



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

MAHKEME (HEYET)

**OTTO PREMINGER ENSTİTÜSÜ – AVUSTURYA DAVASI**

*(Başvuru no. 13470/87)*

KARAR

STRASBOURG

20 Eylül 1994

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). It does not bind the Court. For further information see the full copyright at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

**Otto Preminger Enstitüsü - Avusturya davasında\***,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 43. maddesi (md.43) ve Mahkeme İçtihadı uyarınca bir Yüce Divan şeklinde yaptığı oturumda aşağıda isimleri yer alan hâkimlerden oluşmuştur:

Bay R. RYSSDAL, Başkan,

Bay F. GÖLCÜKLÜ,

Bay F. MATSCHER,

Bay B. WALSH,

Bay R. MACDONALD,

Bayan E. PALM,

Bay R. PEKKANEN,

Bay J. MAKARCZYK,

Bay D. GOTCHEV,

ve ilaveten *Yazı İşleri Müdürü* olarak Bay M. – A. EISSEN ve *Yazı İşleri Müdür Vekili* olarak Bay H. PETZOLD,

25 Kasım 1993, 20 Nisan ve 23 Ağustos 1994 tarihlerinde yapılan kapalı oturumlar, sonrasında yukarıda belirtilen en son tarihte aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

**USUL YÖNTEMLERİ**

1. Dava, Mahkeme'ye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından ('Komisyon') 7 Nisan 1993 tarihinde ve Avusturya Hükümeti ('Hükümet') tarafından 14 Mayıs 1993 tarihinde, Sözleşmenin 32. maddesinin 1. paragrafında ve 47. maddesinde (md. 32-1, md.47) belirtilen üç aylık süre sınırlaması içinde iletilmiştir. Dava, Avusturya yasalarına göre tüzel kişilik olan Otto – Preminger – Institut für audiovisuelle Mediengestaltung (OPI) adlı özel bir kuruluşun 6 Ekim 1987 tarihinde ve 25. madde (md. 25) uyarınca, Avusturya'ya karşı Komisyon'asunduğu bir başvuru ile (no. 13470/87) ortaya çıkmıştır.

Komisyon'un talebi, 44 ve 48. maddelere (md. 44, md. 48) ve Avusturya'nın Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıma yükümlülüğüne ilişkin resmi beyanına (Madde 46) dayandırılmıştır; Hükümetin başvurusu ise 44 ve 48. maddeleri (md. 44, md.48) temel almıştır. Talebin ve başvurunun amacı, davanın dayandırıldığı temelini yanıt vermekle yükümlü Devletin,

---

\* Yazı İşleri Müdürünün notu. Davaya 11/19937406/485 sayısı verilmiştir. İlk sayı, ilgili yıl içinde Mahkeme'ye iletilen dava listesi içinde işbu davanın yer aldığı sıra numarasıdır (ikinci sayı). Son iki sayı, Mahkeme'nin kuruluşundan günümüze kadar iletilen dava listesinin içindeki sıra numarasını ve Mahkeme'den kaynaklanan benzer başvuruların Komisyona iletildiği listedeki sıra numarasını göstermektedir.

10. madde (md.10) çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlal edip etmediği konusunda bir karar çıkartmaktı.

2. Başvuru sahibi kuruluş, Mahkeme Yönetmeliği'nin 33. maddesinin 3 (d) paragrafı uyarınca gönderilen soruya yanıt olarak, duruşmalara katılma arzusunda olduğunu bildirmiş ve kendisini temsil edecek bir avukat atamıştır (Madde 30).

3. Toplanacak olan Daire, görevi gereğince, Avusturya vatandaşı olan seçilmiş (Sözleşmenin 43. maddesi) (md.43) hâkimi ve mahkeme Başkanı (Yönetmeliğin 21. maddesi, paragraf 3 (b)) Bay R. Ryssdal'ı da heyete dahil etmiştir. 23 Nisan 1993 tarihinde, kayıt memurunun huzurunda, Başkan, kurayla diğer üyelerin isimlerini seçmiştir; bunlar: Bay F. Gölcüklü, Bay B. Walsh, Bay R. Macdonald, Bay E. Palm, Bay R. Pekkanen, Bay j. Makarczyk ve Bay D. Gotchev'dir ( Sözleşmenin 43. maddesi ve Yönetmeliğin 21. maddesinin 4. paragrafı) (Md.43).

4. Bay Ryssdal, Heyet Başkanı olarak (Yönetmeliğin 21. maddesinin 5. paragrafı), Yazı İşleri Müdürü aracılığıyla, Hükümet Temsilcisi, başvuru sahibi kuruluşun temsilcisi ve Komisyon Temsilcisiyle duruşmaların düzenlenmesi konusunda istişarelerde bulunmuştur (Yönetmeliğin 37. maddesinin 1. ve 38. paragrafları). Verilen müteakip talimatlar uyarınca, Kayıt Memuru, 24 Eylül 1993'te, Hükümet'in tezkeresini ve 1 Ekim 1993'te başvuru sahibinin tezkeresini almıştır. Komisyon Sekreteri, Kayıt Memuruna, Komisyon'un atadığı Üyenin gözlemlerini duruşmada açıklayacağını bildirmiştir.

5. 2 Eylül 1993'te, Başkan, iki Hükümet dışı kuruluşu, davanın belirli yönlerine ilişkin olarak yazılı gözlemlerini "Madde 19" ve "Interights" çerçevesinde bildirme izni vermiştir (Yönetmeliğin 37. maddesinin 1. paragrafı). Gözlemleri, mahkeme Kalemine 15 Ekim'de ulaşmıştır.

6. 14 Ekim 1993'te, Komisyon, Başkan'ın talimatı üzerine, Kayıt Memuru'nun talep ettiği belgeleri ortaya koymuştur.

7. 27 Ekim 1993'te, Heyet, başvuru sahibinin talebi üzerine, Yönetmeliğin 41. maddesinin 1. paragrafı gereğince, "Das Liebeskonzil" filmini seyretme kararını almıştır. 23 Kasım 1993 günü özel bir gösterim yapılmıştır.

8. Başkan'ın kararı uyarınca, duruşma, halka açık olarak, 24 Kasım'da Strasbourg'daki İnsan Hakları Binası'nda gerçekleşmiştir.

Mahkeme huzuruna çıkan kişiler şunlardır:

- Hükümet adına

Bay W. OKRESEK, Federal Başbakanlık Anayasa Dairesinde  
Uluslararası İlişkiler Birimi Başkanı,

*Temsilci,*

Bay C. MAYERHOFER, Federal Adalet Bakanlığı,

Bay M. SCHMIDT, Federal Dışişleri Bakanlığı,

*Danışmanlar;*

- Komisyon adına

Mr. M.P. PELLONPAA,

*Delege;*

- başvuran kuruluş adına

Bay F. HÖPFEL, Innsbruck Üniversitesi'nde Hukuk Profesörü

*Konsey.*

Mahkeme, bu şahısların sunumlarının yanı sıra sorulara verdikleri yanıtları da dinlemiştir.

## OLGULAR KONUSUNDA

### I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

9. Başvuru sahibi, Otto-Preminger Institut für audiovisuelle Mediengestaltung (OPI), Avusturya yasalarına göre Innsbruck'da kurulmuş bir özel dernektir. Dernek (kuruluş sözleşmesi) maddelerine göre, kar amacı gütmeyen bir kuruluştur; genel hedefi, görsel – işitsel araçlarla yaratıcılığı, iletişim ve eğlence unsurlarını geliştirmektir. Faaliyetleri arasında, Innsbruck'da "Cinematograph" adlı bir sinema işletmek de yer almaktadır.

10. Başvuru sahibi dernek, Werner Schroeter'in (aşağıdaki 22. paragrafa bakınız) halka açık altı gösterimi yapılacak olan Das Liebeskonzil ("Cennetteki Konsey") filmi kamuoyuna duyurmuştur. Bu gösterimlerden ilki 13 Mayıs 1985 günü için planlanmıştır. Gösterimlerin tümünün, 19 Mayıs'ta öğleden sonra saat 4'te yapılacak olan hariç, akşamları saat 10.00'da yapılması öngörülmüştür.

Bu duyuru, OPI'nin 2.700 üyesine dağıttığı ve Innsbruck'da, Cinematograph'ın kendi vitrini de dâhil olmak üzere astığı bir enformasyon bülteni vasıtasıyla yapılmıştır. Aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştır:

"Oskar Panizza'nın Cennette geçen hicivsel nitelikteki trajedisi Roma'daki Teatro Belli'de yapılan bir gösterim sırasında filme alınmıştır ve yazarın, 1895'te dine küfretme yüzünden yargılanmasını ve hüküm giymesini yeniden ortaya koyan bir yapıttır. Panizza, frenginin, Rönesans döneminde, özellikle, papa Borgia VI. Alexander'ın Hanedanlığında, insanoğlunun zina ve günahkârlık dolu yaşamına karşılık olarak Tanrı'nın bir cezası olarak verildiği varsayımından yola çıkmaktadır. Schroeter'in filminde, dünyevi gücün işaretlerini taşıyan, Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcileri cennetin kahramanlarına hafif ölçüde benzemektedir.

Hıristiyan inancının küçük betimlemeleri ve saçmalıkları karikatürlü biçimde hedef alınmıştır ve dini inançlar arasındaki ilişkiler ve zulmün dünyevi mekanizmaları sorgulanmaktadır."

Bu hususa ek olarak, enformasyon bülteninde Tirol Bölgesi Sinemaları Sözleşmesi (Tiroler Lichtspielgesetz) gereğince, on yedi yaşından küçük kişilerin filmi görmelerinin yasaklandığına dair bir beyan yer almaktadır.

Bölgesel bir gazete de, içeriğiyle ilgili ayrıntılı bilgi vermeksizin, filmin adını, gösterileceği tarihi ve yeri yayınlamıştır.

11. Roma Katolik Kilisesi'nin Innsbruck Psikoposluğu'nun talebi üzerine, başsavcı 10 Mayıs 1985'de OPI'nin yöneticisi Bay Dietmar - Zingl ceza davası açma sürecini başlatmıştır. İsnat edilen suç "dini öğretilerin

küçük düşürülmesi”dir (Herabwürdigung religiöser Lehren), bu fiil, ceza Kanunu’nun 188. bölümünde yasaklanmıştır (Strafgesetzbuch – aşağıdaki 25. paragrafa bakınız).

12. 12 Mayıs 1985’de, film özel bir oturumda, görevli hâkimin (Journalrichter) huzurunda gösterildikten sonra, başsavcı, Basın Yasası’nın 36. bölümü (Mediengesetz – aşağıdaki 29. paragrafa bakınız) uyarınca, filme el konması için başvuruda bulunmuştur. Bu başvuruya karşılık gerekli izin, Innsbruck Bölge Mahkemesi (Landesgericht) tarafından aynı gün içinde verilmiştir. Bunun sonucunda, OPI’nin duyurduğu, ilki ertesi gün yapılacak olan halka açık gösterimler gerçekleştirilememiştir.

İlk gösterim için öngörülen saatte gelenlere senaryo okunmuş ve ardından tartışmaya geçilmiştir.

Bay Zingl filmi Viyana’daki dağıtımçı firma “Czerny”e iade ettiği sırada, aslında söz konusu filme, anılan firmanın ofisinde 11 Haziran 1985 günü el konulmuş durumdaydı.

13. El koyma emrine karşı Bay Zingl tarafından Innsbruck Temyiz Mahkemesi’ne (Oberlandesgericht) yapılan itiraz, 30 Temmuz 1985’de reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi, sanatsal özgürlüğün, başkalarının dini özgürlük hakları ve Devletin düzen ve hoşgörü temeli üzerine kurulmuş bir toplumu koruma göreviyle sınırlı olduğu yolunda görüş bildirmiştir. Buna ilaveten, film sadece, olağan dini hassasiyete sahip ortalama bir insanın dini duygularını incitme hedefini güdüyor ise Ceza Kanunu’nun 188. bölümünün amaçlarının doğrultusunda, içerlemenin (incinmenin) “haklı görülebileceğini” bildirmiştir. Bu koşul ivedilikle görülen davada ve el koyma cezasının verilmesinin ilke olarak emredilmesinde en azından “tarafsız duruşmalarda” (aşağıdaki 28. paragrafa bakınız) yerine getirilmiştir. Dini duygularla büyük çapta alay edilmesi hususu, kamuoyunun bilgi edinme konusundaki çıkarlarına veya filmi göstermek isteyen kişilerin mali çıkarlarına üstün gelmiştir.

14. 24 Ekim 1985’de, Bay Zingl’e karşı yürütülen ceza davası durdurulmuş; dava, filmin gösteriminin önlenmesi amacıyla Basın Yasası’nın 33. bölümünün 2. paragrafı gereğince “tarafsız duruşmalar” şeklinde sürdürülmüştür.

15. 10 Ekim 1986 günü Innsbruck Bölge Mahkemesi’nde bir dava görülmüştür. Film gene gizli oturumda gösterilmiştir; içeriği duruşmanın resmi kayıtlarında ayrıntılarıyla anlatılmıştır.

Bay Zingl, duruşmanın resmi kayıtlarında şahit olarak ortaya çıkmıştır. El koyma emrini müteakip, konuyla ilgili daha fazla bir işi olmasını istemediği için filmi, yapımcısına gönderdiğini ifade etmiştir.

Aynı gün çıkan kararda, Bay Zingl’in, “olası sorumlu tutulabilecek ilgili taraf” (Haftungsbeteiligter) olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bölgesel Mahkeme, filmin dağıtımıcısının ifade verme hakkından vazgeçtiği ve filmin kopyasının yok edilmesini kabul ettiği bulgusunu tespit etmiştir.

16. Bölgesel Mahkeme, kararında, filmin piyasadan çekilmesini emretmiştir. Kararda:

"13 Mayıs 1985 günü halka açık olarak gösterilmesi planlanan, Tanrı Baba'nın hem görsel, hem sözlü olarak bunak, iktidarsız bir aptal, İsa'nın zeka özürli kimse ve Tanrı'nın annesi Meryem'in, tarifine uygun biçimde davranan hafif meşrep bir hanım olarak sunulduğu ve Komünyon'un (şarap ve ekmek yeme ayini) alaya alındığı film, Ceza Kanunu'nun 188. bölümünde belirtildiği şekilde, dini temelleri küçük düşürme suçunun tarifine girmektedir."

**Mahkemenin gerekçelerinde aşağıdaki hususlar da yer almıştır:**

"Ceza Kanunu'nun 188. bölümündeki koşullar, kutsal şahsiyetlerin – ki Tanrı Baba, Tanrı'nın Annesi Meryem ve İsa Hazretleri Roma Katolik Dininin Öğretisinde ve uygulamasında en başta gelen şahsiyetlerdir ve inananların dini anlayışları açısından çok büyük önemi haizdirler- bu şekilde betimlenmesinin yanı sıra, Roma Katolik dininin en önemli gizemlerinden biri olan Komünyon hakkında yukarıda açıklanan ifadeler ve bunlardan daha çok Hıristiyan dinlerine karşı bir saldırı olan filmin genel nitelikleri dolayısıyla, yerine gelmiştir..."

... Temel Yasa'nın (Staatsgrundgesetz) 17a sayılı maddesi, sanatsal yaratıcılık, sanat eserlerinin yayınlanması ve sanatın öğretilmesine ilişkin özgürlükleri güvence altına almaktadır. Sanatsal özgürlüğün kapsamı, sanatın anlatımını her türlü şeklinin korunmasının yanı sıra; bu özgürlüğün açık bir yasal hükümle engellenmesinin mümkün olmadığı, ancak, özgürlüğün kendine özgü sınırlamaları takip edebileceği kanısıyla genişletilmiştir ( yukarıdaki maddenin eklenmesiyle)... Sanatsal özgürlük hiçbir sınırlama getirilmeden olmaz. Sanatsal özgürlüğe ilişkin sınırlamalar, öncelikle, Anayasa tarafından güvence altına alınmış bulunan diğer hak ve özgürlükler (örneğin din ve vicdan özgürlükleri) içinde yer alırlar; ikinci olarak, insanlar arasında hoşgörü üzerine kurulmuş bir birlikte yaşama düzenine duyulan ihtiyaç dolayısıyla ve son olarak, yasanın koruduğu diğer çıkarlara (Verletzung anderer rechtlich geschützter Güter) karşı açık ve aşırı ihlallere karşı ortaya konulurlar; konuyla ilgili bütün görüşler dikkate alınmak suretiyle, her bir durumda özel koşullar birbirleriyle karşılaştırmalı biçimde tartılmalıdır..."

Ceza Yasası'nın 188. bölümündeki koşulların yerine gelmiş olması, otomatik olarak, Temel Yasa'nın 17a sayılı maddesiyle güvence altına alınmış bulunan sanatsal özgürlüğün sınırlarına ulaşılmış olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, yukarıdaki görüşler ışığında ve mevcut davanın ciddi bir özel durumu oluşu dolayısıyla – hedef aldığı film, kışkırtıcı özelliğe sahip ve kilise karşıtıdır – ayrıca, yasalar tarafından korunan çıkarların çok kereler ve sürekli biçimde ihlali yüzünden bu durumda sanatsal özgürlüğe ilişkin temel hak ikinci sırada kalmaktadır.

..."

17. Bay Zingl Bölgesel Mahkeme'nin kararını, bir sanat eserine özgür erişimden yoksun bırakıldıklarını beyan eden 350 kişinin imzaladığı bir belge ortaya koyarak ve Ceza Kanunu'nun 188. bölümünün, Temel Yasa'nın 17a sayılı maddesinde yer alan sanat özgürlüğü güvencesi kavramına uygun biçimde yorumlanmadığı iddiasıyla temyiz etmiştir.

Innsbruck Temyiz Mahkemesi, 25 Mart 1987 tarihinde temyiz başvurusunun kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir. Bay Zingl'in, filmin telif haklarına sahip bulunmayışı dolayısıyla, geçerli bir savı olmadığı bulgusunu ortaya koymuştur. Karar OPI'ye 7 Nisan 1987'de tebliğ edilmiştir.

18. Dönemin Eğitim, Sanat ve Spor Bakanı Dr. Hilde Hawlicek, başvuru sahibi derneğin avukatının teşvikiyle, Devlet Başsavcısına (Generalprokurator) gönderdiği özel mektupta, Yüksek Mahkeme (Oberster Gerichtshof) nezdinde bir dava açarak, kararın iptal yoluyla geçersiz kılınarak, yasal himaye sağlanması (Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes) için öneride bulunmuştur. Mektup 18 Mayıs 1987 tarihlidir ve başka hususların yanı sıra Sözleşme'nin 10. maddesine (md.10) değinmektedir.

Devlet Başsavcısı, 26 Temmuz 1988 tarihli kararında, yukarıda belirtilen tarzda bir geçersizlik kararı için dava açılmasına neden olmadığına hükmetmiştir. Devlet Başsavcılığı (Generalprokurator), diğer hususların yanında, uzun zamandır sanatsal özgürlüğün diğer temel haklarla sınırlandırılması gerektiği görüşündedir ve Das Gespenst (Hayalet – aşağıdaki 26.paragrafa bakınız) filmi konusunda Yüksek Mahkeme'nin aldığı karara değinmektedir; Devlet Başsavcısının görüşüne göre, anılan filmle ilgili davada, söz konusu görüşü “en azından onaylamamıştır” (“Diese Auffassung ...wurde vom Obersten Gerichtshof... zumindest nicht missbilligt”).

19. O tarihten bu yana orijinal tiyatro eseri Avusturya'da sahneye konmuştur: Kasım 1991'de Viyana'da ve Ekim 1992'de Innsbruck'da. Viyana'da iddia makamları hiçbir girişimde bulunmamışlardır. Innsbruck'da ise, pek çok suç duyurusu (Strafanzeigen) özel şahıslar tarafından yapılmıştır, bunlardan sonra, iddia makamları takipsizlik kararları vermişlerdir.

## II. “LIEBESKONZIL” FİLMİ

20. Filme ilham kaynağı olan tiyatro oyunu 1894 yılında Oskar Panizza tarafından yazılmış ve yayınlanmıştır. 1895'de Panizza, Münih Ağır Ceza Mahkemesi (Schwurgericht) tarafından “dine karşı cürüm”den suçlu bulunmuş ve bir süreliğine hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Oyun Almanya'da yasaklanmış ise de başka yerlerde basımı yapılmaya devam etmiştir.

21. Oyun, Tanrı'yı yaşlı, yetkisiz ve etkisiz; Hazreti İsa'yı düşük zekâlı “annesinin oğlu” ve Meryem Ana'yı her ikisini de yöneten, ilkesiz, hafif meşrep kadın olarak göstermektedir. Üçü bir arada, insanlığın ahlaksızlıktan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar vermektedirler. Doğrudan yok etme imkânını kullanmak yerine, insanlığı “kurtarılmaya muhtaç” ve “pişman olabilir durumda” bırakmak için bir cezalandırma yöntemi seçmektedirler. Bu cezayı kendileri düşünemedikleri için, şeytan'dan yardım istemektedirler.

Şeytan, erkeklerin ve kadınların birbirlerine farkında olmadan bulaştırmaları için cinsel yoldan giren bir hastalık önermekte; insanlar arasında bu hastalığı yayması için Salome ile birlikte bir kız çocuğu meydana getirmektedir. Şeytanın tarif ettiği hastalık belirtileri frenginin aynısıdır.

Şeytan bunun karşılığında düşünce özgürlüğü talep etmekte; Meryem Ana “bu konuyu düşüneceğini” bildirmektedir. Şeytan, kızını, işini yapması



için, öncelikle dünyevi gücü temsil edenlere, sonra Papa'nın sarayına, Hıristiyan din adamlarına, erkek ve kadın manastırlarına ve son olarak olağan insanlara göndermektedir.

22. Werner Schroeter'in yönetmenliğini yaptığı film, 1981'de piyasaya çıkmıştır. Panizza'nın 1895'deki yargılanmasından alınmış gibi görünen sahnelerle başlamakta ve bitmektedir. Bu sahnelerin arasında, Roma'daki Teatro Belli'de sergilenen bir oyunu göstermektedir. Film, Yahudi, Hıristiyan ve İslam dinlerinin Tanrı'sını, şeytana secde eden, onunla uzun ve ihtiraslı bir biçimde öpüşen ve ona arkadaşım diyen, açıkça bunadığı belli bir yaşlı adam olarak tasvir etmektedir. Tanrı ayrıca, şeytana güvenerek yemin eder şekilde gösterilmektedir. Diğer sahnelerde, Bakire Meryem, müstehcen bir öykünün kendisine okunmasına ve şeytanla arasında şehvetli bir gerilimin doğmasına izin vermektedir. Hazreti İsa'nın büyümüş hali ise, geri zekâlı, aşağılık bir kişi olarak betimlenmekte ve bir sahnede, Annesinin izniyle onun göğüslerini cinsel arzuyla okşayıp, öpmeye çalışmaktadır. Tanrı, Hazreti Meryem ve İsa bir sahnede şeytanı alkışlar şeklinde gösterilmektedir.

### III. İLGİLİ YEREL YASALAR VE UYGULAMALARI

23. Dini özgürlükler, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış bulunan Temel Yasa'nın 14. Maddesi ile güvence altına alınmıştır:

"(1) Tam bir inanç ve vicdan özgürlüğü herkes için güvence altındadır.

(2) Medeni ve siyasi haklardan dini inançlardan bağımsız olarak yararlanılacaktır; ancak dini bir inanç, yurttaşlık görevlerine engel oluşturmayacaktır.

(3) Hiç kimse, kendisine yasal görev olarak verilmiş yükümlülüklerle ilişkin olanlar haricinde, kiliseyle bağlantılı bir faaliyette bulunmaya ve kiliseyle ilgili bir kutlamaya katılmaya mecbur tutulmayacaktır."

24. Sanatsal özgürlük ise, aşağıdaki şekilde, Temel Yasa'nın 17a sayılı maddesi ile güvence altına alınmıştır:

"Sanatsal yaratıcılık ve sanat eserlerinin yayınlanması ve öğretilmesi özgürlüğü olacaktır."

25. Ceza Kanunu'nun 188. bölümü aşağıdaki gibidir:

"Kim olursa olsun, davranışı haklı bir infiale yol açıyor; ülke içinde yerleşik bir kilise veya dini topluluğun yücelttiği bir kişiyi veya nesneyi küçümsüyor veya hakaret ediyor; aynı davranışı benzer bir kilise veya dini topluluğun inancına, yasal geleneklerine veya yasal kurumlarına karşı sergiliyor ise, altı aya kadar hapis cezasına veya 360 günlük ücrete eşit para cezasına çarptırılacaktır."

26. Yüksek Mahkeme'nin yukarıda açıklanan iki hüküm arasındaki ilişkiyi düzenleyen kararı, Herbert Achtembusch'un Das Gespenst ("Hayalet") filmine el konması ile ilgili olarak Adalet Bakanı tarafından, bir iptal talebi üzerine, yasanın himayesi için açılan bir dava sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu talep, davanın esasına ilişkin bir karar olmaksızın, yalnızca resmi dayanılarak geri çevrilmişse de, bir sanat eserinin Temel Yasa'nın 14.

maddesi ile güvence altına alınmış bulunan dini ibadet özgürlüğünü (olumsuz açıdan) etkilemesi durumunda, sanatsal ifade özgürlüğünün istismarına yol açtığı ve yasalara aykırı olduğu (19 Aralık 1985 tarihli, Medien und Recht (Basın Yayın Organları ve Kanun) kararı, 1986, no.2. s.15) yolunda bir hükmü dolaylı olarak koymuştur.

27. Basın suçu (Medieninhaltsdelikt) “yayının içeriğiyle, oran olarak çok sayıda insana hitap eden bir iletişimde veya temsilde ortaya konan ve yasal bir cezaya konu olabilecek bir fiildir “(Basın Kanunu’nun 1. bölümünün 12. paragrafı). Bu tür cezai sorumluluk, Basın Kanunundaki özel hükümlere (Basın Kanununun 28. bölümü) aykırı olmadığı veya bunlarla artırılmadığı sürece, genel ceza yasalarına göre belirlenmektedir.

28. Basın Kanunun sağladığı kendine özgü bir yaptırım ise (33.bölüm) ilgili yayına el konmasıdır (Einziehung). El koyma işlemi, Ceza Kanunun öngördüğü herhangi bir olağan yaptırıma ek olarak buyrulabilir ( bölüm 33, paragraf 1).

Herhangi bir kimsenin suç işleme fiili yüzünden soruşturulması ve mahkûm edilmesi mümkün olmuyor ise, bir yayına el konması işlemi ayrıca karar bağlanarak, sözde “tarafsız” takibat olarak adlandırılabilir; bu işleme temel alınan yasal dayanak, Basın Kanununun 33. bölümünün 2. paragrafında aşağıda kayıtlı şekilde yer almaktadır:

"Basın organlarınca ortaya konan bir yayın, suç oluşturan fiilin tarafsız biçimde yapılan tanımına uyuyor ise, belirli bir şahsın kovuşturulması sağlanamıyor ise veya o şahsın mahkûm edilmesi cezai yaptırımı dışlayan nedenler yüzünden mümkün olamıyor ise, başsavcının talebi üzerine ayrı bir yargılamada, yayına el konulmasına hükmedilecektir..."

29. Bir yayının toplatılmasıyla (Beschlagnahme) ilgili olan ve el konma kararını durduran bir hüküm, Basın Kanunu’nun aşağıda kayıtlı 36. bölümü uyarınca yürütülür:

"1. Mahkeme, basın araçlarıyla yayınlanan bir esere 33. bölümün öngördüğü biçimde el konulmasına hükmedilmesi varsayımı ile ve el koyma işleminin ters sonuçlarının yasal çıkarlarla orantısız olmaması durumunda, yayının toplatılmasına karar verebilir. Yerleşik cezai hükümlere ilişkin bir uyarı yayınlanması yöntemiyle yasal çıkarlara hizmet edebilecek herhangi bir durumda el koyma işlemiyle ilgili karar uygulanmayabilir.

2. Toplatma kararından önce, ön koşul olarak veya aynı zamanda yürütülmek üzere, bir basın suçu hakkında ceza kovuşturmalarına yada tarafsız kovuşturmalara ve bir baş savcının veya müştekinin ayrı kovuşturmalar için açık başvurusuna ihtiyaç duyulmaktadır.

3. Toplatma kararında, yayınlanmış eserin ilgili kısmına veya bölümüne ve toplatma kararına neden olan suç şüphesine değinilecektir...

4-5. ..."

30. Genel ceza muhakeme usulü yasası, basın suçlarının takibatına ve tarafsız kovuşturmalara uygulanmaktadır. Tarafsız kovuşturmalarda, yayınlanan eserin sahibi veya yayıncısı herhangi bir cürüm işlemle suçlanmasa bile, gene de, aşağıda kayıtlı 41. bölümün 5. paragrafı uyarınca, olayın tam tarafı olarak muamele görmektedir:

"[Bir basın suçuyla ilgili cezai takibat veya tarafsız kovuşturmalarda], basın organının sahibi (yayıncı) duruşmaya yasal kanallardan çağırılacaktır; davanın esasına ilişkin savunma yapma ve karara karşı temyiz başvurusunda bulunma hakkına da sahip olacaktır..."

## KOMİSYON'UN YÜRÜTTÜĞÜ KOVUŞTURMALAR

31. Başvuru sahibi dernek, Komisyon'a 6 Ekim 1987'de müracaat etmiştir. Sözleşme'nin 10. maddesinin (md.10) ihlal edildiğini öne sürmüştür.

32. 12 Nisan 1991'de Komisyon başvurunun (no.13440/87) kabul edildiğini beyan etmiştir.

14 Ocak 1993'de kabul ettiği raporunda (madde 31) (md. 31) Komisyon, 10. Maddenin (md.14) ihlal edildiği görüşünü ifade etmiş ve ihlal gerekçesi olarak aşağıdaki hususları bildirmiştir:

(a) filmin toplatılması (beş oya karşılık dokuz oyla);

(b) filme el konulması (bir oya karşılık on üç oyla).

Rapordaki Komisyon görüşünün ve üç karşıt görüşün metni işbu karara ek olacak şekilde çoğaltılmıştır \*.

## MAHKEMEYE SON SUNUŞLAR

33. Hükümet, sunduğu dilekçesinde Mahkeme'den aşağıdaki talepte bulunmuştur

"Sözleşme'nin 27. maddesinin 3. paragrafı (md.27-3)uyarınca, 26. maddedeki (md. 26) altı aylık süre kuralına uyulmamış olması dolayısıyla başvurunun kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddedilmesi veya bir seçenek olarak, filmin toplatılması ve müteakip olarak el konması işleminde Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edilmediğinin bildirilmesi".

34. Duruşmada, başvuru sahibi Mahkeme'den aşağıdaki hususları istemiştir:

"Avusturya'nın, filmi toplatarak ve el koyarak, Sözleşme'nin 10. maddesinden (md.10) kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği hususunda dernekten yana karar vermesi ve başvuru sahibi derneğe hakkaniyete uygun bir tazminatın ödenmesi".

---

\* Yazı İşleri Müdürünün notu: Uygulamaya dönük nedenlerden dolayı bu ek yalnızca kararın basılı halinde görülebilecektir (Mahkeme yayınlarının A Serilerininin 295-A sayılı cildi), ancak Komisyon raporunun bir örneği kayıt bürosundan temin edilebilir.

## YASALAR KONUSUNDA

### I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI

35. Hükümet, 6 Ekim 1987’de yapılan başvurunun (yukarıdaki 31. paragrafa bakınız), Sözleşme’nin 26. maddesindeki (md.26) altı aylık sürenin dolmasından sonra Komisyon’a iletiildiği hususunu aşağıdaki ifadesinde de görüleceği üzere ısrarla ileri sürmüştür:

"Komisyon konuyu ancak nihai kararın alınmasından sonraki altı ay içinde ele alabilir."

İlk adımda, başvuru sahibi derneğin (OPI), filmin toplatılmasıyla ilgili yasal işlemlerde “taraf” olduğu; el konması işlemlerinde olmadığı savını ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla nihai yerel mahkeme kararı Innsbruck Temyiz Mahkemesi’nin vermiş olduğu el koyma hükmüdür (30 Temmuz 1985).

Buna seçenek olarak, Hükümet, filmin dağıtımıcısı olan “Czerny” firmasının filmin yegâne kopyası üzerindeki tek hak sahibi konumunda bulunduğunu ve Innsbruck Bölgesel Mahkemesi’nin yaptığı “tarafsız kovuşturmalardan” önce, filmin yok edilmesine rıza gösterdiğine işaret etmiştir. Anılan Mahkeme, filme el konması hükmünü 10 Ekim 1986’da vermiştir. Hükümet, “Czerny” firmasının bu hükmü temyiz etmemiş olması dolayısıyla, yerel nihai kararın geçerli olduğunu öne sürmektedir.

Bu iki husustan herhangi birinin kabulü, başvurunun, kısıtlı sürenin dışında yapıldığı anlamına gelmektedir.

#### **A. Hükümetin kendi eylemi yüzünden, sunduğu seçeneği dayanak olarak kullanamaması**

36. Komisyon Temsilcisi, Hükümetin kendi eylemi yüzünden kendi seçenek talebini öne süremeyeceğini; zira bu seçeneğin Komisyon’un önüne, davanın kabulü safhasında getirilmediğini öne sürmüştür. Bu görüşe göre, Hükümetin 26. madde (md.26) çerçevesinde altı aylık süre kısıtlamasına dayanan bir itirazda bulunmuş olması gerçeği, yeterli görülmemektedir, zira şu anda temel alınan sava göre, o dönemdeki argümanlara temel alınan gerçekler farklıdır.

37. Mahkeme bu tür itirazları kabul etmekte olup, cevap vermekle yükümlü Devlet de şu ana kadar savlarının niteliğinin ve koşullarının izin verdiği ölçüde ve yeterli ve açık biçimde itirazlarını ortaya koymuştur. Bu işlemin, normalde, kabul edilebilirlik açısından ilk incelemenin yapıldığı safhada gerçekleştirilmesi gerekmektedir (diğer yetkili makamlarla ilgili olanlarının yanı sıra, Bricmont tarafından Belçika’ya karşı açılan davaya ilişkin 7 Temmuz 1989 tarihli, A serileri içinde yer alan 158 sayılı kararın 27. sayfasındaki 73. paragrafa bakınız).

Hükümet, Komisyon önünde altı aylık zaman aşımı süresi kuralına sığınsa bile, (savlarını) sadece Innsbruck Temyiz Mahkemesi’nin verdiği 30

Temmuz 1985 tarihli karara dayandırmıştır. Yine de diğer görüşlerini ileri sürmelerine engel teşkil eden herhangi bir durum bulunmamaktaydı. Ancak, diğer görüşlerini Mahkemeye sunmalarına mani olunmuştur (en son karar olarak 24 Haziran 1993 tarihli Papamichalopoulos ve Diğerleri – Yunanistan kararı, Seri A no. 260-B, s. 68, paragraf. 36’ya bakınız).

### **B. Hükümetin başlıca itirazının sağlam bir temele dayanıp dayanmadığı**

38. Hükümetin savı, aslında OPI’nin filmin toplatılmasının değil, filme el konulmasının “kurbanı” olmasıdır.

39. Bir şahıs, müdahaleyi oluşturduğu iddia edilen hususlar yüzünden doğrudan etkilendiyse, Sözleşme’de değinilen haklarının kullanımına yapılan müdahaleden dolayı bir “kurban” olduğunu uygun biçimde öne sürebilir (bu meyanda ve gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, 26 Ekim 1988 tarihli Norris – İrlanda A Serisindeki 142 sayılı, 15. -16. Sayfalarda yer alan Kararın 31. Paragrafına, 29 Ekim 1992 tarihli, A serisindeki 246 sayılı, 22. sayılı sayfadaki kararın 43. paragrafına bakınız).

40. Başvuru sahibi dernek, filmin telif hakkının ve toplatılan kopyasının sahibi olmasa bile, filmin Innsbruck’daki kendine ait sinemada veya aslında Avusturya’nın herhangi bir yerinde gösterilmesini her zaman için imkânsız kılma etkisi yapan toplatma kararından doğrudan etkilenmiştir. Buna ek olarak, el koyma kararı, yasallığı toplatma kararı ile sonradan teyit edilen, geçici bir önlemdir. Sonuçta, başvuru sahibi derneğin yöneticisinin 10 Ekim 1986 tarihli Bölge Mahkemesi kararında (muhtemelen yükümlü ilgili taraf) olarak geçmesi önem taşıyor denilemez. (yukarıdaki 15. paragrafa bakınız).

Dolayısıyla, başvuru sahibi dernek filme el konulması ve de toplatılması konusunda “mağdur” oldukları konusunda yasal olarak bir hak talebinde bulunabilecektir.

41. Önceki hususlardan anlaşılacağı üzere, 26. maddenin (md. 26) hedeflerine uygun olan karar, Innsbruck Temyiz Mahkemesi tarafından 25 Mart 1987’de alınan ve OPI’ye 7 Nisan’da tebliğ edilen (yukarıdaki 17. Paragrafa bakınız) hükmüdür. Komisyon, olağan uygulamalarına göre, 7 Nisan’dan itibaren saymak koşuluyla altı ay içinde yapılan başvurunun, öngörülen zaman süresi içinde gerçekleştiğini karara bağlamıştır. Hükümetin başlıca itirazının, buna uygun olarak reddedilmesi gerekmektedir.

## **II. 10. MADDENİN İHLALİ İDDİASI (MD. 10)**

42. Başvuru sahibi dernek “Das Liebeskonzil” filme el konarak ve bunun sonucunda toplatılarak sözleşme’nin 10. Maddesindeki (md. 10) aşağıdaki hususları güvence altına alan düşündüğünü ifade etme hakkının ihlaline yol açtığını öne sürmüştür:

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

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

#### **A. Başvuru sahibi derneğin ifade özgürlüğüne “müdahalelerde” bulunulup, bulunulmadığı**

43. Hükümetin Komisyon önünde, sadece filmin toplatılması ile ilgili olarak, başvuru sahibi derneğin ifade özgürlüğüne müdahale ettiğini kabul etmiş olmasına ve aynı husus ilk itirazlarında dile getirilmiş olmasına rağmen (yukarıdaki 35. paragrafa bakınız), Mahkeme açısından, ilk itirazın reddedilmesi durumunda (filmin) toplatılması ve el konması, bu müdahalelerin gerçekleşmiş olduğu anlamına gelmektedir.

Bu tür müdahaleler, 2. paragrafın (md. 10-2) gerekliliklerin uymuyorlar ise 10. maddenin ihlali anlamına gelecektir. O halde, Mahkeme, kendi açısından, müdahalelerin “yasayla buyrulup buyrulmadığını, söz konusu paragrafa göre (md. 10- paragraf 2) amaçlarının yasal olup olmadığını ve anılan amaçlara ulaşılması için “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadıklarını” incelemek zorundadır.

#### **B. Müdahalelerin “yasa tarafından öngörülüp görülmediği”**

44. Başvuru sahibi dernek, Avusturya Ceza Kanunu’nun 188. Bölümünün yanlış biçimde uygulandığını ileri sürerek müdahale hakkının (hususunun) “yasada öngörüldüğünü” kabul etmemiştir. Öncelikle, dini açıdan yüceltilen kişi ve nesnelere, mizahi biçimde anlatımını sunan bir sanat eserinin “küçük düşürücü ve hakaretamiz” olarak hiçbir hal ve karda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda kuşkuları vardır. İkinci bir husus olarak, infial (kavramı) kendi özgür iradesiyle filmi seyredip seyretmeme konusunda karar alan insanlar açısından söz konusu olamaz. Üçüncü olarak, Temel Yasa’nın 17a sayılı maddesiyle güvence altına alınmış bulunan sanatsal özgürlük hakkına yeterli ağırlık verilmemiştir.

45. Mahkeme, yasaların yorumu ve uygulanması hususlarının öncelikle ulusal makamların yetkisinde olduğunu özellikle vurgulamaktadır (en son karar olarak 25 Ağustos 1993 tarihli Chorherr – Avusturya kararı, Seri A no. 266-B, s. 36, paragraf 25’e bakınız).

Innsbruck mahkemeleri, Temel Yasa'nın 14. maddesiyle güvence altına alındığı gibi sanatsal özgürlük hakkı ile, dini inançlara saygı hakkı arasında dengeli bir tutum takınmalıydı. Mahkeme, Komisyon gibi, önüne Avusturya konularının yanlış biçimde uygulandığına dair edindiği kanıya karşılık hiçbir sebebin delil olarak gösterilemediği görüşüne varmıştır.

### C. Müdahalelerin “haklı bir amacının” olup olmadığı

46. Hükümet, filme el konması ve toplatılması işleminin “diğer kişilerin haklarının korunması” özellikle bir kişinin dini duygularına saygı hakkı ve “(toplum içinde) karışıklığın (bozgunun) engellenmesi” amacıyla yapıldığı görüşünü muhafaza etmiştir.

47. Mahkeme, Kokkinakis–Yunanistan davasında verdiği 25 Mayıs 1993 tarihli kararda (A serisinden 260-A sayılı, 17. sayfadaki 31. paragrafta yer alan ), sözleşmenin 9. Maddesinde (md. 9) koruma altına alınmış bulunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, sözleşmenin anlamı içinde “demokratik toplumun” temellerinden biri olduğuna işaret etmiştir. Bu husus, dini boyutu açısından, inananların ve onların yaşam kavramlarının en hayati unsurudur.

Dini bir çoğunluğa veya azınlığa mensup olduklarına bakılmaksızın, dini inançlarını gösterme özgürlüğünü kullanmayı seçtiklerinde her türlü eleştiriden muaf tutulmayı mantıken bekleyemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından inkâr edilmesine ve inançlarına karşı geliştirilen düşmanca doktrinlerin propagandasının yapılmasına bile hoşgörü göstermeli ve bu durumu kabullenmelidirler. Ancak, dini inançların ve doktrinlerin inkâr edilme ve bunlara muhalefet etme yöntemleri Devletin sorumluluğunun işin içine girmesini sağlayabilecek hususlardır. Bu sorumluluk, özellikle 9. Madde (md. 9) gereğince garanti altına alınan hakkın barışçı biçimde kullanılmasını, o hakkın ait olduğu inanç ve doktrin sahipleri açısından temin ediyorsa söz konusudur. Gerçekte, aşırı vakalarda, dini inançlara karşı gelen veya bunları inkar eden yöntemlerin etkisiyle, bu tarz inançlara sahip olan kişilerin etkisiyle, bu tarz inançlara sahip olan kişilerin, bunları muhafaza etme ve dile getirmeleri engellenebilmektedir.

Mahkeme'nin ileri sürdüğü Kokkinakis davasında, 9. Maddenin (md. 9) kapsamında, bir Devletin, diğer şahısların düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle uyuşmadığı kanaatine vardığı da girdiği belirli davranış biçimlerini bastırmaya yönelik önlemleri almayı yasal açıdan gerekli görmesi mümkündür. (evvelce bahsedilen yerdeki 21. sayfanın 48. paragrafı). 9. Maddede (md. 9) garanti altına alınan, inananların dini inançlarına saygı hususu, dinen kutsal sayılan nesnelere kışkırtıcı biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir; bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsuru da olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak görülebilir. Sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması ve böylelikle 10. Maddenin (md. 10) uygulanması ve yorumunun, işbu davada Sözleşme'nin mantığıyla uyumlu olması gerekir (gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, Klass ve Diğerleri - Almanya,

6 Eylül 1978 tarihi, A serisinde 28 sayılı, sayfa 31, 68. paragraftaki karara bakınız).

48. Haklarında şikâyetle bulunulan önlemler “haklı infial” yaratmaya eğilimli biçimde, dinen kutsal sayılan nesnelere karşı yapılan davranışları bastırma amacı güden, Avusturya Ceza Yasası’nın 188-bölümüne dayandırılmaktaydı. Buna göre amacının, insanların, dini duyguları yüzünden, başka kişilerin aleni biçimde görüşlerini ifade etmeleri dolayısıyla hakarete uğramamaları olduğunu gösteriyordu. Avusturya mahkemelerinin kararlarının kaleme aldığı koşullar göz önünde bulundurulduğunda, karşı çıkılan önerilerin 10. Madde (md. 10-2) altında, “diğerlerinin haklarının korunması” şeklinde adlandırılabilir olan yasal nitelikte önlemler olduğunu kabul etmektedir.

#### **D. El koyma ve toplatmanın “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı”**

##### *1. Genel ilkeler*

49. Mahkemenin istikrarlı biçimde üzerinde durduğu gibi, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun belli başlı temellerinden birini, ilerlemesi için esas koşullardan birini ve her insanın gelişimi için temel şartı oluşturmaktadır; 10. maddenin 2. paragrafında (md. 10-2) yer aldığı gibi, olumlu biçimde karşılanan veya zararsız olarak değerlendirilen veya ilgi gösterilmeyen “bilgiye” veya “fikirlere”, yada Devleti veya nüfusun herhangi bir kemsini sarsan, inciten veya rahatsız edenlere uygulanabilir. Bunlar, eksiklikleri yüzünden “demokratik toplumun” var olamayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramlarının gerektirdiği hususlardır (özellikle 7 Aralık 1976 tarihli, Handyside-Birleşik Krallık A serisi içindeki 24 sayılı kararın 23. Sayfasının 49. Paragrafına bakınız)

Ancak, 10. maddenin 2. paragrafında (md 10-2) yer alan ifadenin de ortaya koyduğu gibi, 10. maddenin 1. paragrafında (md-10-1) yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanan herkes, “görev ve sorumluluklar” üstlenmektedir. Bunların arasında dini görüş ve inançlar kapsamında diğer kimseleri gereksiz yere inciten ifadelerde mümkün olduğunca kaçınma zorunluluğunun ve bu şekilde haklarının ihlalinin yasal ve bunların insan ilişkilerinde gelişmeye katkıda bulunmayan toplumsal tartışmalarının olmayışdır.

Hal böyle iken, bir ilke olarak, bazı demokratik toplumlarda, yasal amaçla orantılı olarak ortaya konan “formalite”, “koşul”, “kısıtlama” veya “cezanın”, dinen kutsal kabul edilen nesnelere karşı uygunsuz saldırıları yaptırma tabi tutma ve engellenmenin gerekli olduğu aşikârdır (aynı yerde evvelce sözü edilen yukarıda kayıtlı Handyside kararına bakınız).

50. “Ahlak” kavramında olduğu gibi, toplumda dinin önemi konusunda tek bir kavramın Avrupa çapında bulunması mümkün değildir. (24 Mayıs



1988 tarihli, A serisi, 133 sayılı, Müller ve Diğerleri - İsviçre kararının 20. sayfasının 30. Paragrafına bakınız); tek bir ülke içinde bile bu kavramlar değişiklik gösterebilmektedir. O nedenle, ifadenin diğer kişilerin dini duygularını doğrudan hedef alıyor olması durumunda ifade özgürlüğü hakkına karşı izin verilebilir ölçüde bir müdahalenin oluşumunun kapsamlı tarifine ulaşmak mümkün değildir. O halde böyle bir müdahalenin gerekliliğinin varlığının ve alanının değerlendirilmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir hakkı payı tanınmalıdır.

Ancak, Resmi makamların takdir payı sınırsız değildir. Koşullara göre kapsam alanı değişen Sözleşme'nin (kurallarının uygulanması) denetimiyle yan yana yürümektedir. 10. Maddenin 1. paragrafıyla (md. 10-1) garanti altına alınan özgürlüklerden yararlanılmasına bir müdahalenin ortaya çıktığı mevcut durumlarda, söz konusu olan özgürlüklerin önemi yüzünden denetimin sıkı kurallar çerçevesinde yapılması gerekir. Herhangi bir kısıtlamanın gerekliliği ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır (en son yetki için, Informationsverein Lentia ve diğerleri Avusturya, 29 Kasım 1993 tarihi, A serisinde 276 sayılı kararın 15. Sayfasının 35. paragrafına bakınız).

## 2. Yukarıdaki ilkelerin uygulanması

51. Avusturya mahkemelerinin kararlarıyla el konulan ve toplatılan karar bir tiyatro eseri üzerine inşa edilmişti; ancak, Mahkeme, yalnızca söz konusu olan film ile ilgilenmiştir.

### (a) El koyma

52. Hükümet filme el konması işlemini Hıristiyan dinine özellikle Roma Katolikliğine karşı bir saldırı niteliğinden dolayı savunmuştur; Orijinal oyunun 1895'de yazarının yargılanması üzerine kurulmuş olmasının ve Katolik ahlakının temsil ettiği hususların vahşi ve istismarcı olarak temsil edilmesi suretiyle filmin din karşıtı tabiatının vurgulanmasının üzerine inşa edilmiş olan savunmasını sürdürmüştür.

Buna ek olarak (savunmada) Tirol halkının gündelik yaşantısında dinin rolü vurgulanmıştır. Roma Katolik Kilisesi inancı Avusturya toplumunun tümünde %78, Tirol halkı arasında ise %87 gibi yüksek bir orandadır.

Bunun bir sonucu olarak, en azından o fiziki zamanda, dinsel barışın korunması için ısrarlı bir toplumsal gereksinim söz konusuydu; filme karşı kamu düzeninin korunması gerekiyordu ve Innsbruck mahkemeleri, bu husustaki takdir (hakkı) payını aşmamışlardı.

53. Başvuru sahibi dernek, kanuni dayanağı olmayan bir hareketi önleme amacını güden ve sorumlu biçimde hareket ettiklerini iddia etmiştir. Yalnızca bir ücret ödenmesinden sonra kamuoyu mensuplarına açık olan sinemasında filmi göstermeyi planladığına; dahası teki ilgili Tirol yasalarına göre, 17 yaşından küçük kişilerin filmin gösterimine alınması söz konusu

değildir. O halde hiç kimse arzusu hilafına içeriğine itiraz edebilecek bir nesneye maruz bırakılma tehlikesi altında kalmamıştır.

Komisyon, (kararının) özünde, bu görüşü kabul etmiştir.

54. Mahkeme, her ne kadar sinemaya filmi görmek için girişte bir ücret ödenmekteyse ve yaş sınırı mevcut ise de, geniş biçimde reklamının yapıldığını not etmiştir. Filmin gerçek niteliği, temel içeriği ve konusu hakkında açık bir fikir verecek şekilde kamuoyunda bilgi mevcuttur; bu nedenlerden, filmin gösteriminin, suç teşkil edecek şekilde yeterli ölçüde kamuoyuna mal edildiğinin bir ifadesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

55. Mahkeme önüne getirilen konu, Sözleşme'nin güvence altına aldığı iki temel özgürlüğü; adlarıyla belirtmek gerekirse, bir yandan başvuru sahibi derneğin kamuoyuyla tartışmalı hususları paylaşma ve bundan yola çıkarak ilgili kişilerin bu husustan haberdar olma hakkının öte yandan, diğer kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine doğru düzgün saygı gösterilmesi hakkına ilişkin birbiriyle çatışmalı menfaatlerinin ağırlıklarının tartılması hususunu içermektedir. Bu şekilde, davranarak, görevleri, yetki alanları dâhilinde, toplumun çıkarlarını bir bütün olarak korumak hususunu demokratik bir toplum içinde dikkate almak olan, ulusal makamlara bırakılmış takdir hakkı yetkisinin payının da göz önünde tutulması gerekmektedir.

56. Avusturya mahkemeleri, filme el konulması ve bunun toplatılması emrini vererek, Tirol kamuoyunun algılamasına göre Roma Katolik dini üzerinde istismarcı bir saldırı olduğu kanaatini pekiştirmişlerdir. Kararları, Sözleşme'nin 10. maddesiyle (md. 10) güvence altına alınmış bulunan ve Avusturya Temel Yasası'nın 17a sayılı Maddesinin özel bir koruma sağladığı sanatsal ifade özgürlüğüne gerekli önemin verilmediğini (yukarıda değinilen Müller ve diğerleri kararının 22. sayfasının 33. paragrafına bakınız) göstermektedir. (Mahkemeler) yetki alanları dâhilindeki kamuoyuna temelde saldırı niteliği taşır hale getirilen unsurlara, bir sanat eseri olarak filmin niteliklerinin ve Avusturya toplumundaki kamuoyu tartışmasına katkısının üstün geldiğini göz önünde tutmamışlardır. Dava mahkemeleri, filmi seyrettikten sonra, Tanrı Baba, Bakire Meryem ve Hazreti İsa'nın kışkırtıcı biçimde temsil edilmesini not etmişlerdir (yukarıdaki 16. paragrafa bakınız). Filmin içeriğinin (yukarıdaki 22. Paragrafa bakınız) Avusturya mahkemelerinin ulaştığı sonuçları bir temele dayandırma imkânı bulunmamaktadır.

Mahkeme (AİHM); Roma Katolik dininin, Tirol halkının çok büyük bir kısmının dini olduğunu göz ardı edemez. Avusturya resmi makamları, filmi toplatmak suretiyle, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarına karşı mazur görülemez ve mütecaviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket etmişlerdir. Uluslararası bir yargıcın konumuna göre, yerel bir duruma karşı, belli bir zamanda bu tür bir önlemin gerekliliğini değerlendirme hususu öncelikle ulusal makamlara aittir. Mevcut davanın bütün koşulları

değerlendirildiğinde, Mahkeme, Avusturyalı yetkililerin bu anlamda takdir payını aştıklarını düşünmemektedir.

Dolayısıyla (filme) el konulmasında, 10. Maddeye göre (md. 10) bir ihlal durumu bulunmamaktadır.

**(b) Toplatma**

57. Önceki mantık toplatma için de geçerlidir; ek koymanın nihai yasallığını belirlemiştir ve Avusturya hukuku açısından normal bir sonuçtur.

10. Madde (md. 10) Kullanımlarının kanunlara uygun biçimde yasa dışı olduğu hükmüne varılmış nesnelerin kamu yararına toplatılmasını yasaklamaktadır şeklinde yorumlanamaz (yukarıda değinilen Handyside kararının 30. sayfasının, 63. Paragrafına bakınız). Toplatma kararı, filmin Avusturya'da herhangi bir yerde gösterimini sürekli biçimde imkansız kılmışsa da, Mahkeme, kullanılan yöntemlerin hedeflenen amaçla orantısız olmadığını ve böylelikle, ulusal makamların, bu konuda takdir marjını aşmadıklarını dikkate almaktadır.

Buna uygun olarak, toplatma işleminde 10. Maddenin (md. 10) ihlali vuku bulmamıştır.

## BU NEDENLERLE, MAHKEME

1. Hükümetin, başlangıçta kendisi için bir seçenek niteliği taşıyan itirazına dayanmayı kendi eylemiyle engel olduğu hususuna oy birliğiyle karar vermekte;
2. Hükümetin, ilk baştaki itirazını oybirliğiyle reddetmekte;
3. Altıya karşı üç oyla, Sözleşme'nin 10. Maddesinin (md. 10) filme el konması ve toplatılmasıyla ihlal edilmediğine karar vermektedir.

20 Eylül 1994 tarihinde, Strasbourg'da, kamuya açık bir duruşmada karara bağlanarak İngilizce ve Fransızca yayınlanmıştır.

Rolv RYSSDAL  
Başkan

Herbert PETZOLD  
Yazı İşleri Müdürü Vekili

Sözleşme'nin 51. Maddesinin 2. Paragrafında (md. 51-2) ve Mahkeme Yönetmeliği'nin 53 sayılı Kuralının 2. Paragrafı uyarınca, Bayan Palm, Bay Pekkanen ve Bay Makarczyk tarafından ortaklaşa ortaya konan farklı görüş karara eklenmiştir.

R. R.  
H. P.

## HÂKİMLER PALM, PEKKANEN VE MAKARCZYK TARAFINDAN ORTAKLAŞA ORTAYA KONAN FARKLI GÖRÜŞ

1. 10. Maddenin (md. 10) ihlal edilmediğine dair çoğunluk görüşüne katılmadığımız için üzgünüz.

2. Mahkeme, Sözleşmede açıkça birbiriyle çelişen iki hak arasında denge kurma gerekliliğiyle karşı karşıya kalmıştır. Hâlihazırdaki davada, birbirleriyle karşılıklı tartılacak haklar elbette ki, Hükümetin dayandığı dinsel özgürlük hakkı (Madde 9) (md. 9) ve başvuru sahibi derneğin dayandığı ifade özgürlüğü hakkıdır (madde 10) (md. 10). Dava ikinci hakkın kısıtlanmasına ilişkin olduğu için, bizim tartışmamız “ bunların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı “ ve 10. Maddenin ikinci paragrafında (md. 10-2) bunlara izin verilip verilmediği etrafında gerçekleşecektir.

3. Çoğunluğun doğru biçimde ifade ettiği gibi, Handyside-Birleşik Krallık kararında (7 Aralık 1976 tarihli, A Serisinde 24 sayılı) yer alan ünlü bölümün yansıtılması durumunda ifade özgürlüğü “demokratik bir toplumun” temel unsurudur; bunun, yalnızca zararsız olarak kabul edilen veya görülen “bilgilere” veya “fikirlere” ve ilgi çekmeyen bir hususa değil, ancak özellikle Devlet açısından veya nüfusun herhangi bir kesimi için sarsıcı, hakaretamiz ve rahatsız edici olan hususlara da uygulanabilmesi gerekmektedir. Bu özgürlüğü, sadece kabul gören fikirlere uygun olduğu sürece güvence altına almanın bir anlamı bulunmamaktadır.

10. Maddenin 2. paragrafında (md. 10-2) değinilen ifade özgürlüğü hakkına müdahaleye istisnai olarak izin verilmesi hususuna rağmen, Devlet’in bu alandaki takdir payının geniş olamayacağı düşünülmektedir.

Özellikle, Devlet makamlarına özel bir demecin “insancıl hususlardaki ilerlemeyi sağlayabilecek olan ve kamuda tartışılan herhangi bir konunun ele alınmasına dair tartışmaya ilişkin karar alma yetkisi tanınmamalıdır; böyle bir karar, resmi makamların “ilerleme” fikri ile lekelenabilir.

4. Yasal bir amaca ulaşmak için özel bir müdahalenin gerekliliği hususu ikna edici biçimde oluşturulmalıdır (en son karar olarak, Informationsverein (Enformasyon Derneği) Lentia ve Diğerleri - Avusturya, 24 Kasım 1993 tarihli, A serisi, 276 sayılı, 15. sayfa 35. paragrafta yer alan karar). Bu husus en çok, mevcut davadakiler kadar doğrudur; bu davada el koyma işlemine ilişkin müdahale önceden getirilen bir kısıtlamaya dönüşmüştür (gereli değişikliklerin yapılması koşuluyla, 26 Kasım 1991 tarihli, A serisi içindeki 216 sayılı kararın 30. sayfasının 60. paragrafına bakınız). Toplumda güçlü bir grubun algılanan menfaatlerini korumak üzere uygulandığı takdirde, böyle bir önceden getirilme kısıtlamanın çoğulcu demokrasinin dayandığı hoşgörü kavramı açısından yok edici olma tehlikesi mevcuttur.

5. Mahkeme, demokratik bir toplum için esas olan sanat eserlerinin yaratılmasının, temsilinin, dağıtımının veya sergilenmesinin fikirlerin ve görüşlerin değişimine ve bireylerin kişisel tatminine katkısını kabul etmekte

ve böylelikle, Devlet'in ifade özgürlüğü hakkını gereksiz yere bastırmama yükümlülüğü altında olduğu görüşünü benimsemektedir (Müller ve Diğerleri - İsviçre, 24 Mayıs 1988 tarihli, A serisi, 133 sayılı, kararın 22. sayfasındaki, 33. paragrafa bakınız). Biz ayrıca, bir nesnenin genel biçimde sanat eseri olarak değerlendirilmesinin kabul görüp görmemesinden bağımsız olarak nesneyi kamuoyuna sunanlar, onun beraberinde getirdiği “görev ve sorumluluklarından” muaf tutamazlar; bu görev ve sorumlulukların kapsamı ve nitelikleri; ortadaki duruma ve kullanılan araçlara bağlıdır. (Müller ve Diğerleri kararının yukarıda değinilen 22. sayfasının 34. paragrafına bakınız).

6. Sözleşme, kullandığı terimlerle, dini duyguların korunmasını güvence altına almamaktadır. Daha çok ve özellikle, böyle bir hak, diğerlerinin dini görüşlerini eleştiren kanaatlerini ifade etme hakkını temelinde içeren dini özgürlük hakkından türetilir.

En azından, 10. Maddenin (md.10) amaçları açısından toplumun bazı üyelerinin dini duygularını, belli bir yere kadar eleştiri ve istismardan korumak “yasal” olarak kabul edilebilir; hoşgörü karşılıklı olmalı ve dini bir grubun imajına yönelik saldırgan istismarcı tecavüzlere izin verildiği takdirde toplumun demokratik niteliğinin (olumsuz yönde) etkileneceği göz önünde tutulmalıdır. Bunun bir sonucu olarak, bu tür bir eleştirinin veya istismarın toplum önünde ifadesine sınırlar getirilmesinin “demokratik bir toplumda gerekli olduğu” kabul edilmelidir. Buraya kadar ancak bunun daha ötesine geçmeksizin, çoğunluğun görüşlerini paylaşabiliriz.

7. Bu ifade özgürlüğünden yararlanmaya çalışan bir kişinin görevi ve sorumluluğu mantıken olabilecek çerçevede, beyanının diğer kişiler üzerindeki incitici etkisini sınırlamaktır. Yalnızca, kendisi gerekli girişimi yapamaz ise veya girişiminin yetersiz olduğu ortaya konar ise, Devlet devreye girebilir.

Baskıcı girişim için bir gereklilik ortaya konsa bile, ilgili tedbirlerin “güdülen yasal amaçla orantılı olması” zorunluluğu vardır; bizim de desteklediğimiz Mahkeme içtihadına göre, bu durum, daha az kısıtlayıcı bir çözüm bulunabiliyor ise genelde söz konusu olmayacaktır.(bu konudaki en son karar olarak, yukarıdaki 16. sayfanın 39. paragrafında değinilen Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararına bakınız).

İfade özgürlüğünden yararlanılmasını tümüyle engelleyici hale gelebilecek baskılayıcı önlemler, ilgi davranışın aşırı yüksek düzeye ulaşması, diğerlerinin dini özgürlüğünün inkârı haline gelmesi durumunda, el koyma işleminin toplum tarafından hoş görülebilir bir hak haline gelmesini sağlar.

8. Bu davada Devlet fiili gerekip gerekmediğine ilişkin olarak, elimizdeki dava ile Madde 10 (md. 10) ile ilgili bir ihlal bulunmamış olan Müller ve Diğerleri davası arasındaki farklılıkları vurgulamak isteriz. Müller'in tabloları büyük ölçüde halka açıktı ve uygun olmayan kişiler tarafından da izlenebilirdi – ve gerçekten de izlendi.

9. Müller'in tablolarının aksine, bu film deneysel film izlemek isteyen görece küçük bir gruba hitap eden bir "sanat sinemasında", para vererek giren bir seyirci grubuna gösterilecekti. Bu nedenle, bu seyirci grubunun film ile özellikle ilgilenmeyenlerin dışındaki kişileri içermesi olasılığı düşüktür.

Ayrıca, bu seyirci grubunun filmin doğası hakkında uyarılması için yeterince fırsat vardı. Çoğunluğun aksine, başvuran dernek tarafından yapılan duyurunun amacı filmin Roma Katolik dinini ele alışındaki eleştirel tarz hakkında bilgi vermek amacını güttüğünü düşünüyoruz; aslında, bu duyuru dinsel açıdan hassas kişilerin filmden uzak durması için yeterince açık bilgi vermiştir.

Dolayısıyla, elimizdeki davada herhangi birinin istemeden nahoş bir materyalle karşı karşıya kalmasının olasılığı düşük görünmektedir.

Bu nedenle, başvuran derneğin sorumlu davranarak filmin gösterilmesinin zararlı etkilerini makul ölçüde beklenebileceği şekilde sınırlamak üzere hareket ettiği sonucuna varmış bulunuyoruz.

10. Son olarak, başvuran dernek tarafından beyan edildiği ve Hükümet tarafından da yalanlanmadığı üzere, Tirol yasası kapsamında filmin on yedi yaşının altındaki kişilerce seyredilmesi yasal değildir ve başvuran dernek tarafından yapılan duyuru bunu vurgulayan bir uyarıdır.

Bu koşullar altında, filmin yaşları nedeniyle uygun olmayan kişilerce seyredilmesi tehlikesi olmamıştır.

Dolayısıyla, Avusturya makamlarının elinde istenmeyen bir cürümü engellemek için filme el koymaktan daha az kısıtlayıcı bir olasılık vardı ve bunu da kullanmışlardır.

11. Filmin gösterilmesinin Tirol'de nüfusun belirli kesimlerinin dini duygularını rencide etmiş olabileceğini reddetmemekteyiz. Bununla birlikte, rencide olabilecek kişileri korumak için başvuran dernek tarafından alınan önlemleri ve Avusturya mevzuatının on yedi yaşının altındakileri koruyuculuğunu dikkate alarak, her şeyi düşünerek, söz konusu filme el konulmasının ve para cezası verilmesinin izlenen yasal amaç ile orantılı olmadığı görüşündeyiz.

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadelerin kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.**

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).

© **Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.**

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)) Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Tout personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante: [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).