin ve görüşlerin iletilmesini ve dolaşımın engellemeye yol açacak diğer herhangi bir yolla hükümetin

²²⁰ Protokolün orijinal metni için bkz., **Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in The Area of Economic, Social and Cultural Rights ‘Protocol of San Salvador’**, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, 03.09.2010. Ayrıca Protokolün Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 885-904.

ya da özel kesimin denetiminin kötüye kullanılması halleri gibi, dolaylı yöntemler ya da yollarla ile kayıtlanamaz.

Yukarıdaki paragraf 2 hükümlerine hâlel gelmeksizin, kamusal eğlenceler, çocukların ve yeni yetmelerin/(gençlerin) ahlaki açıdan korunması için, münhasıran bunlara ulaşılması hususunu düzenlemek amacıyla, yasayla öngörülen ön sansüre tabi tutulabilir.

Her tür savaş propagandası ve hukuka aykırı şiddeti kışkırtan ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savunusu ya da ırk, renk, din, dil ya da ulusal köken dahil herhangi bir temelde herhangi bir kişiye ya da kişiler grubuna karşı herhangi bir başka benzeri yasadışı eylem yasa ile cezalandırılabilir suçlar olarak değerlendirilecektir.”²²¹

Prof. Scott Davidson, Ame.İHÖB Madde 4. ve Ame.İHS Madde 13'te yer alan düşünce ve ifade özgürlüğünün çerçevesinin araştırma, düşünce ve fikirlerini herhangi bir araçla ifade etme ve yayma özgürlüğü haklarından ibaret olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Madde 13 bunlara ek olarak herkesin bilgiye ve her türlü fikre sınırlara bağlı olmadan sözlü ya da yazılı, basılmış, sanatsal formda ya da kişinin seçtiği diğer araçlarla araştırma, elde etme ve verme özgürlüğünü içerir. Bunun yanı sıra Prof. Davidson'a göre ifade aracı konudan bağımsızdır ve bu araç yazılı, sözlü ya da resimsel olabilir ve yazılı ya da elektronik yollarla yayılabilir.²²²

Bu maddedeki önemli bir husus Prof. Davidson tarafından vurgulanmıştır. Bu husus; ifade özgürlüğünün birinci dereceden sansüre maruz kalmayacağıdır. Ancak diğer kişilerin hakları ve itibarlarına saygı duyulmasını ve ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakının korunmasını sağlamak için orantılı bir şekilde ve kanunlarca açıkça ifade edilmesi halinde sınırlamalara tabi tutulabilir.²²³

ABD Yüksek Mahkemesi, vakalarda, ifade özgürlüğünün kamu düzeninin bozulması gerekçesi ile sınırlandırılması için açık ve mevcut bir tehlikenin varlığını

²²¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.336-337.

²²² Scott Davidson, **The Inter-American Human Rights System**, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, s.311.

²²³ Davidson, **a.e.**, s.312.

aramıştır.²²⁴ Bunun yanı sıra Miller v. California²²⁵ vakasında Yüksek Mahkeme, içinde ciddi edebi ve sanatsal ve politik değer barındıran ifadelerin koruma altında olduğunu beyan etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise R. V. Butler²²⁶ isimli vakada sadece yazılı ifadeleri değil, aynı zamanda filmlerin de koruma altında olduğunu belirtmiştir.²²⁷

Komisyona önüne gelen Alejandra Marcela Matus Acuna vd. v. Şili²²⁸ vakasında bu kişinin yazdığı 'The Blackbook of Chilean Justice' (Şili Adaletinin Kara Kitabı) adlı kitap adli bir kararla toplatılmıştır. Bunun üzerine bilgi alma haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile Avukatlar Birliği tarafından Komisyona başvurulmuştur. Komisyon bu vakada, yazarın yazdığı kitaba el konulduğu ve iki sene boyunca dağıtımının engellendiği gerekçesi ile sansüre uğradığını kabul etmiş ve Şili toplumunun bilgiye erişim hakkından alıkonulmuş olduğunu tespit etmiş ve Ame.İHS Madde 13'teki ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Komisyon ayrıca yazara, ifade özgürlüğü ve mülkiyet haklarının ihlali sonucu uygun bir teminat ödenmesi konusunda Şili devletine bir tavsiyede bulunmuştur.²²⁹

Komisyon bir başka vakada, sol görüşlü Pathfinder Press Yayınevinin eski Granada Başbakanı Maurice Bishop, Fidel Castro ve Nelson Mandela hakkındaki bazı kitaplarına Devlet yetkilileri tarafından Granada Kanunları uyarınca Point Sarinas havaalanında el konulmuştur. Kitaplara el koymanın bırakılması için Granada Mahkemelerine yapılan başvurulara rağmen hiçbir sonuç çıkmamıştır. Bu nedenle Komisyon, kitaplara el konulmasının Ame.İHS Madde 13'ün ihlali olduğuna karar vermiştir. Komisyonun gerekçesi ise, Ame.İHS Madde 13'te düzenlenen ifade

²²⁴ Oktay Uygun, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü", **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s.750.

²²⁵ Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973), U.S. Supreme Court, Judgment, 21.06.1973.

²²⁶ R. v. Butler, (1992) 1 S.C.R. 452, File No.: 22191, Supreme Court of Canada, Judgment, 27.02.1992.

²²⁷ Mark W. Janis v.d., **European Human Rights Law Text and Materials**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2008, s.301.

²²⁸ Alejandra Marcela Matus Acuna et al. v. Chile, No:12.142, Report No:90/05.

²²⁹ Alejandra Marcela Matus Acuna et al. v. Chile, (Çevrimiçi) www.cidh.oas.org/annualrep/2008eng/Chile12142eng.htm, 19.09.2010.

özgürlüğü hakkının Granada'daki kitapların dağıtılmasını ve elde edilmesini de garanti aldığıdır.²³⁰

Yukarıdaki vakalardan da tespit edilebileceği gibi Komisyon, düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlallerinin az olmasının bir devletin insan haklarına saygı göstermedeki başarısında en büyük etken olduğunu saptamıştır. Aynı zamanda Komisyon, ifade özgürlüğünün içerisinde kişilerin bireysel ya da toplu halde düşüncelerini ifade etmelerini ve yaymalarını içeren evrensel bir hak olduğunu, bununla paralel bir şekilde bilgi edinme özgürlüğünün de evrensel olduğunu ve herkesin bilgiyi bir müdahale ya da çarpıtma olmaksızın edinme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır.²³¹

3.1.8.Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda Sanat Özgürlüğü Hakkı

Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları, 1981 yılında bölgesel düzlemin Afrika ayağı olan "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (*African Charter on Human And Peoples' Rights*)"nı oy birliği ile kabul etmiş, bu belge 1986 yılında ise yürürlüğe girmiştir.²³²

Bu belge genel olarak medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve halkların haklarına yer vermiştir.

Bu belgenin haklar listesinde göze çarpan ilk özellik, birinci ve ikinci kuşak hakların yanı sıra üçüncü kuşak haklara da yer veriyor olmasıdır. Bu da göstermektedir ki bu belgenin haklar listesi diğer birçok belgeden daha geniştir. Fakat buna rağmen bu belgede de sanat özgürlüğü hakkı alanında açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, bilgi edinme, ifade ve yayma haklarını

²³⁰ Scott Davidson, "The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System", **The Inter-American System of Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2004, s.261.

²³¹ Scott Davidson, **The Inter-American Human Rights System**, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, s.309-310.

²³² Belgenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 967-987.

koruma altına alan 9. maddenin, diğer insan hakları belgelerindeki yorumlar göz önünde bulundurularak sanat özgürlüğü hakkı ile bağlantılı olduğu yorumu yapılabilir. Bu madde metni şöyledir:

“Her birey bilgi edinme hakkına sahip olacaktır.

Her birey yasa çerçevesinde görüşlerini ifade etmek ve yaymak hakkına sahip olacaktır.”²³³

3.2. TÜRK ANAYASA HUKUKU BAĞLAMINDA TÜRKİYE’DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Anayasa hukuku; devletin temel kuruluşunu, işleyişini, devlet iktidarını ve el değiştirmesini, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleme altına alan hukuk dalıdır.²³⁴

Türkiye’de devlet iktidarının sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin tanınması fikri ilk kez 1808 Sened-i İttifak ile ortaya çıkmıştır. Bu belge aynı zamanda Türk milletinin ilk anayasası olarak da kabul edilebilir. Sened-i İttifak ile ilk kez devlet iktidarı resmen sınırlandırılmış; ayanlar ile yoksullar ile yönetilenlere (fukara ve reaya) çok sınırlı da olsa bir takım haklar tanınmıştır. 1839 Tanzimat Fermanı ise temel hak ve özgürlükler bakımından bir liste içeren ilk belgedir. Bu listede yer alan temel hak ve özgürlükler; yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, kişi onuruna saygı, kişi dokunulmazlığı olup; oldukça eksik ve sınırlıdır. 1856 Islahat Fermanı incelendiğinde haklar listesinin genişletildiğini ve özellikle din ve mezhep bakımından eşitlik ilkesinin tanındığını görürüz. Buraya kadar olan tüm anayasa nitelikli belgelerde yer alan temel hak ve özgürlüklere bakıldığında sanat özgürlüğünün hukuk tarafından koruma altına alınmış bir hak olmadığını görmekteyiz. 1876 Kanun-u Esasi, diğer belgelerde olduğu gibi maddi anlamda anayasa niteliğine sahip olmanın yanı sıra; şekli anlamda da anayasa niteliğine sahip olan ilk belgedir. Bu belgedeki haklar listesi daha önceki tüm belgelere kıyasla daha kapsamlıdır. Her ne kadar sanat özgürlüğü hakkı bu belgede de

²³³ 9. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **a.e.**, s.970.

²³⁴ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s.6.

doğrudan düzenleme altına alınmamışsa da; basın hürriyetine yer verilerek “Matbuat kanun dairesinde serbesttir.” denilmiştir. 1909 değişikliğinde ise bu maddeye “*Hiçbir vesile ile kablel tab teftiş ve muayeneye tabi tutulamaz.*” cümlesi eklenerek sansür yasağı getirilmiştir. 1921 Anayasası incelendiğinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin herhangi bir madde olmadığı görülür. Sanat özgürlüğü ve bunun yanı sıra hiçbir temel hak düzenleme altına alınmamıştır, fakat Kanun-u Esasi’nin haklar listesinin 1921 Anayasası döneminde de geçerli olduğu kabul edilir. 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlükler Türklerin Kamu Hakları başlığını taşıyan beşinci fasılda 68-88 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu anayasadaki haklar listesine bakıldığında Kanun-u Esasi’deki haklara yenilerinin eklendiği görülür. Bu yeni haklar eğitim hakkı, düşünce, vicdan, söz hürriyeti gibi haklar olup sanat özgürlüğü hakkı bu anayasada da doğrudan düzenleme altına alınmamıştır. 1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere daha geniş bir yer vermekte; sosyal hak ve ödevler ilk defa sistematik olarak düzenlenmektedir.²³⁵ Sanat özgürlüğü hakkı da yine bu anayasa ile ilk defa düzenleme altına alınmıştır. Sanat özgürlüğü, 1961 Anayasası’nın Kişinin Hakları Ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün 21. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu madde metninde sanat özgürlüğüne dair şu cümleler yer almaktadır:

“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Eğitim ve öğretim, Devletin gözetim ve denetimi altında serbesttir.

Özel okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir.

Çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.”²³⁶

Görüldüğü üzere madde metni sanat özgürlüğünü bilim özgürlüğü ile birlikte ele almıştır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise yalnızca bilim özgürlüğü konusundaki düzenlemelere yer vermiştir. 1982 Anayasası’nda ise sanat özgürlüğü Temel Haklar Ve Ödevler başlıklı ikinci kısımda 27. maddede bilim özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Bu madde metni şöyledir:

²³⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000, s.3-92.

²³⁶ 1961 Anayasası’nın ilgili metni için bkz., (Çevrimiçi)
<http://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm>, 07.04.2010.

“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1. , 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların, ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.”

Tüm bu anayasal düzenlemeler değerlendirildiğinde otaya çıkan sonuç; sanat özgürlüğünün ilk kez 1961 Anayasası ile koruma altına alınmış olduğu, takip eden 1982 Anayasası’nda ise sanat özgürlüğüne dair düzenlemenin 1961 Anayasası’ndan aynen kopya edilmiş olduğudur. Bu anayasal düzenlemede sanat ve bilim haklarının çerçevesi öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma ve bu alanda araştırma yapma olarak çizilmiştir. Bu çerçeve Sanat Özgürlüğü Hakkı başlıklı bölümde de ‘katılma’ ve ‘yararlanma’ olarak belirtilmiştir. Bu çerçeve bu hakkı düzenleyen hemen her insan hakları belgesinde çizilen çerçeveye eşittir. Görüldüğü gibi Anayasamız, uluslararası insan hakları belgelerinde olduğu gibi, yalnızca sanatsal etkinliğin son aşaması olan yapıtın açığa çıkarılarak yayılmasını güvence altına almakla yetinmez. Buna ek olarak hem sanatçının henüz estetik düşünceye dönmemiş birikim ve donanımını hem de estetik düşüncenin oluşturduğu hazırlık evresini koruma altına almaktadır.²³⁷ Bu koruma bakımından Anayasanın 25. Maddesi de oldukça önemlidir. Yukarıdaki bölümlerde yer yer bahsedildiği üzere sanatsal ifadenin de ifade türlerinden biri oluşu ifade özgürlüğü ve bununla ilgili düzenlemelerin sanat özgürlüğü ile bağlantılı önemli adımlar olduğunun göstergesidir. Sanatçının estetik düşüncesinin olduğu hazırlık evresindeki fikirlerini sanatsal faaliyette bulunarak dışa vurması kadar, bu hazırlık evresinde sahip olduğu düşünce ve görüşlerini ifade etmeye zorlanmaması da koruma altına alınması gereken bir özgürlüktür. Ve bu koruma Anayasa madde 25 ile sağlanabilir.

Bu düzenlemelerin yanı sıra belirtmek gerekir ki uluslararası insan hakları belgelerine nazaran Anayasamızda yer almayan bir hak da mevcuttur ki bu hak ‘herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve

²³⁷ Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXI, Sayı: 7-9, 1987, s.527-528.

manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı'dır. Sanat özgürlüğünü düzenleyen neredeyse tüm insan hakları belgelerinde bu hakka da yer verilmişken, Anayasamızda bu hak düzenlenmemiştir. Bu hakkın Anayasamızda koruma altına alınmamış olması kanımızca anayasal bir eksikliktir. Fakat belirtmek de gerekir ki bu hak ile ilgili olarak 61 Anayasası düzenlemesini yorumlayan bir Anayasa Mahkemesi Kararı²³⁸ mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bu kararında fikri mülkiyet haklarının 61 Anayasası'nın 36. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı kapsamında değil, 21. maddedeki bilim ve sanat özgürlüğü hakkı kapsamında olduğunu belirtmiş ve bu hakkı 'fikir ürünlerinden sahiplerinin faydalanmasının korunmasını isteme hakkı' olarak adlandırmıştır.²³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile 82 Anayasası'ndaki 27.maddenin de 'herkesin yaratıcısı olduğu edebi, sanatsal ve bilimsel üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı'nı içerdiği yorumu yapılabilir.

Anayasamızın 27. Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına değinecek olursak ise ilk etapta bu fıkraların 1961 Anayasasında mevcut olmadığını, 1982 Anayasası ile ilk defa düzenleme altına alındığını görmekteyiz. Bunlardan ilki (Madde 27/II) yayma hakkına ilişkin getirilen sınırlama hükümleridir. Buna göre yayma hakkı, 1982 Anayasasının devletin şeklini düzenleyen (Madde 1), cumhuriyetin niteliklerini sayan (Madde 2), ve devletin bütünlüğü, dili, bayrağı, milli marşı ve başkentini saptayan (Madde 3) hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. İkincisi ise (Madde 27/III) yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının yasayla düzenlenmesinin anayasanın 27. maddesi ile engellenemeyeceği konusundaki sınırlama hükmüdür. Bu iki fıkradan çıkan sonuç sanat özgürlüğünün çerçevesi açısından yalnızca "yayma" hakkının sınırlandırılmış olması, bunun dışındaki sanatı öğrenme, öğretme ve açıklamanın bu sınırlandırmanın kapsamı dışında tutulduğudur. Buradaki yayma hakkının sınırlandırılmasında Anayasa Madde 26'daki yayma hakkının sınırlandırılması ölçütlerinin etkili olup olmadığı konusunu şöyle değerlendirmekteyiz. Anayasal düzenlemede sanat özgürlüğünü koruma altına alan madde, 27. madde olduğuna göre, bu maddede sanat özgürlüğü hakkının çerçevesine sanatı "yayma" hakkının

²³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.1967 tarihli, 1967/10 E. 1967/49 K. sayılı Kararı, RG. Tarih: 30.01.1969, Sayı: 13114.

²³⁹ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978, s. 102.

da alınmış olması nedeni ile hakkın sınırlandırılması bakımından bu madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu açıklama madde 26 ve 27'nin uygulanması bakımından tarafımızın görüşü olup; 26. maddede sanatsal faaliyetin düşünceyi yayma yollarından biri olarak sayılmış olmasının da unutulmaması ile Anayasa'nın bu düzenlemesi devam ettiği sürece Madde 27'nin Madde 26'dan sıyrılmasının mümkün olmadığına da kabul edilmesi gerekir.

Sanat özgürlüğünün Anayasa'daki sınırlandırma hükümleri açısından üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise Madde 27 ile Madde 13 arasındaki ilişkidir. Anayasa 13. madde hükmü 2001 yılında değişikliğe uğramış haliyle şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Şimdi bu sınırlama ölçütlerinin üzerinde duracak olursak, ilk ölçüt sınırlandırmanın ancak kanun ile yapılabilecek olmasıdır. Bu bağlamda sanatı öğrenme, öğretme, açıklama ve yayma hakları ancak yasalarla sınırlanabilir. Dolayısıyla tüzük, yönetmelik gibi yürütme işlemleriyle bu hak sınırlandırılmalarına tabi tutulamaz, bu yürütme işlemleri yalnızca hakkın kullanımı ile ilgili biçimsel düzenlemeler içerebilir.²⁴⁰ Burada belirtilmesi gereken bir mevzuat 'Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'tir.²⁴¹ Bu Yönetmeliğin 1. Maddesi şöyledir:

“Bu Yönetmeliğin amacı, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli egemenlik, cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık ve siyasetini olumsuz yönde etkileyecek, milli duyguları incitecek veya milli kültür, örf ve adetlerimize uygun olmayan nitelikteki sinema filmi, video, bant, plak ve ses kasetlerindeki eserlerin icrasını ve gösterilmesini önlemektir.”

²⁴⁰ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 134.

²⁴¹ Bakanlar Kurulu Kararı Tarih 07.08.1986 Sayı 86/10901, RG. Tarih: 04.09.1986, Sayı: 19211.

Görüldüğü üzere bu Yönetmelik amacı itibarıyla ve sanat özgürlüğü hakkının sınırlandırılması bakımından tamamen Anayasaya aykırıdır. Nitekim bu Yönetmelik, Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik²⁴² ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum ilk etapta olumlu bir gelişme olarak görülse de; böyle bir yönetmeliğin yapılmış olması, 19 yıl yürürlükte kalması ve yalnızca 5 yıl önce 2005 yılında yürürlükten kaldırılması Türkiye’de sanat özgürlüğü bakımından önemli bir ihmal durumu teşkil etmektedir.

Anayasadaki diğer bir sınırlama ölçütü sınırlamanın Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olmasıdır. Burada üzerinde durulması gereken nokta Anayasanın ruhunun nasıl tespit edileceğidir. Bir metnin ruhu onun derin anlamı, özü manasına gelmektedir. Anayasamızın özünün ne olduğu sorusuna ise objektif cevap vermek çok güçtür.²⁴³ Bu konuda yapılacak yorumlar ise subjektif ve keyfi dolayısıyla pozitif hukuka aykırı uygulamalar doğuracaktır.²⁴⁴

Bir diğer sınırlama ölçütü ise sınırlamanın hakların özüne dokunamayacağıdır. Bu yeni düzenleme ile 61 Anayasası’ndaki eş düzenlemeye geri dönmüştür. Bunun nedeni gerek doktrin gerek Anayasa Mahkemesi Kararlarında eksikliği vurgulanan bir ölçüt olmasıdır.²⁴⁵ Öze dokunmamanın yorumlanması ise yargı organlarına düşmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, 2009 Avrupa Birliği İlerleme Raporu, ifade özgürlüğü ile ilgili olarak Türkiye’deki mevzuatın ifade özgürlüğünü kullanmak için yeterli garantiler sağlayamadığı ve bu mevzuatın hakim ve savcılar tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlandığını belirtmiştir.²⁴⁶

Son olarak sınırlamaların demokratik toplum düzenine aykırı olamayacağı ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Buradaki demokratik toplum

²⁴² Bakanlar Kurulu Yönetmeliği Tarih 19.04.2005 Sayı 2005/8786, RG. Tarih: 11.05.2005, Sayı: 25812.

²⁴³ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 136.

²⁴⁴ Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s.230-231.

²⁴⁵ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 4-5.

²⁴⁶ Avrupa Birliği’nin 14 Ekim 2009 tarihli 2009 Türkiye İlerleme Raporu, (Gayriresmi çevirisi), (Çevrimiçi) http://www.mfa.gov.tr/data/AB/2009_Ilerleme_Raporu_Gayriresmi_Turkce_Tercume.pdf s. 17.

düzeni yine yargı makamlarının yorumuna bağlıdır. Nitekim AİHM kararlarında demokratik toplumda gereklilik ölçütünün ulusal yargı makamlarına bir takdir alanı bıraktığı vurgulanmaktadır.²⁴⁷ Burada yine yargı makamlarının bu takdir yetkisini kullanırken kısıtlayıcı bir bakış açısına sahip olmamalarının önemi büyüktür.

T.C. Anayasası'nda sanat özgürlüğü ile ilgili önemli bir madde de 64. maddedir. Bu madde metni şöyledir:

“Devlet sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.”

Bu hüküm Devlete bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük sanatsal faaliyette bulunma sürecini kapsamakta, Devlete faaliyete hazırlık aşaması ile ilgili her hangi bir yükümlülük yüklememektedir. Bunun yanı sıra yine bu hüküm sanatçının korunması, değerlendirilmesi ve desteklenmesi yükümlülüğünü de içerdği için sanatın çok sesli yapısı ile toplumun entelektüel bakışının gelişmesi açısından olumlu bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca bu hüküm, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 17. Genel Yorumunda değinilen sanat özgürlüğü bağlamında Devletlerin yükümlülükleri hatırlanacak olursa bu yükümlülüklerle kıyasla daha dardır.

3.3. KİTLE İLETİŞİM MEVZUATI BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Kitle iletişim araçları günümüzde sanatı yayma ve sanatın nimetlerinden yararlanma haklarının kullanımı için en çok ve en yaygın olarak kullanılan araçlardır. Nitekim basın özgürlüğü anayasal bir hak olup, Anayasamızın 28. maddesinin ilk cümlesinde *“basın hürdür, sansür edilemez”* denilerek vurgulanmıştır. Bu nedenle kitle iletişim mevzuatındaki düzenlemeler ve kısıtlamalar sanat özgürlüğü hakkının kullanımını da doğrudan etkilemektedir.

²⁴⁷ Özdek, a.g.e., s.241.

Türkiye'nin basın mevzuatı ve uygulamadaki kısıtlamalar nedeni ile karşılaştığı en büyük sorunlar edebi nitelikli sanat eserlerin dağıtımının önlenmesi, toplatılması, basın araçlarının müsadere ve dönemsel yayınların kapatılması konusundaki düzenlemelerdir. İşte Basın Ceza Hukuku da basılmış eserlerle ilgili cezai sorumluluğu düzenleyen ceza hukuku dalıdır.²⁴⁸ Bu hukuk dalına göre basın suçları iki gruba ayrılır. Bunlardan ilki 'basın düzenine karşı işlenen suçlar' ikincisi ise 'basın suçları ve basın yoluyla işlenen suçlar'dır.²⁴⁹ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun²⁵⁰ 3. maddesi ise şöyledir:

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, başkalarının şöhret ve haklarının, toplumun sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."

Bu maddenin sınırlama ölçütleri, Anayasa'da basın özgürlüğünü düzenleyen 28. madde düzenlemesi, sınırlamalar konusunda bu maddenin atıf yaptığı 26 ve 27. maddelerdeki sınırlama sebepleri ve Anayasanın 13. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, fazladan eklenmiş sınırlama ölçütleri içerdiği görülmektedir. Bu ek sınırlamalar "kamu düzeni", "toplum sağlığı" ve "toplum ahlakı" olmak üzere üç tanedir. Bu üç ölçüt Anayasada öngörülmediği için söz konusu Basın Kanunu'nun Anayasaya aykırılığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim yürürlükteki Basın Kanundan önceki Kanun²⁵¹ da aynı gerekçeler nedeni ile Anayasaya aykırı iken yeni Kanun ile bu aykırılığın halen devam ettirilmesi nedeni ile bu durumun gözden kaçmış bir yanlışlık değil de bilinçli olarak yapılan bir düzenleme olduğunu düşünmemek elde değildir. Tam da bu noktada Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 17. Genel Yorumunda, mevcut kaynaklarını azami seviyede kullanmaya isteksiz olan

²⁴⁸ Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.g.e.**, s.256-257.

²⁴⁹ Basın Kanunu'na göre ceza sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Adem Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1996, s.61-89.

²⁵⁰ 5187 sayılı Kanun, RG. Tarih: 26.06.2004, Sayı: 25504.

²⁵¹ 5680 sayılı Basın Kanunu, RG. Tarih: 24.07.1950, Sayı: 7564.

Devletlerin, sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaklarını dile getirdiğini vurgulamak yerinde olacaktır.

Aşağıda, kitle iletişim mevzuatındaki bu sınırlamalar basılı eserler, radyo-TV, sinema-video-müzik eserleri ve internet alanındaki sınırlamalar olarak gruplandırılarak tek tek inceleme altına alınmıştır.

3.3.1. Basılı Eserler Alanındaki Sınırlamalar

Sanat eserlerinin basımı ve yayımı, sanat özgürlüğünün çerçevesi içindeki sanatı yayma hakkının kullanılmasıyla doğrudan ilgili olan faaliyetler olduğundan, basılı eserler alanına getirilmiş sınırlamalar ve cezai müeyyideler de doğrudan sanat özgürlüğünün kullanımını etkilemektedir. Çalışmanın bu bölümünde basılı eserlere çeşitli kanunlarda getirilen sınırlamalar açıklanmış ve Türk Ceza Kanunu'nda (bundan sonra TCK olarak anılacaktır)²⁵² yer alan suçlardan basılı eserlere ilişkin olarak yargılamaya konu olan örnekler incelenerek Türk Ceza Hukuku sistemi içerisinde sanat özgürlüğünün yeri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Basılı eserlere getirilen sınırlamaların başında bu eserlere el koyma, dağıtım ve satışının yasaklanması yer almaktadır. Bu sınırlamalar 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, basılmış bir eserin en fazla üç kopyasına bir soruşturmada delil teşkil ettiği takdirde Cumhuriyet savcısı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk el koyabilir. Soruşturma ya da kovuşturma başladıktan sonra ise Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir. Yabancı yayınların ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde ise bunların Türkiye'de

²⁵² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul tarihi:26.09.2004, RG. Sayı:25611, Tarih:12.10.2004.

dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kararı Cumhuriyet Başsavcılığı verir.²⁵³ Bu maddede adı geçen suçlar “devletin anayasa ve temel nizamların bozma”, “askeri ve zabıtaı itaatsizliğe teşvik”, “memleket emniyetini tehlikeye koyacak veya halkı askerlikten soğutacak yayınlar”, “suç işlemeye alenen tahrik”, “suça kapalı tahrik”, “terör örgütü kurma, terör örgütüne üye olma ya da propagandasını yapma” suçlarıdır.

Yeni TCK kapsamında basılı eserlerin yargılama konusu yapan ve hatta AİHM önüne giden başvurularda sanat özgürlüğünün kullanımı ile karşı karşıya kalan suçlar ise; suçu ve suçluyu övmek, dini değerleri aşağılamak, kişiliğe hakaret, müstehcenlik, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek, Türklüğü, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını aşağılamak, terör örgütü propagandası yapmak suçları olarak sayılabilir. Bu suçlara ilişkin düzenlemeler incelenirken gözden kaçırılmaması gereken bir durum, bu suçların yeni TCK ile Anayasamızda tanınan ifade özgürlüğü ve sanat özgürlüğü temel haklarına müdahalenin mümkün olduğunca önüne geçmek amacı ve ruhuyla yenilenmiş olduğudur. Bu yeniliklerin olumlu sonuçları ise önümüzdeki yıllarda AİHM'e yapılan başvuruların ve AİHM kararlarının sayısındaki azalma ile kendini gösterecektir. Şimdi bu suçları düzenleyen bazı maddeler incelenecektir:

TCK mad. 215 (4744 sayılı Kanunla değişik 765 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁵⁴ mad. 312) suçu ve suçluyu övme suçunu düzenlemiştir. Eski kanun ile yeni TCK kıyaslandığında, yeni TCK'da eski kanuna göre işlenmiş olan bir suçun yanı sıra işlemiş olduğu suçtan ötürü bir kişinin de alenen övülmesi suç kapsamına alınmıştır. Madde gerekçesinde ise bu husus, “*işlenmiş olan bir suçun failini veya kanuna uymayan kişiliğini, sırf suç işlemesi sebebi ile övme hali de cezalandırılmaktadır*” denilerek vurgulanmış, akabinde suç işleyen kişinin övülmesi ile aslında işlenen suçun övülmüş olacağı belirtilmiştir. Bu maddenin en önemli noktası failin fiilini övme niteliği ve sonucu taşıması gerekliliğidir, bunun dışındaki örneğin bahsinin geçmesi ya da haber verme niteliğindeki basılı eserler

²⁵³ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesi.

²⁵⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul tarihi:01.03.1926, RG. Sayı:320, Tarih:13.03.1926.

ve yayınlar bu sonucu doğurmaz. Suçun maddi unsuru övme, manevi unsuru ise kasttır.²⁵⁵

TCK'da düzenlenen bir diğer suç madde 216 (4744 sayılı Kanunla değişik 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mad. 312) halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçudur. Bu maddeye eski kanuna ek olarak *“kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hali”* eklenerek suç soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmıştır. Maddenin gerekçesinde ise böylelikle temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanının genişletildiği vurgulanmıştır. Burada önemli olan nokta bir hareketin ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman düşüncüyü dile getirme olarak kabul edileceğidir.²⁵⁶ Bir diğer husus ise hakimın karşısına gelen vakada açık ve yakın tehlikenin varlığını nasıl takdir edeceğidir. Madde gerekçesinde bu husus da böyle bir tehlikenin varlığının somut olarak tespit edilmesi şartına bağlanmıştır.

TCK madde 226'da düzenlenen müstehcenlik suçu ise eski kanuna göre (765 sayılı Türk Ceza Kanunu mad. 426, 427) önemli değişiklikler geçirmiş bir maddedir. Eski kanundaki düzenlemeye bakıldığında müstehcenlik suçu ile ilgili iki madde karşımıza çıkmaktadır. Eski kanunun 426. maddesinde müstehcenlik olarak kabul edilecek davranışlar sıralanmıştır. 427. maddede ise müstehcen eserleri yazarlar ile birlikte bu eserleri yayınlatanlar ve sorumlu müdürlerin de cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Yeni kanundaki müstehcenlik suçuna ilişkin madde incelendiğinde ise, eski kanunda müstehcen sayılan davranışlar ile yeni kanunda müstehcen sayılan davranışların farklı olduğu dikkati çekmektedir. Yeni kanunun ilgili maddesinin birinci fıkrası ile genel olarak çocuklar koruma altına alınmıştır. Çünkü müstehcen fiiller kişinin cinsel duygularını kötü yönde etkiler. Bu etki ise kişiye göre değişir. Fakat çocukların bu fiillerden etkilenme derecesi yetişkinlerden farklıdır. Kanunun çocukları koruma altına alma girişiminin nedeni de bu şekilde açıklanabilir.²⁵⁷ İkinci fıkrada ise müstehcen fiillerin basın ve yayın yolu ile işlenmesi cezalandırılmıştır. Bu maddede önemli olan bir diğer husus ise eski kanundaki 426. madde metnine 4963 sayılı Kanun ile sonradan eklenen ve

²⁵⁵ İsmail Malkoç, **Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, Ankara, Malkoç Kitapevi, Ankara, s. 1520-1522.

²⁵⁶ Emin Artuk - Ahmet Gökcen – Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 620-621.

²⁵⁷ Malkoç, **a.g.e.**, s. 1599.

yeni kanunda da yer alan son fıkradır. Bu fıkra ile müstehcenlik suçunu içeren bu madde hükümlerinin bilimsel, edebi ve sanatsal eserlere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yeni kanundaki madde gerekçesine bakıldığında, müstehcenlik kavramının içeriği belirlenirken, topluma egemen olan değer ölçüleri ile hayasızca hareketlerin kriter olarak alınması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun 225. maddesinin gerekçesinde ise hayasızca hareketler, kültürün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duygularına saldırı niteliği taşıyan hareketler olarak tanımlanmıştır. Hayasızca hareketleri suç haline getiren kanun koyucunun amacı ise toplumun cinsel nitelikteki utanç duygusunu koruma altına almaktır.²⁵⁸ Hangi fiillerin bu duygulara saldırı olacağını belirlemek ise somut olayı inceleyen hakimın takdir yetkisinde olacaktır.

Sanat özgürlü ve ifade özgürlüğünü sınırlayıp sınırlamadığı konusunda tartışılan ve birçok kez gündeme gelen bir madde ise 301. maddedir.²⁵⁹ Bu madde metni yeni kanundan sonra 5759 sayılı Kanun²⁶⁰ ile 2008 yılında bir değişiklik daha geçirmiştir. Bu madde metni ile Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, devletin yargı organlarını, devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılama fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Birçok ülke ceza yasalarında da devletin anayasal düzenini, devlet kurumlarını ve kamu düzenini korumak amacıyla bu maddeye benzer düzenlemeler mevcuttur.²⁶¹ 301. maddede düzenlenen suçun maddi unsuru 'aşağılamak'tır ve bu aşağılama alenen yapılmalıdır. Madde gerekçesinde ise aşağılamak fiili suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlar olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında ise eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı vurgulanmıştır. Eleştirinin suç olmayacağı aşıkardır. Dolayısıyla madde metnine eklenmiş olan bu cümleyi, aşağılamak fiilinin sınırlarını çizmek ve ifade özgürlüğüne saygıyı vurgulamak amacıyla konulmuş bir cümle olarak kabul edebiliriz. Burada eleştiri kavramının varlığı hukuka uygunluk sebebi

²⁵⁸ Artuk – Gökçen – Yenidünya, **a.g.e.**, s. 642.

²⁵⁹ TCK 301. madde ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Malkoç, **a.g.e.**, s. 2141-2190.

²⁶⁰ 5759 sayılı Kanun, RG, Tarih:08.05.2008, Sayı:26870.

²⁶¹ Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve AB Uygulamaları, TBMM Araştırma ve Uygulama Merkezi, <http://www.setav.org/ups/dosya/21720.pdf>, 2008.

yaratmaktadır.²⁶² Tüm bu açıklamalar ışığında hangi fiillerin aşağılama olarak kabul edileceğini takdir etmek ise somut olay önüne gelen hakime aittir.

Görüleceği üzere tüm bu suçların ortak özelliği, ilgili madde düzenlemeleri kadar yargı makamları tarafından yorumlanmalarının da önemli olmasıdır. Hangi fiillerin kin ve düşmanlığa tahrik, haya duygularına saldırı veya Türk Milletini aşağılama niteliğinde olacağını tespit etmekle görevli yargı makamlarının, bu fiilleri değerlendirirken sanat ve ifade özgürlüklerini koruyucu bir bakış açısına sahip olmaları gerekmektedir. Yeni TCK'nın bu suçlar alanında en büyük getirisi de yoruma açık bu fiillerin oluşturduğu suçları soyut tehlike suçu olmaktan çıkarmış olmasıdır. Nitekim mevcut yeni düzenlemelerden sonra bu madde ile ilgili yargı makamlarına başvurular ve verilen kararlar da gözle görülür bir şekilde azalmıştır. Fakat, Türkiye Yayıncılar Birliği Yayınlama Özgürlüğü Komitesi'nin 2010 Yayınlama Özgürlüğü Raporundaki verilere göre de, "2008-2009 yılları arasında, 27 yayıncı yargı önüne çıkmış, 30 kitap hakkında mahkumiyet kararı verilmiş, 8 kitap hakkında beraat kararı verilmiş ya da dava düşmüş, 1 beraat kararı Yargıtay tarafından aleyhte bozulmuş, 8 kitap yasaklanarak toplatılmış, 24 kitap hakkında açılan davalar ise sürmektedir."²⁶³ Avrupa Birliği 2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporunda ise; Türkiye'nin, raporun kapsadığı tarihler arasında 381 vaka ile AİHS maddelerini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Başvuruların %11'inin ifade özgürlüğü hakkının ihlali gerekçesi ile yapıldığı açıklanmıştır.²⁶⁴

Yukarıda açıklanan suçlara ilişkin olarak hakim ve savcıların üzerine düşen rolün öneminin yanı sıra, doktrinde bu suçlara ilişkin yeni düzenlemelerin yetersiz olduğu görüşünü savunan hukukçular da mevcuttur.²⁶⁵

²⁶² Artuk – Gökçen – Yenidünya, **a.g.e.**, s. 1087-1094.

²⁶³ Türkiye Yayıncılar Birliği Yayınlama Özgürlüğü Komitesi'nin 2010 Yayınlama Özgürlüğü Raporu, (Çevrimiçi) www.turkyaybir.org.tr/.../yayinlama%20ozgurlugu%20raporu%202010.doc, s.10.

²⁶⁴ Avrupa Birliği 2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf, s. 13-14.

²⁶⁵ Prof. Dr. Kayıhan İçel, bu düzenlemelerin "*gerek dil, sistematik, içerik ve temel ilkelere uygunluğu, gerek başka mevzuatla uyumu açısından sorunlu düzenlemeler*" olduğunu belirtmiş ve söz konusu maddelerin gerekçelerinde de madde metni ile çelişkili ve hukuken hatalı birçok açıklamanın bulunduğu dikkat çekmiştir. Kayıhan İçel-Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku Basın Radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s. 84.

Nitekim AB 2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu hem mevcut yasal düzenlemeleri hem de bu düzenlemeleri uygulayan hakim ve savcılar şöyle eleştirmektedir²⁶⁶:

“...Ancak yasal çerçeve halen ifade özgürlüğüne ilişkin yeterli güvence sağlanamamaktadır ve sonuç olarak hakim ve savcılar, ifade özgürlüğünü dar bir şekilde yorumlamaktadırlar. Halen 301. maddeyi temel alan bazı kovuşturmalar yapılmakta ve mahkumiyet kararları verilmektedir. Ayrıca TCK’nın onur, şeref ve saygınlığa karşı işlenen suçlar (TCK’nın 125 ila 131’inci maddeleri), kamu düzeni (214’üncü, 216’ncı, 217’nci, 218’inci ve 220’nci maddeleri) devlet güvenliği (305’inci maddesi), anayasal düzen (312’nci ve 314’üncü maddeler), müstehcenlik (226’ncı maddesi) başta olmak üzere diğer bir takım hükümleri ifade özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ayrıca TCK’nın 318’inci maddesi (halkı askerlikten soğutmak), Atatürk aleyhine işlenen suçlar Hakkında Kanun, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun uyarınca kovuşturmalar ve mahkumiyet kararları devam etmektedir. Bu hukuki belirsizlik, gazetecileri, yazarları, yayıncıları, siyasetçileri, akademisyenleri ve diğer meslek gruplarını soruşturma, kovuşturma, mahkumiyet ve hapis tehlikesiyle karşı karşıya bırakmakta ve dolayısıyla oto-sansüre neden olabilmektedir.”

Tüm bu veriler ve değerlendirmeler sonucunda, Türk Ceza Hukuku sistemindeki yasalar, ifade ve sanat özgürlüğü haklarının kullanımı konusunda kısıtlayıcı maddeler içermekteydi ve yargı makamları da birçok yasayı ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte yorumlamaktaydı. Bu durumun iyileştirilmesi için bir dizi değişiklik yapılmıştır. Yasalardaki bu reformun yanı sıra yargı makamlarının da bu yasaları uygularken özgürlükçü bir bakış açısına sahip olup olmadıklarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu reform çalışmasının, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının giderilmesi ve AİHS standartlarına uyumlu hale getirilmesi konusundaki başarısı ise yakın zamanda yargı makamlarının kararları ve AİHM’ne giden başvurulardan anlaşılabacaktır.

²⁶⁶ Avrupa Birliği 2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf, s. 18.

3.3.2. Radyo-Televizyon Alanındaki Sınırlamalar

Müzik ve film gibi görsel ve işitsel sanat eserlerinin yayılması konusunda sanatı yayma özgürlüğü ile basın ve yayın özgürlüğü arasında açık bir bağlantı mevcuttur. Bu bağlantı nedeni ile radyo ve TV alanındaki sınırlamalar sanat özgürlüğünün kullanımını da doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un²⁶⁷ 4. maddesindeki sınırlamalar şöyledir:

“Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır. Yayınların Türkçe yapılması esastır. Ancak, evrensel kültür ve bilim eserlerinin oluşmasına katkısı olacak yabancı dillerin öğretilmesi veya bu dillerde müzik veya haber iletilmesi amacıyla da yayın yapılabilir. Ayrıca kamu ve özel radyo televizyon kuruluşlarınca Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlar, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamaz.”

Bu maddede sayılan sınırlandırma ölçütleri de Basın Kanunu'nda olduğu gibi Anayasanın ilgili maddesindeki ölçütlerle kıyaslandığında, Anayasada sayılanlara ek olarak bu maddede bir de “genel ahlak” ölçütünün yer almakta olduğunu görürüz. Dolayısıyla yine bu ölçüt esas alınarak yapılan bir sınırlamanın, Anayasada öngörülmediğinden Anayasaya aykırılık teşkil edeceğini ileri sürebiliriz.²⁶⁸

Ayrıca 4. maddenin devamında 23 adet yayın ilkesi sayılmış ve yayınların bu ilkelere uyması gerekliliği belirtilmiştir. Bu ilkelere 4. maddenin f bendinde bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre, “özel hayatın gizliliğine saygılı olunması, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında kişilerin özel hayatının yayın konusu yapılmaması” şeklinde olan bu bent “özel hayatın gizliliğine saygılı olunması” olarak değiştirilmiştir.²⁶⁹ Bu değişiklik Anayasa'ya aykırı olarak getirilmiş olan

²⁶⁷ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RG. Tarih: 20.04.1994, Sayı: 21911.

²⁶⁸ Mehmet Semih Gemalmaz – Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.260-281.

²⁶⁹ 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Madde 8/B.

sınırlandırmanın kaldırılmış olması nedeni ile olumlu bir gelişmedir. Bunun yanı sıra 4. maddenin c bendi ise bir Danıştay Kararı'na konu olmuştur. Danıştay 13. Daire'nin 2005/1136 E. 2005/4713 K. sayılı kararında; Genç Parti Genel Başkanı Cem Uzan'ın Bursa mitinginde yaptığı konuşmanın bu kişinin de ortağı olduğu yayıncı kuruluş tarafından yayınlanmasının bir siyasi liderin başka bir siyasi lideri eleştirdiği konuşmasının yayını suretiyle, yayıncılığın bir gerçek ya da tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanıldığı gerekçesi ile Madde 4/c hükmüne aykırı yayın yapıldığı iddiası ile tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmıştır. Bunun yanı sıra bu yayın ilkelerinden bazılarının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı gerekçesi ile de dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu başvuruda Cumhurbaşkanı söz konusu yayın ilkelerinin açıkça tanımlanmamış, muallak ve kişiye göre değişen ilkeler olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca yayın ilkesi ihlali sonucunda ağır yaptırımlar öngörülmüş olmasının Anayasa'nın 38. maddesindeki 'kanunsuz suç ve ceza olmayacağı' ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 26. ve 28. maddesindeki anayasal kurallar dışında halkın haber alma özgürlüğünün kısıtlanamayacağı fakat açık ve nesnel olmayan yayın ilkeleri nedeni ile yayın kuruluşlarında tedirginlik oluşacağı ve bu nedenle halkın haber alma hakkının zedeleneyeceğini bildirmiştir.²⁷⁰ Nitekim bu duruma örnek olan muallak ve kişiye özel yayın ilkelerine örnek olarak "yayınların müstehcen olmaması" yayın ilkesini gösterebiliriz. Burada müstehcenlik kavramı açıklanmamış, hangi tür yayınların bu kapsama gireceği belirtilmemiştir.

3984 sayılı Kanunun bir özelliği de radyo ve televizyon yayınlarında işlenen suçlar ve haksız filer hakkında ceza sorumluluğu ile ilgili herhangi bir hüküm içermemesidir. Buna rağmen Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği²⁷¹ dayanak Kanunda öngörülmemiş olan bir ceza sorumluluğu düzeni getirmiştir. Bu durum yasa koyucunun iradesine ters düşen bir ceza sorumluluğu düzeni doğurmuştur.²⁷²

²⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 2002/102 E. 2004/109 K. sayılı ve 21.09.2004 tarihli Karar, RG. Tarih: 04.08.2006, Sayı: 26249.

²⁷¹ RG. Tarih: 16.03.1995, Sayı: 22229.

²⁷² Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.g.e.**, s. 416-417.

Bir diğerk mevzuat, Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik²⁷³ Madde 5'te sayılan yayın ilkeleri dayanak Kanunda sayılmış yayın ilkelerine eklemeler yapmıştır ve bu nedenle Yönetmelik dayanak Kanuna aykırıdır. Bu Yönetmelik hakkında Danıştay Onuncu Dairesi'nin 05.12.2003 tarihli 2002/7134 E. 2003/4812 K. numaralı kararında ise konu ile ilgili şu hususlar belirtilmiştir:

“Objektif, soyut ve genel nitelikte kuralları ile bir konuyu düzenleyen yasa koyucunun önceden ortaya çıkabilecek bütün olayları belirleyip onların özelliklerine göre düzenleme yapması beklenemez. Bu nedenle idarenin Anayasanın 124. maddesinde öngörülen genel düzenleme yetkisini kullanarak ilgili Kanunun amaç ve kapsamı çerçevesinde yaptığı yönetmelik, (tebliğ, genelge) gibi objektif düzenlemelerin genel bir tanımla yasal düzenlemeler olarak kabulü gerekir. 3984 sayılı Kanunla Radyo ve Televizyon yayın faaliyetlerini düzenlemek amacıyla özerk ve tarafsız olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişisi olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Kanunla öngörülen kuruluş amacı ve verilen görev sınırları içinde, genel düzenleme yetkisini kullanarak çıkardığı yönetmelikler de, yukarıda açıklandığı gibi genel bir anlatımla yasal düzenleme kapsamındadır. Yayıncı Kuruluşların, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun çıkardığı belirtilen nitelikteki genel düzenleyici işlemlerine uygun yayın yapmaması "yasalara saygılı olma" ilkesini ihlali niteliğindedir. Bu nedenle İdare Mahkemesince Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırılığın, "yasalara saygılı olma ilkesinin" ihlali kapsamında incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”²⁷⁴

Bu kararın azınlık oyu görüşü ise şu yöndedir:

“3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (ı) bendinde düzenlenen yayın ilkesinin içindeki "adalet ve tarafsızlığa uygun olma" unsuruna aykırı bulunmayan uyumsuzluk konusu yayının "yasalara saygılı olma" unsurunu ihlal ettiğinden söz edebilmek için de hangi yasaya aykırı yayın yapıldığının açık olarak ortaya konması ve o yasaya aykırılığın kanıtlanması gerekmektedir. Davalı idare, bu konuda sadece, yayının Radyo ve Televizyon Yayınları Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin (r) bendine aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiştir ki, Yönetmelik hükmünün ihlalinin "yasalara saygılı olma" ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmesi

²⁷³ RG. Tarih: 28.05.1995, Sayı: 22296.

²⁷⁴ Danıştay 10. Daire'nin 05.12.2003 Karar Tarihli, 2003/4812 K, 2002/7134 E. sayılı Kararı, par. 3.

mümkün değildir. Bu durumda söz konusu yayın ile 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) bendinde düzenlenen yayın ilkesini ihlal ettiğinden söz edilemeyecek olan televizyonun yayının, aynı Kanun'un 33. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."²⁷⁵

Nitekim söz konusu bu Yönetmelik, 2003 tarihli Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin²⁷⁶ 44. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Yönetmelik hükümleri ise dayanak Kanuna uygun düzenlemelere sahiptir.

Uygulamadan başka bir örnek ise Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2005/3708 E. 2006/4545 K. sayılı basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğü bağlamında karikatür sanatının eleştirel durumu hakkındaki kararı gösterilebilir. Bu kararda incelenen vaka özetle; bir siyasi partinin Genel Başkanı ve Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı olan davacının, davalı gazetenin 09/05/2004 tarihli nüshasının beşinci sayfasında davalı M. tarafından çizilen bir karikatür yayınlandığını, bu karikatürün müvekkilinin şahsiyet haklarına tecavüz niteliğinde olup şeref, haysiyet ve onuruna saldırı kastı taşıdığını ileri sürerek saldırı nedeniyle duyulan acı, elem ve ıstırap karşılığı olmak üzere maddi tazminat talebidir. Yargıtay 4. Daire bu vakanın incelenmesi sonucunda şu hükümlere varmıştır:

"Karikatür (caricature), Avrupa'da 17. yüzyılda ortaya çıkmış, daha sonra siyasal karikatürlerin çizilmesiyle bir sanat haline gelmiştir. Karikatür, gözleyeni düşünmeye ve güldürmeye yönelten ince zeka ve yetkinlik ürünü, güncel olaylarla ilgili olarak abartılı vurgular taşıyan az sözlü ya da çizgisel anlatım sanatıdır. Mizah inceliğiyle hicveder ve eleştirilerde bulunur. Eleştiri ise, doğruyu bulmanın yollarından biridir. Eleştiri sevilen ve arzulanan bir şey değildir ancak toplumun gelişmesi için gereklidir. Siyasal karikatür, toplumun demokratik düzeyinin bir göstergesi olduğundan zekayı ateşleme ve kurulu düzeni eleştirme gücü, tehdit olarak algılanmamalıdır. Karikatür çizilerek yapılan siyasal eleştirilerin basın özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğüne aykırı olduğu da ileri sürülemez. Görüş ve düşünceler abartılı, incitici, aykırı, rahatsız edici, belli ölçüde alaycı olabilir. Basın yoluyla bu hakların kullanılması demokrasinin gereğidir. Değer yargıları, en

²⁷⁵ Aynı Karar, par. 7.

²⁷⁶ RG. Tarih: 17.04.2003, Sayı: 25082.

çarpıcı biçimde toplumun ilgisi çekilerek ve güldürü özelliği de katılarak karikatürle açıklanabilir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturur. Düşünceyi açıklamada, karikatürün ayrı bir yeri vardır. Siyasi-karikatürler, siyasetçiler için rahatsızlık yaratsa da, okuyucuların olayları daha net biçimde anlama ve kavramalarında etkili olur.”

“Toplumu yönetme, etkileme ve yönlendirme gücü bulunan siyasetçilerin, sahip oldukları bu güç oranında eleştiriye açık olma ve katlanma zorunlulukları vardır.”

Yargıtay 4. Daire'nin bu hükmü AİHM içtihatları ile de örtüşmekte olup, basın, ifade ve sanat özgürlüklerinin korunması konusunda örnek teşkil edecek bir karardır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda ve yukarıda değinilen ulusal mevzuat ve göz önünde bulundurulduğunda, sanat özgürlüğü hakkının; sanatın yayılması çerçevesinde basın ve yayın özgürlüğü ile bağlantılı olduğu ve bu nedenle basın hakkının geniş ve kimi zaman Anayasaya aykırı sınırlandırma ölçütleri ile sınırlandırıldığını görmekteyiz.

3.3.3. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Alanındaki Sınırlamalar

Sinema, video ve müzik eserleri alanında inceleme altına alınacak ilk kanun, Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun'dur.²⁷⁷ Bu kanunla getirilen olumlu bir gelişme kendinden önceki, amaç ve denetim konusunda Anayasaya aykırılıklar içeren Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nu²⁷⁸ yürürlükten kaldırmasıdır. Bu yeni kanunun amaç başlıklı 1. maddesi eski kanundan tamamen farklıdır ve Anayasaya aykırılık içermemektedir. Sinema filmlerinin denetlenmesi konusundaki ölçütler, Madde 4'ün 5. paragrafında “insan onuru, kamu düzeni, genel ahlak, çocukların ve gençlerin ruh sağlığının korunması amacıyla; şiddet, pornografi ve insan onuruyla bağdaşmayan görüntü ve etkiler içeren filmler” olup olmadığının tespitine yönelik ölçütler olarak sayılmıştır. Bu ölçütler Anayasaya ve AİHM içtihatlarıyla belirlenmiş ölçütlere uygun görünmektedir.

²⁷⁷ 5224 sayılı Kanun, RG. Tarih: 21.07.2004, Sayı: 25529.

²⁷⁸ 3257 sayılı Kanun, RG. Tarih: 07.02.1986, Sayı: 19012.

Yukarıda “ Anayasa Hukuku Açısından Türkiye’de Sanat Özgürlüğü Hakkı” başlığı altında açıkladığımız Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması da sinema, video ve müzik eserleri bakımından sanat özgürlüğü konusunda Türkiye’deki olumlu bir gelişmedir.

Uygulamadaki bazı örnekleri inceleyecek olursak ise Danıştay 10. Daire’nin 1990/1711 E. 1992/1324 K. sayılı kararını örnek gösterebiliriz. Basın Kanunu’nun 31.maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu’nun çıkarmış olan 83/6588 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk Vatandaşlığından çıkarılmış olan ve Türkiye ve Türkler aleyhine propaganda faaliyetlerine yurt dışında devam eden kişilere ait her türlü yazılı eser, resim, kartpostal, plak, video ve ses bantlarının Türkiye’ye sokulması ve dağıtılması yasaklamıştır. Davacı şirket, İsviçre’de bulunan bir şirketten satın alınan "Umut" adlı filmi, yabancı ülkelere ait filmlerin Türkiye’ye getirilmesine ilişkin kurallar çerçevesinde sansür kuruluna sunmuş ancak, idarece, anılan Bakanlar Kurulu Kararı gerekçe gösterilerek filmin yurda sokulmasının sakıncalı olduğu cevabı verilmiş, film denetime tabi tutulmadan iade edilmiştir. Danıştay ilgili dairesi ise bu konuda şu hükmü vermiştir:

“7.2.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3257 sayılı Sinema,Video ve Müzik Eserleri Kanununun 3. Maddesine göre, film, video, ses taşıyıcıları ve benzerlerinin bu kanun kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır. 3257 sayılı Kanun, kendi kapsamında bulunan eserlerin denetim, kayıt ve tescili, dağıtım ve gösterimi hakkında özel hükümlere girmekte olup, bu kanun uyarınca çıkarılan ve 4.9.1986 günlü 19211 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sinema,Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik ile denetleme usullerinin ayrıntıları düzenlenmiştir. Davacı Şirketin, denetlemek üzere Kültür Bakanlığına sunduğu eser, Sinema, Video Müzik Eserleri Kanunu kapsamında olan bir sinema filmidir. Bu durumda, film şirketi tarafından 3257 sayılı Yasaya göre yapılan başvurunun, bu yasa ve ilgili denetleme yönetmeliği hükümleri çerçevesinde ele alınarak incelenmesi gerekmekte olup, açıkça, basılı eserler hakkında düzenleme yapan 5680 sayılı Basın Kanununa dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı gerekçe gösterilerek başvurunun reddedilmesinde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.”

Bu kararda önemli olan nokta Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk Vatandaşlığından çıkarılmış olan ve Türkiye ve Türkler aleyhine propaganda

faaliyetlerine yurt dışında devam eden kişilere ait her türlü yazılı eser, resim, kartpostal, plak, video ve ses bantlarının Türkiye'ye sokulması ve dağıtılmasının yasaklanmış olmasıdır. Bu karar ile daha sanat eserinin içeriğine ilişkin denetim mekanizması çalıştırılmadan eser sahibinin kişiliğinden kaynaklanan bazı durumlar nedeni ile sınırlandırmaya tabi tutulmasının sanat özgürlüğü hakkına aykırılık teşkil etmesidir. Bakanlar Kurulu Kararının dayanağı olan 5680 sayılı Basın Kanunu'nun yürürlükten kalkması ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nda böyle bir düzenlemenin mevcut olmaması olumlu bir gelişmedir.

Bu karara eş bir uygulama İdari Dava Daireleri'nin 1988/9 K. 1988/40 E. sayılı kararı ile ses kasetinin Türkiye'ye sokulması ve dağıtılmasına, icracılarının Türk vatandaşlığından çıkartılmış ve Türkiye ve Türkler aleyhine propaganda faaliyetlerine devam eden kişiler oldukları gerekçesiyle izin verilmemesinde kanuna aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

Bir başka uygulama örneği ise yine Danıştay 10. Daire'nin 1991/2508 E. 1993/1262 K. sayılı kararıdır. Bu kararda incelenen vaka özetle müstehcen film oynatıldığı öne sürülen sinemanın Valilik kararı ile kapatılmasıdır. Sivas İdare Mahkemesi; Mahkeme heyetinin söz konusu filmi izlediği, bir sahnede başrol oyuncu kadının kısa bir süre çıplak görüldüğü, bunun dışında herhangi bir açık sahnenin görünmediği, söz konusu edilen açık sahnenin de net bir şekilde izlenemediği ve cinsel duyguları tahrik edici içerikte bulunmadığı, filmin müstehcen olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle kapatma işleminin iptaline karar vermiştir. Bunun üzerine Danıştay; Film Tetkik Tutanağı'nda birden çok sahnede başrol oyuncu kadının çıplak ve cinsel yönden tahrik edici rolde olduğu belirlenmişken Mahkemenin yalnızca bir sahne üzerinde durarak karar verdiği, bunun yanında filmin on sekiz yaşından küçüklere gösterilmiş olması yolundaki tespitin de Mahkemece nazara alınmadığını bildirerek kararın bozulmasına karar vermiştir. Kanımızca gösterdiği filmde çıplak ve cinsel yönden tahrik edici sahnelerin olması nedeni ile bir sinemanın kapatılması Anayasa ve AİHM içtihatlarındaki ölçülülük ilkesine aykırıdır. Belirtmek gerekir ki bu karardaki dayanak Kanun yukarıda bahsi geçen yürürlükten kaldırılmış olan Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'dur.

Bir diğerk örnek karar ise Danıştay 10. Daire'nin 1994/2897 E. 1995/6650 K. sayılı kararıdır. Bu kararda 16 yaşından küçük çocuklar bakımından sakıncalı olabilecek 'Sex and Stars' isimli filmin, 16 yaşından küçüklere gösterilmemesi yerine filmin gösterime sunulmamasına ilişkin kararın bozulmasına karar verilmiştir. Buradaki önemli nokta uygulanacak olan sınırlamanın ölçülü olması ilkesinin bir göstergesi olduğudur.

Sinema, video ve müzik eserlerinin dışında olmakla birlikte tiyatro eserleri ile ilgili bir Danıştay kararına da değinmek yerinde olacaktır. Danıştay 10. Dairesi'nin 2000/5980 E. 2003/247 K. sayılı karardaki vaka özetle Kürtçe bir oyunun oynanmasına Valilik tarafından izin verilmemesi durumudur. Bu karadaki azınlık oyunun görüşüne göre; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 1. maddesinde, "Umumi veya umuma açık yerler ile umuma açık yerler niteliğindeki ulaşım araçlarında, gerçek kişi veya topluluklar mahallin en büyük mülki amirine en az 48 saat önceden müracaat suretiyle oyun ve temsil verebilir veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebilir. Bunlardan, genel ahlaka, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne veya Anayasa düzenine aykırı olduğu tespit edilenler, mahallin en büyük mülki amiri emriyle polis tarafından men edilir ve ilgililer derhal adli mercilere sevk edilir." denilmekte olup; söz konusu oyunun daha önce de gösterilmiş olduğu halde yukarıdaki durumların gerçekleşmemiş olması nedeni ile oyunun oynanmasına izin verilmeme işlemin hukuka aykırı olduğu yönündedir.

Sinema, video ve müzik eserleri alanındaki sınırlamalar konusunda üzerinde durulması gereken bir kavram da sansürdür.

Sansür kelimesinden anlaşılan bir sanat eserinin ilgili makamlar tarafından kontrol altında tutulması ya da sınırlandırılmasıdır. Bakanlar Kurulu'nun 13.06.1966 tarihli ve 6/6583 sayılı Sansür Yönetmeliğinde sansür şöyle tanımlanmıştır:

"Söz, yazı, resim ve sesle yapılan her türlü yayınların ve haberleşmelerin, yapılmalarından ve gönderilen her çeşit maddelerin (Mersulelerin)

alıcılara varmasından önce Devlet tarafından kontrol edilmek üzere alınan emniyet tedbirleridir.”²⁷⁹

Sansür Yönetmeliğinin 2. maddesinde ise bu yönetmeliğin sıkıyönetim ya da savaş hali durumlarını kapsadığı belirtilmiştir. Bu durumda sansür sadece sıkıyönetim uygulanan yerlerde ve savaş halinde uygulanabilir. Fakat Türk basın ve sinema mevzuatı sansür adı altında olmasa da bu duruma aykırı birçok kısıtlayıcı düzenleme içermektedir. Bunların bir kısmını yukarıdaki bölümlerde açıklamıştık. Bunların yanı sıra 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un²⁸⁰ ‘Yayınların Men Edilmesi’ başlıklı 25. maddesinde ‘*yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlar önceden denetlenemez ve durdurulamaz*’ denmektedir. Bunun istisnası olarak da milli güvenlik ve kamu düzeninin bozulmasının kuvvetle ihtimal olduğu durumlarda yayının durdurulabileceği belirtilmiştir. Her ne kadar milli güvenlik ve kamu düzeni Anayasamızda da sayılan sınırlama ölçütleri olsa da Sansür Yönetmeliğine geri dönecek olursak bu türlü sınırlamaların ancak sıkıyönetim ve savaş hallerinde mümkün olduğu belirtilmekteydi.

Sansür Yönetmeliğinin 15. maddesinde sansüre tabi tutulabilecekler açıklanmıştır. Bunların arasında; basılmış eserler, süreli yayınlar, kitaplar, resimler ve fotoğraflar, diğer yayın vasıtaları, radyo ve televizyon, sinema filmleri ve film senaryoları, tiyatrolar ve her türlü tiyatro eserleri, plaklar, fonopost maddeleri ve basılmış müzik eserleri gibi sanat eserleri de sayılmıştır. Demokratik olmayan sonuçlar içeren bir durum da özel bir niteliğe sahip olan bu sanat eserlerinin sansüre uğrayıp uğramayacaklarının denetiminin kolluk kuvvetleri tarafından yapılmasıdır. Bu durum Sıkıyönetim Kanunu²⁸¹ 3/c bendinde şöyle düzenlenmiştir:

“Söz, yazı, resim, film ve sesle yapılan her türlü yayım, haberleşme, mektup, telgraf vesair mersuleleri kontrol etmek; gazete, dergi kitap ve diğer yayınların basımını, yayımını, dağıtımını, birden fazla sayıda bulundurulmasını veya taşınmasını veya sıkıyönetim bölgesine sokulmasını yasaklamak veya sansür

²⁷⁹ Sansür Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Karar Tarih:13.06.1966 Sayı:6/6583, RG. Tarih: 11.07.1966, Sayı: 26986.

²⁸⁰ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RG. Tarih: 20.04.1994, Sayı: 21911.

²⁸¹ 1402 sayılı Sıkı Yönetim Kanunu, RG. Tarih:15.05.1971, Sayı:13837.

koymak; sıkıyönetim komutanlığınca basımı, yayımı ve dağıtılması yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş, bildiri, pankart, plak, bant gibi bilcümle evrakı, yayın ve haberleşme araçlarını toplatmak; bunları basan matbaaları, plak ve bant yapım yerlerini kapatmak, müsaderesine karar verilmemekle birlikte, sıkıyönetim komutanlıklarınca sahiplerine iadesinde sakınca görülenlerin imhası için gerekli önlemleri almak; yayına yeni girecek gazete ve dergilerin çıkarılmasını izne bağlamak”

Türk Hukuk Mevzuatında sansür kavramının tarihsel gelişimi ise şöyle özetlenebilir: Film sansürü konusunda 1932 yılında yürürlüğe giren ‘Sinema Filmlerinin Kontrolüne Ait Talimatname’ senaryoların filme çekilmeden önce denetlenmesi esasını tanımlamıştır. Bu talimatname ‘Filmlerin ve Film Senaryolarının Kontrolüne Dair Nizamname’ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Nizamname ise yine Türkiye’de filme alınacak tüm senaryoların kontrolden geçmesini zorunlu tutmuş, bunun yanı sıra filme çekilen senaryoların çekim işlemi bittikten sonra da film olarak tekrar kontrole tabi tutulması düzenleme altına alınmıştır. 1977 yılında ise ‘Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesi Hakkında Tüzük’²⁸² yürürlüğe girmiştir. Bu tüzük daha sonra yerini ‘Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük’e’²⁸³ bırakmıştır.²⁸⁴ Tüm bu düzenlemelerin dayanağı ise sansür yetkisini polise veren ‘Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun²⁸⁵ 6. maddesidir. 1963 yılında bu maddenin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş fakat bu maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁸⁶ Bu maddenin Anayasa’ya aykırılık iddiası gerekçeleri ise şunlardır:

“Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 6. Maddesi yurtiçinde çekilecek filmlerin ve dışarıdan getirilecek filmlerin sansür yetkisini polise vermiştir. Bu şekilde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1. maddesi ile sanat eseri sayılan sinema filmleri Anayasanın 21. maddesinin himayesinden yoksun bırakılmıştır. 21. madde, sanatı serbestçe öğrenme, öğretme, açıklama ve yayma haklarını içeren bir hüküm olduğuna göre, bu hakların kullanılmasını engelleyen 6. madde Anayasanın bu hükmüne aykırı durumdadır.

²⁸² RG. Tarih: 23.09.1977, Sayı: 16163.

²⁸³ RG. Tarih: 02.12.1979, Sayı: 16736.

²⁸⁴ Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.g.e.**, s. 433-445.

²⁸⁵ 2559 sayılı Kanun, RG. Tarih: 14.07.1934, Sayı: 2751.

²⁸⁶ Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.g.e.**, s. 445-446.

*Sansür mevzuatındaki sınırlamalar Anayasa'nın 11. maddesine aykırıdır. Çünkü, bu madde, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini öngörmüş ve kanunun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi nedenlerle de olsa bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamayacağını belirtmiştir. 6. madde ise hakkın özüne dokunan bir sınırlamadır.*²⁸⁷

3257 sayılı 'Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'²⁸⁸ sinema filmlerinin denetlenmesini Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu yetkisinden çıkarmıştır. Ayrıca bu Kanun yalnızca filmlerin denetlenmesi değil, sinema ve müzik sanatının teşvik edilmesi konusunda da düzenlemeler içermektedir.²⁸⁹

3.3.4. İnternet Alanındaki Sınırlamalar

Çağımızın kitle iletişim alanındaki bir diğer önemli gündem konusu ise internet sansürüdür. Özellikle 1990lı yıllardan sonra teknolojik gelişme ile internet çağımızın en büyük kitle iletişim aracı haline geldi. Bu nedenle sanatın yayılması ve sanattan yararlanma haklarının kullanımında da en çok kullanılan araçlardan biri de bu alandır. Bu nedenledir ki, kitlelere haber, düşünce ve sanat eserlerinin internet yolu ile ulaştırılmasını sağlayan ve koruma altına alan özgürlük dalı, internet özgürlüğü olarak nitelendirilebilir.²⁹⁰

İnternet özgürlüğünü koruma altına almak için yapılan hukuksal düzenlemelerin en önemlilerinden ilki 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'dur.²⁹¹ Bu Kanun ile, daha önceden 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'ne verilmiş olan transmisyon hatlarını kurma yetkisi ve bu hatlar üzerindeki mülkiyet hakkı bu kurumdan alınarak, kurumun tekel yetkisine son verilmiştir.²⁹²

²⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 08.07.1963 tarih ve 204/128 Sayılı Karar, RG. Tarih: 13.11.1963, Sayı: 11554. Ayrıntılı bilgi için bkz., Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.e.**, s. 446.

²⁸⁸ RG. Tarih: 07.02.1986, Sayı: 19012.

²⁸⁹ Kayıhan İçel-Yener Ünver, **a.g.e.**, s. 451.

²⁹⁰ Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 48.

²⁹¹ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, Kabul Tarihi:05.11.2008, RG Tarih:10.11.2008, Sayı:25050.

²⁹² Kayıhan İçel, "Türkiye'de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları – Erişimin Engellenmesi – İçeriğin Yayından Çıkarılması ve

İnternet ortamında işlenen suçlardan sorumluluk konusu ise İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun²⁹³ ile düzenlenmiştir. Bu kanunun amacı, birinci maddesinde, içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlara ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olarak sayılmıştır. Kanun, içerik, yer ve erişim sağlayıcılar için belirli yükümlülükler koymuş ve bu yükümlülüklere uyulmaması halinde verilecek idari cezaları düzenlemiştir. Özellikle erişim sağlayıcılar açısından 5651 sayılı Kanun ile cezai sorumluluk öngörülmemiş fakat bunların yükümlülüklerine uymaları için yüksek miktarlarda idari para cezaları koymuştur. Doktrinde bu idari cezaların internetin gelişimini engelleyici ve internet özgürlüğüne aykırı yaptırımlar olduğu görüşleri vurgulanmaktadır.²⁹⁴

5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesi ise cezai sorumluluğu düzenlemiştir. Buna göre, internet yayınında kanunda sayılı bazı suçların bulunduğu konusunda yeterli şüphe varsa bu yayınlara erişim engellenir. Bu suçlar; TCK'da yer alan intihara yönlendirme (Madde 84), çocukların cinsel istismarı (Madde 103/1), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (Madde 109), sağlık için tehlikeli madde temini (Madde 194), müstehcenlik (Madde 226), fuhuş (Madde 227), kumar oynanması için yer imkanı sağlama (Madde 228) ve Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlardır. Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Hakim, kovuşturma evresinde ise Mahkeme tarafından verilir. Verilen kararın bir örneği ise BTK Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na gereği yapılmak üzere gönderilir.²⁹⁵

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ise internet yayını ile kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin içeriğin yayından çıkarılmasını isteme hakkı ya da cevap hakkı düzenlenmiştir. Bu hakları kullanmak isteyen kişiler ise, içerik sağlayıcıdan olumlu yanıt alamamaları halinde mahkemeye başvurabilirler.

Cevap Hakkı", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:8 Sayı:16, Güz 2009, s. 18.

²⁹³ 5651 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi:04.05.2007, RG. Tarih: 23.05.2007, Sayı: 26530.

²⁹⁴ İçel, **a.g.e.**, s. 21.

²⁹⁵ İçel, **a.e.**, s. 25-26.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 840. toplantısında İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon kabul edilmiştir.²⁹⁶ Bu Deklarasyona göre ise, devlet, genel bloklama veya filtreleme önlemleri yoluyla kamunun internet üzerindeki bilgiye veya diğer iletişimlere erişimine engel olmamalıdır. Yine Deklarasyonun giriş kısmında, bilgi ve ifade özgürlüğü ile diğer yasal hak ve çıkarlar arasında bir denge kurulması gerekliliği ve internet üzerinde bilginin özgür dolaşımının ve ifade özgürlüğünün önemi vurgulanmıştır.²⁹⁷

Oysa ki, internete erişimin engellenmesi konusunda Türkiye'de verilmiş mahkeme kararları incelenecek olursa, Deklarasyonun yukarıda sayılan bu maddeleri ile mevcut uygulamanın örtüşmediği görülecektir. Bu Deklarasyona göre devletlerin, halkın internete erişiminin engellememe yükümlülüğü vardır. Bu mahkeme kararlarından en çok gündemde olanlar, Youtube adlı internet video paylaşım sitesi hakkında verilmiş olanlardır. Bunlardan ilki, Youtube'da yer alan bir kısım videoların Atatürk'e ve Türk Bayrağı'na hakaret içermesi nedeni ile İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Savcısı tarafından mahkemeye başvurulması sonucu, İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen 2007/384 sayılı karar uyarınca 6 Mart 2007 tarihinde Youtube'a erişimin engellenmesidir. İlgili videoları kaldırmayan Youtube aleyhine bir kez de Ankara 12. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 2008/55 sayılı karar ile 17 Ocak 2008 tarihinde erişimin engellenmesi cezası verilmiştir. Yine aynı siteye Sivas 2. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 16 Ocak 2008 tarihinde, Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 13 Mart 2008 tarihinde, Ankara 11. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 24 Nisan 2008 tarihinde ve Ankara 5. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından 30 Nisan 2008 tarihinde erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

²⁹⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28.05.2003 tarihinde Strasbourg'da gerçekleşen 840. Toplantısında kabul edilen İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon, orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi), <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=37031>, 07.02.2011.

²⁹⁷ İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon, (Çevrimiçi) http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_305.htm, 07.02.2011. (Çeviri: Beyza Banu Özdilek) ("İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Beyza Banu Özdilek'e aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.)

Tüm bu açıklamalardan sonra belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi cezası, internet kullanıcısı bakımından da kısıtlayıcı durumlar doğurmaktadır ve zaman içinde bu engellemeler halkın bilgi edinme hakkını sınırlayan bir hal almıştır.²⁹⁸

²⁹⁸ Yaman Akdeniz-Kerem Altıparmak, “İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <http://www.scribd.com/doc/34737131/%C4%B0internet-Girilmesi-Tehlikeli-ve-Yasakt%C4%B1r-Dr-Yaman-AKDEN%C4%B0Z-Dr-Kerem-ALTIPARMAK>, 17.09.2010, s.1-137.

SONUÇ

Sanat, tüm insanlık tarihi boyunca var olmuş ve olacak bir faaliyettir. İlkel toplumlarda yaşamın ihtiyaçlarına yönelik oluşturulan din ve büyü sanatın doğuşuna işaret etmektedir. Totemler için yapılan büyü törenlerinde canlandırma ve danslar yapılması, avcılıkla uğraşan ilkel insanların mağara duvarlarına hayvan figürleri çizmesi, bereket getirmesi için kadın heykellerinin yapılması sanatın ilkel toplumlarda hayatın bir parçası ve toplumun bir ihtiyacı olduğunu göstermektedir. Buradan çıkan sonuç ilkel sanatın günümüz sanatındakinden farklı olarak 'güzellik' ve 'estetik' kaygı taşımayan bir faaliyet olduğudur.

İlk Çağ'dan Yeni Çağ'a kadar uzanan süreçte sanat, ya tanrıya ya da devletin egemen gücü olan krala hizmet verdi. Bu dönemlerde sanatçının sanatsal faaliyette bulunabilmesi için gerekli donanımına sahip olma, sanat eserinin konusu serbestçe belirleme ve yaratıcılığını hür bir şekilde kullanarak sanatsal faaliyette bulunma hukuksal olanakları yoktu.

19. Yüzyılda insan, monarşik yönetimlerin ve din kurumlarının baskısından kurtulup yasa ile korunan, özgür ve bağımsız birey haline geldi. Temel hak ve özgürlükler alanında ortaya çıkan bu reformlar sanatçıların da kilise ve kralların kurduğu yoğun baskıdan sıyrılmasını sağladı. Sanatçıların duygu ve düşüncelerini sanatsal faaliyetlerde bulunarak özgürce ifade edebilecekleri fikrinin ortaya çıkması ile bu özgürlüğün hukuk tarafından koruma altına alınması ihtiyacı doğdu.

Kapitalist sermayenin güçlenmesi ve teknolojinin gelişmesi ile sanat eserlerinin endüstriyel kopyalamalarının yapılması, her şey gibi sanat eserlerinin de ticari bir mal ya da bir reyting konusu haline gelmesi nedeniyle özgürlüğüne kavuşmuş olan sanatçılar, bu sefer de büyük sermaye güçlerinin egemenliği altına girme tehlikesi ile karşı karşıya kaldılar. Dolayısıyla sanatçıların özgürlüklerini güvence altına alan hukuksal korumalar, sanatçıyı endüstriyel kopyalar ve sanatın ticareti tehlikelerine karşı da korumak zorunda kaldı.

Tüm bu tarihsel süreç ve oluşan hukuksal koruma ihtiyacı, sanat özgürlüğünün bir hak olarak koruma altına alınması gerekliliğini ve bu korumanın çerçevesini kendiliğinden ortaya çıkarmıştır.

Öte yandan dünya savaşlarında devletlerin galip gelmek için bir araya gelip uluslararası ve bölgesel birlikler kurması ve insan hak ve özgürlüklerine verilen önemin büyük reform çalışmaları ile artması ile insan haklarının korunması devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkmış; bireylerin de bu ulusalüstü hukukta özne haline gelmesi ile Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku hakların korunması sisteminin yapılaşmasını sağlamıştır.

Bu çalışmada sanat özgürlüğü hakkının çerçevesi çizilirken uluslararası insan hakları belgelerindeki normlar dikkate alınmıştır. Bu normların incelenmesi ile sanat özgürlüğünün iki farklı kategoride değerlendirildiği tespit edilmiştir. Bunlardan ilki, EİHB, ESKHS, Ame.İHÖB ve Ame.İHS/ESKHP düzenlemelerinde görüldüğü gibi sanat özgürlüğü hakkının ikinci kuşak olarak adlandırılan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar içerisinde kültürel haklar altında koruma altına alınmış olmasıdır. İkinci kategori ise, MSHS, AİHS ve Ame.İHS düzenlemelerinde görüldüğü gibi sanat özgürlüğü hakkının birinci kuşak haklar olarak adlandırılan medeni ve siyasi haklar içinde ifade özgürlüğü hakkı altında koruma altına alınmış olmasıdır.

Birinci kategorinin temellendirilmesi kültür kelimesinin üç ayrı anlamının içerisinde sanatın da var olduğudur. Kültür insanoğlunun birikmiş maddi mirası, sanatsal ve bilimsel bir yaratım süreci ve bir sosyal grubu diğer gruplardan ayırt eden özellikleri olmak üzere üç tanıma sahiptir. Hukuk sistemleri toplumların kültürel yapılarının ürünleri olmakla birlikte kültürel yapılar da hukukun konusunu oluşturabilmektedir. Kültürel haklar bireylerin birikmiş maddi mirasın oluşmasına katkı sağlama ve birikmiş maddi mirasa ulaşma haklarını içerir. Bu nedenle sanat özgürlüğü hakkı da kültürel haklar içerisinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda sanat özgürlüğü hakkının kapsamı gerek EİHB Madde 27’de, gerek ESKHS Madde 15’te, gerek Ame.İHÖB Madde 13’te ve gerekse de Ame.İHS/ESKHP Madde 14’te düzenlemeleri değerlendirilerek ‘sanatsal faaliyette bulunma’, ‘sanatı yayma’, ‘sanatın nimetlerinden yararlanma’ ve ‘kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından

yararlanma haklarını' içerdği sonucuna varılmıştır. Sanatsal faaliyette bulunma hakkı ise sanatsal faaliyeti oluşturmak için gerekli donanıma sahip olabilme, edinilen bu donanımı özgürce açığa çıkarabilme ve bu sanatsal faaliyetinden dolayı kınanıp dışlanmama haklarını içerir.

Sanatı yayma ve sanatın nimetlerinden yararlanma hakları ise madalyonun iki yüzü gibidir. Biri sanatçı açısından koruma sağlarken diğeri sanata ulaşan muhatap açısından koruma sağlar. Her iki hak da bir diğeri olmaksızın işlevini yitirecektir.

Son hak olan 'kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanat ürününden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı' ise fikri mülkiyet hakları ile karıştırılmaması gereken bir haktır. Bu hakkın fikri mülkiyet haklarından farklı oluşunu Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal Konseyinin Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 17. Genel Yorumunda dile getirmiştir. Bu Yoruma göre insan hakları bireylere, gruplara ve topluluklara ait olan temel, devredilmez ve evrensel haklardır. Fikri mülkiyet hakları ise devredilebilen, toplumun yararına olacak yaratıcılığı teşvik eden, sanat eserlerinin ticari bir ürün olması sonucu işletme ve şirketlerin sanat eserlerinden doğan haklarını ve yatırımlarını korur. Bu hak konusunda Prof. Eide bu hakkın herkesi kapsayacak bir hak olmadığı, bu hakkı düzenleyen normların ise mevcut uluslararası normlara somut bir katkı sağlamadığı görüşündedir. Bu görüşünün temellendirmesini ise bu hakkın Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi ve birçok uluslararası belge ile yeterince koruma altına alınması ile yapmaktadır. Öte yandan Komite manevi menfaatleri, yaratıcı faaliyette bulunan kişinin emeklerinin karşılığı ile ortadan yok olmayacak ürünün tüm insanlığa mal olduktan sonraki zamanda bile ortaya çıkacak olan menfaatler; maddi menfaatleri ise yaratıcı faaliyette bulunan kişinin yaşama standartlarına maddi katkı sağlayan menfaatler olarak açıklamış, bu nedenle de bu hakkı fikri mülkiyet hukukuna indirgenemeyecek önemde bir insan hakkı olduğunu savunmuştur.

İkinci kategori ise sanat özgürlüğünün gerek MSHS Madde 19, gerek AİHM Madde 10, gerekse de Ame.İHS Madde 13 düzenlemelerinde olduğu gibi sanat özgürlüğü hakkının ifade özgürlüğü hakkı kapsamında koruma altına alınmasıdır. Bu görüşün temellendirilmesi sanatsal faaliyetin düşünceyi ifade etme yollarından biri oluşu nedeni ile bu hakkın sanat özgürlüğü hakkını da kapsıyor olmasıdır. İfade

özgürlüğü hakkının çerçevesi ise görüş sahibi olabilme ve bunları ifade etme, bu ifadeleri yayma ve bilgi ve düşünceyi edinme olarak çizilmiştir. Bu çerçeve diğer kategorideki çerçeve ile kıyaslandığında, görüş sahibi olma ve bunları ifade etme hakkı sanatsal faaliyette bulunma hakkına, ifadeleri yayma hakkı sanatı yayma hakkına, bilgi ve düşünceyi edinme hakkı ise sanattan yararlanma hakkına karşılık gelmektedir. Burada açıkta kalan hak ise 'kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı'dır. Prof. Eide'nin eleştirileri göz önünde bulundurularak bu hakkın fikri mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası normlarda yeterince koruma altına alındığı görüşü kabul edilirse bu düzenleme eksik bir düzenleme sayılmayacak, fakat bu hak fikri mülkiyet haklarının üstünde, bir insan hakkı olarak değerlendirilirse bu düzenleme söz konusu hak bakımından koruma sağlayamayacaktır.

Ulusalüstü insan hakları hukukunda çizilen bu çerçeve T.C. Anayasası Madde 27'deki çerçeve ile kıyaslandığında sanatsal faaliyette bulunma, sanatı yayma ve sanatın nimetlerinden yararlanma özgürlükleri bakımından benzer düzenlemelere sahip olduğunu görmekteyiz. Fakat bunun yanı sıra kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal ürünlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkına T.C. Anayasası'nda da yer verilmediğini görmekteyiz. Kanımızca birinci kategoride olduğu gibi bu hakkı bir insan hakkı olarak nitelendirmek, sanat özgürlüğünün koruma alanı bakımından daha kapsamlı olacağı için daha doğru bir değerlendirmedir. Bu nedenle T.C. Anayasası 'kişinin yaratıcısı olduğu edebi, bilimsel ve sanatsal üründen doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma hakkı' bakımından bir boşluk içermektedir. Gelişen teknoloji ile sanat eserlerinin kopyalanması sorununun önüne geçilemez bir hal alması, sanatın ticareti yapılan bir mal haline gelmesi, sanat eserlerine ait kopyaların gündelik yaşamda her an her yerde karşımıza çıkarak sanat eserini sıradanlaştırması gibi büyük sorunların çözümü gelişen teknolojiyi ve sonuçlarını kabullenmemek ve bundan faydalanmayı reddetmek olamayacağına göre, sanatçıyı koruyan bu hakkın bir insan hakkı olarak değerlendirilerek evrensel ve temel bir statüye sokulması gerekliliği fikri bu görüşümüzün temelini oluşturmaktadır.

Sanat özgürlüğü hakkının uluslararası insan hakları belgelerinde yer alması, bu belgelere Taraf Devletlerin bazı yükümlülükler altına girmeleri anlamına gelmektedir.

Bu yükümlölüklerin çalışmanın içerisinde bahsedildiği gibi gerek BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 17. Genel Yorumunda, gerek BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Uygulanması Hakkındaki Raporunda gerekse doktrinde üç ana kategoriden oluştuğu kabul edilmektedir. Bu kategoriler; Taraf Devletlerin saygı gösterme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ve yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu üç ana yükümlülük Prof. Eide tarafından ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında Devletlerin yükümlülükleri olarak kabul edilmişken; Prof. Schutter tarafından ise tüm insan haklarına yönelik Devletlerin yükümlülükleri olarak belirtilmiştir.

Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi'nin birinci maddesinde de Taraf Devletlerin tüm telif hakkı sahiplerinin üretmiş oldukları eserlerdeki haklarının korunmasını yeterli ve etkin bir şekilde sağlama yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.

UNESCO Sanatçının Rolüne İlişkin Tavsiye'de de Devletlerin, sanatçının yaratıcılık yeteneğini ortaya çıkaracak maddi koşulların oluşmasına yardım sağlama, sanatsal ifade özgürlüğünü teşvik eden bir ortam oluşturma, sanatçıları sanat özgürlüğü yanında ifade ve iletişim özgürlüklerine ilişkin olan ulusal ve uluslararası mevzuat ile koruma altına alma, sanatçının yaratıcılığının ve ifade özgürlüğünün korunmasına olanak sağlama yükümlülüklerine sahip olduğu belirtilmiştir.

Bu çalışmada, sanat özgürlüğü hakkını Türk Hukuk Mevzuatı ve uygulamaları açısından değerlendirmek için Basın Mevzuatı ve Sinema, Video ve Müzik Eserleri Mevzuatı ayrı başlıklar altında incelemeye alınmıştır. Basın Mevzuatı incelendiğinde ilk olarak, 1950 tarihli Basın Kanunu'nun yerini 2004 yılında yeni bir Basın Kanunu'nun aldığını görmekteyiz. Her iki kanunda belirtilen sınırlama ltleri T.C. Anayasası'nın basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddesindeki sınırlama ltleri ile kıyaslandığında şöyle bir sonuç çıkmaktadır. Eski Kanun Anayasa'da yer almayan iki sınırlama ölçütü daha içermekteyken ki bunlar kamu düzeni ve genel ahlakın korunmasıdır, yeni Kanun ise Anayasa'da yer almayan  sınırlama ölçütü daha içermektedir ki bunlar kamu düzeni, toplum sağlığı ve toplum ahlakıdır. Bu nedenle eski Basın Kanunu da 2004 yılında yürürlüğü giren yeni Basın Kanunu da

bu yönleriyle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bu husus kanımızca ya gözden kaçmış bir durum ya da bilinçli bir tercihtir.

2002 ve 2005 yıllarında bir dizi değişiklik içeren Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesi de Anayasa Madde 28'de sayılan ölçütlere ek olarak genel ahlak ölçütünden bahsetmektedir. Dolayısıyla bu Kanun da Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik dayanak Kanunda sayılan yayın ilkelerinden daha fazla yayın ilkesi içerdiği için dayanak Kanuna aykırı iken; bu yönetmelik 2003 yılında Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu yeni Yönetmelik ise dayanak Kanuna aykırılıklar içermemektedir.

Sinema, Video ve Müzik Eserleri Mevzuatı incelendiğinde ise, 1986 tarihli Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik Anayasada sayılan sınırlama ölçütlerine ek ölçütler içerdiği için Anayasaya aykırılık teşkil etmekteydi. Nitekim 2005 yılında bu Yönetmelik, Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Basın ve Sinema, Video ve Müzik Eserleri Mevzuatları bu hususlar göz önünde bulundurularak değerlendirdiğimizde şu sonuçları tespit etmekteyiz: 2000li yıllarda basın mevzuatı ve sinema, video ve müzik eserleri mevzuatında Kanun, Yönetmelikler ve birçok maddenin revize edildiği görülmektedir. Bu değişiklikler ile yeni kanunlar eskilerinin yerini almış, eski kanunlardaki ve bu kanunlara bağlı yönetmeliklerdeki anayasaya aykırı sınırlamalar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu durum bir reform çalışması olarak algılanabilir. Fakat bu reform çalışmalarının anti demokratik uygulamaları ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için değil, Avrupa Birliği Üyelik sürecinde ön koşulların bir an önce yerine getirme çabası ile yapıldığını düşünmekteyim.

Nitekim çalışmada kimi zaman yer verdiğimiz 2010 yılına ait AİHM kararları, 2009 yılına ait Avrupa Birliği ilerleme Raporu ve 2008-2009-2010 yıllarına ait

Yayınlama Komitesi Raporlarındaki tespitler tüm bu değişikliklerin ve iyileştirmelerin sanat ve ifade özgürlükleri konusundaki anti demokratik sonuçları ortadan kaldırmaya tam anlamıyla yetmediğini işaret etmektedir. Bunun en büyük nedeni kanımızca mevzuatı yorumlayan ve uygulayan yargı makamlarının takdir yetkilerini sanat özgürlüğü ya da ifade özgürlüğü haklarının sınırlandırılması konusunda geniş tutmaları ve orantısız cezalara hükmetmeleridir. Bu da göstermektedir ki Türkiye’deki yargı makamları bu reform çalışmalarını henüz özümseyebilmiş değillerdir.

KAYNAKÇA

Additional Protocol To The American Convention On Human Rights In The Area Of Economic, Social And Cultural Rights “Protocol Of San Salvador”, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, 03.09.2010.

Akdeniz, Yaman, K.A.: “İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <http://www.scribd.com/doc/34737131/%C4%B0nternet-Girilmesi-Tehlikeli-ve-Yasakt%C4%B1r-Dr-Yaman-AKDEN%C4%B0Z-Dr-Kerem-ALTIPARMAK>, 17.09.2010.

Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2001.

Artuk, Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010.

Arseven, Celal Esat: **Sanat Ansiklopedisi**, 5 c., İstanbul, M.E.Basımevi, 1975, C.IV.

Aslan, Adem: **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.

Ataay, Aytekin: **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul, İÜHFY, No:619, 1980.

Ateş, Mustafa: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Ayiter, Nüşin: **Hukukta Fikir Ve Sanat Ürünleri**, 2. bs., Ankara, S Yayınları,1981.
- Beşiroğlu, Akın: **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar**, 3. bs., Ankara, Beta Yayıncılık, 2004.
- Bulut, Nihat: “Bilim Özgürlüğü: İçeriği Ve Sınırlandırılması Sorunu”, **Erzincan Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, Sayı:1-2, 2005.
- Carneiro, Robert L.: “Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori”, Çev. Aslan Delice, **Maltepe Üniversitesi Yayınları 2006/2**, s.251-262.
- “Charter of Fundamental Rights of The European Union”, (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:EN:PDF>, 10.09.2010.
- Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions**, (Çevrimiçi) http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 07.09.2010.
- Davidson, Scott: “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, **The Inter-American System of Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2004.
- Davidson, Scott: **The Inter-American Human Rights System**, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.
- Dural, Mustafa, Öğüz, T. **Kişiler Hukuku, Birinci Cilt Gerçek Kişiler**, İstanbul, Filiz Kitapevi Yayınları, 2001.

- Eide, Asbjorn: "Cultural Rights as Individual Human Rights", **Economic, Social and Cultural Rights**, 2. bs., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Erdem, Bahadır: **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.
- Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1988.
- Ergün, Mustafa: **Felsefeye Giriş (Estetik, Sanat Felsefesi)**, (Çevrimiçi)
<http://www.egitim.aku.edu.tr/sanatfelsefesi.pdf>,
09.09.2010.
- Fischer, Ernst: **Sanatın Gerekliliği**, Çev. Cevat Çapan, 10. bs., İstanbul, Payel Yayınları, 2005.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1994
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Devlet, Birey ve Özgürlük**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri**, 6 c., İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, C.I.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri**, 6 c., İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, C.III.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: "Sanatta Yaratıcılık Ve Hukuk-I", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXI, Sayı: 7-9, 1987, s.527-528.

- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler)**, 2. bs., İstanbul Beta Yayınevi, 2000.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, M. S., H. B. G.: **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı Düşünce Suçuna Karşı Girişim**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004.
- Gemalmaz, Haydar Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında kabul edilmiş Doktora Tezi, 2008.
- Gombrich, Ernst H.: **Sanatın Öyküsü**, Çeviren:Erol Erduran, Ömer Erduran, 16. Bası, İstanbul, Remzi Kitapevi Yayınları, 2010.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999.
- Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000.
- Gözübüyük, Şeref: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 14. bs., Ankara, Turhan Kitapevi Yayınları, 2000.
- Hañçerlioğlu, Orhan: **Düşünce Tarihi**, 6. bs., İstanbul, Remzi Kitapevi Yayınları, 1995.

- Janis, Mark W.: **European Human Rights Law Text and Materials**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2008.
- İçel, Kayıhan, Yener Ünver: **Kitle Haberleşme Hukuku Basın radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- İçel, Kayıhan: “Türkiye’de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları – Erişimin Engellenmesi – İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:8 Sayı:16 Güz, 2009.
- İstanbul Barosu Aylık Bülteni**, Yıl:7, Sayı:80, Temmuz-Ağustos 2010.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, DÜHF Yayınları, 1989.
- Kavuran, Tamer: “Sanat ve Bilimde Gerçek Kavramı”, **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi** Sayı:15, 2003.
- Malkoç, İsmail: **Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, Ankara, Malkoç Kitapevi, 2007.
- Muşlu, Deniz: “Fikir Ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXXXI, Sayı:2007/1, s.95-104.
- Nowak, Manfred: **U.N. Covenant on Civil and Political Rights**, 2. bs., Almanya, N.P. Engel Publisher, 2005.

Oğuzman, M. Kemal, N.B.: **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.

Özdek, Yasemin: **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004

Öztrak, İlhan: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1971.

Report of the High Commissioner for Human Rights on Implementation of Economic, Social and Cultural Rights, (Çevrimiçi)
<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/report2009.asp>, 04.09.2010.

San, İnci: **Sanatsal Yaratma Çocukta Yaratıcılık**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1977.

Sınar, Hasan: **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.

Sözen, Süleyman, B. Algan: **“İyi Yönetişim”, İç İşleri Bakanlığı Genel Yayın**, No:654, 2009, (Çevrimiçi)
http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/iyi_yonetisim.pdf, 23.08.2010.

Sözüer, Adem: **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1996.

Şişman, Ahmet: **Sanata Ve Sanat Kavramlarına Giriş**, İstanbul, Yaz Yayınları, 2006.

Tanör, Bülent: **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, BDS Yayınları, 1994.

Tanör, Bülent, N. Y.: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006

Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2001.

The Rebirth Of Democracy: 12 Constitutions Of Central And Eastern Europe, 2. bs., Council of Europe Publishing, 1995.

Tunaya, Tarık Zafer: **Siyasi Müesseseler Ve Anayasa Hukuku**, 3. bs., İstanbul, İÜHF Yayınları, 1975.

Turani, Adnan: **Çağdaş Sanat Felsefesi**, 5. bs., İstanbul, Remzi Kitapevi Yayınları, 2006.

Turani, Adnan: **Dünya Sanat Tarihi**, İstanbul, Remzi Kitapevi Yayınları, 2010.

UNESCO Resmi İnternet Sitesi, (Çevrimiçi) <http://portal.unesco.org/en>, 15.08.2010.

UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Resmi İnternet Sitesi, (Çevrimiçi) <http://www.unesco.org.tr/index.php>, 15.08.2010.

Universal Declaration on Cultural Diversity, (Çevrimiçi) <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>, 10.09.2010.

Uygun, Oktay:

“Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade
Özgürlüğü”, **Bölent Tanör Armağanı**, İstanbul,
Legal Yayıncılık, 2004, s.746-762.