



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

AHMET YAVUZ YILMAZ / TÜRKİYE

(Başvuru no. 48593/07)

KARAR

1 No.lu Protokolün 3. maddesi • Serbest seçim hakkı • Seçim kampanyası sırasında bir Kürtçe şarkının kullanımına ilişkin netlik olmadığı iddiası • Başvuranın Mahkeme ve yerel mahkemeler önündeki tamamen soyut şikayetleri • Kürtçe şarkı çalmanın suç olarak görünmemesi ve bir kovuşturmanın yapılmaması • başvuranın bağımsız aday olarak seçime katılması ve siyasi ve sosyal görüşlerini kamuya açıklamasının engellenmemesi • seçim haklarının etkililiğine zarar verecek düzeyde kısıtlanmaması

STRAZBURG

10 Kasım 2020

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Ahmet Yavuz Yılmaz / Türkiye davasında,

Başkan,

Jon Fridrik Kjølbro,

Hâkimler,

Valeriu Grițco,

Egidijus Kūris,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli,

Saadet Yüksel,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımı ile Komite olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), bir Türk vatandaşı olan Ahmet Bilgiç'in ("başvuran") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AİHM" veya "Mahkeme"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 30 Ekim 2007 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine yapmış olduğu (48593/07 no'lu) başvurusu;

Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikayetin Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesine ilişkin kararı;

tarafların beyanlarını dikkate alarak,

29 Eylül 2020 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine dayanarak başvuran 22 Temmuz 2007 tarihli parlamento seçim kampanyası sırasında serbest seçim hakkına yönelik ihlal oluşturacak bir muameleye maruz kaldığından şikayet etmiştir.

OLAYLAR

2. Başvuran, 1959 doğumlu olup Ardahan'da ikamet etmektedir. Başvuran, Ardahan Barosuna bağlı Avukat G.S. Yılmaz tarafından temsil edilmiştir.

3. Hükümet, kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

4. Dava konusu olaylar, taraflarca ileri sürüldüğü şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilir.

5. Avukat olan başvuran 22 Temmuz 2007 tarihli parlamento seçimlerine Ardahan'dan bağımsız aday olarak katılmıştır.

6. Seçim kampanyaları sırasında 2 Temmuz 2007 tarihinde başvuran Ardahan Merkez İlçe Seçim Kuruluna başvuruda bulunmuştur. Seçim kampanyaları sırasında Türkçeden başka bir dil kullanılmayacağını ifade edildiği 8 Mayıs 2007 tarihli Yüksek Seçim Kurulu kararına atıfta bulunarak başvuran, Merkez İlçe Seçim kurulundan hem Türkçe hem de Kürtçe olarak söylenecek bir şarkının seçim kampanyası aracından çalınmasının iç hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesini talep etmiştir. Dilekçesinde başvuran TRT gibi ulusal TV kanallarında Kürtçenin kullanıldığını belirtmiş ve Türkçe dışında başka bir dilde söylenen şarkının çalınmasının iç hukukta bir suç oluşturmayacağı sonucuna varan 27 Nisan 2005 tarihli Yargıtay kararına atıfta bulunmuştur.

7. Ardahan Merkez İlçe Seçim Kurulu 5 Temmuz 2007 tarihinde söz konusu mevzuda karar vermeye yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Merkez İlçe Seçim Kurulu seçim kampanyasında Kürtçe şarkı çalmanın 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesi kapsamında suç teşkil edip etmeyeceğine ilişkin olarak ancak ceza yargılamaları sırasında bir ceza mahkemesinin karar verebileceğini belirtmiştir.

8. Başvuran 9 Temmuz 2007 tarihinde seçim kampanyasında Kürtçe şarkı kullanmasını yasaklayan bir kural olmadığını ifade ederek söz konusu karara karşı Ardahan İl Seçim Kuruluna itirazda bulunmuştur.

9. Ardahan İl Seçim Kurulu 12 Temmuz 2007 tarihinde bu hususta karara varmaya yetkisinin bulunmadığını ve bu kararın ceza mahkemeleri tarafından verilmesi gerektiğini ifade ederek itirazı reddetmiştir.

10. Ardından başvuran Yüksek Seçim Kuruluna itirazda bulunmuştur.

11. Yüksek Seçim Kurulu, Ardahan İl Seçim Kurulu kararının iç hukuk ve usullere uygun olduğunu belirterek reddetmiştir.

12. Genel seçim 22 Temmuz 2007 tarihinde gerçekleşmiştir ve başvuran diğer 14 siyasi parti ile birlikte bağımsız aday olarak seçimlere itiraz etmiştir. Başvuran tek bağımsız aday olarak Ardahan merkez ilçesindeki geçerli 55.606 oydan 5.187'ini oy almıştır.

13. Başvuran 24 Temmuz 2007 tarihinde seçim sonuçlarına karşı çıkarak Merkez İlçe Seçim Kuruluna itirazda bulunmuştur. Başvuran kendisinin bağımsız aday olduğundan oy pusulalarına adının diğer siyasi partilere göre daha küçük fontlarla basıldığını iddia ederek oyların tekrar sayılmasını talep etmiştir.

14. Merkez İlçe Seçim Kurulu aynı gün içerisinde karar vererek bu şikayetleri incelemek için yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Ardından başvuran Yüksek Seçim Kuruluna başvurmuştur.

15. Yüksek Seçim Kurulu 28 Temmuz 2007 tarihinde oy pusulalarının 298 sayılı Kanun'la öngörülen şartlara uygun olarak hazırlandığını ifade ederek başvuranın tekrardan sayım yapılmasına yönelik talebini reddetmiştir.

İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

16. 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 58. maddesi söz konusu tarihte şu şekildedir:

“... Radyo ve televizyonda yapılacak propaganda yayınlarıyla, diğer seçim propagandalarında, Türkçeden başka dil ve yazı kullanılması yasaktır.”

17. 2 Mart 2014 tarihli 6529 Sayılı Kanun ile 58. maddenin ilgili kısmı şu şekilde değiştirilmiştir:

“Propaganda için kullanılan el ilanları ve diğer her türlü matbuat üzerinde Türk Bayrağı ve dini ibareler bulundurulması yasaktır. Siyasi partiler ve adaylar tarafından yapılacak her türlü propaganda, Kürtçe'nin yanı sıra farklı dil ve lehçelerde de yapılabilir.”

18. 27 Nisan 2005 tarihli (no. 2003/12472E, 2005/2707 K) kararında Yargıtay Y.U. ve A.B. İsimli iki sanığa ilişkin bir hüküm vermiştir. Bu karara göre seçim kampanyası sırasında Y.U. Kürtçe şarkı söylemiş ve A.B. Kürtçe şarkı çalmıştır. Yargıtay söz konusu kimselerin Kürtçe şarkı söylemesi veya çalmasının kanuna aykırı bir propaganda teşkil etmediğini ve üzerlerine atılı suçlardan beraat etmelerinin gerektiğine karar vermiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

SÖZLEŞME'YE EK 1 NO'LU PROTOKOLÜN 3. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

19. Başvuran, sadece Sözleşme'ye Ek 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesine dayanarak serbest seçim hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvuran genel olarak seçim kampanyası sırasında Kürtçe şarkı çalamadığını ileri sürmüştür. Şikayetinin ikinci kısmında başvuran bir bağımsız aday olarak oy pusulasında isminin siyasi partilerin ismiyle aynı büyüklükte görünmediğini, seçim kampanyası sırasında sıkı güvenlik önlemlerinin uygulandığını ve seçim kampanyası mitingini şehir merkezinden uzaktaki bir spor salonunda yapmak zorunda kaldığını ifade etmiştir.

Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi şu şekildedir.

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

A. Kabul edilebilirlik hakkında

1. Başvuranın siyasi kampanyasında Kürtçe şarkı çalamadığı iddiasına ilişkin şikayet hakkında

20. Hükümet, başvuranın Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında mağdur statüsünün bulunmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda Hükümet başvuranın seçim kampanyası sırasında söz konusu şarkıyı çalmadığına ve 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca başvuran hakkında ceza yargılamalarının başlatılmadığına dikkat çekmiştir.

21. Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında başvuruda bulunabilmek için bir kimsenin, sivil toplum kuruluşunun ya da grubun Sözleşme tarafından tanınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürebiliyor olması gerektiğini tekrarlamıştır. Bir ihlalden dolayı mağdur olduğunu ileri sürebilmek için bir kimsenin dava konusu tedbirden doğrudan etkilenmiş olması gerekmektedir: Sözleşme tanıdığı hakların yorumlanmasında halk davası (*actio popularis*) açılmasını öngörmemektedir ya da bireylerin doğrudan etkilenmedikleri halde Sözleşme'ye aykırı olabileceğini düşündükleri için bir ulusal hukuk hükmü hakkında şikayette bulunmalarına izin vermemektedir. Ancak, bir bireysel tedbirin yokluğunda eğer bir kimsenin ya işleyişini değiştirmesi gerekiyor ya da kovuşturma riski altına giriyorsa ya da mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski altında bulunan gruba dahil ise bu kimse bir kanunun haklarını ihlal ettiğini ileri sürebilir (bk.*Tănase / Moldova* [BD], no. 7/08, § 104, AİHS 2010; ve *Burden / Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, §§ 33 ve 34, AİHS 2008).

22. Mevcut davada başvuran hakkında bir bireysel tedbir uygulanmamış olsa da, yani başvuran hakkında başlatılan bir ceza yargılaması bulunmasa da, dava dosyaları incelendiğinde söz konusu tarihte yürürlükte olduğu haliyle kanunun başvuranın seçim kampanyalarında Kürtçe şarkı çalmaktan sakınmasına sebep olduğu görülmektedir. Bu kapsamda başvuran dava konusu kanuna ilişkin şikayette bulunduğundan ve söz konusu şarkıyı

çalmadığından bu durumun başvuranın seçim kampanyası üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olduğu düşünülebilir. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme Hükümetin başvuranın mağdur statüsüne ilişkin itirazını reddetmiştir.

23. Mahkeme, başvurunun bu kısmının Sözleşme'nin 35. maddesinde listelenen başka herhangi bir gerekçeden dolayı ne açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ne de kabul edilemez olduğunu not etmiştir. Dolayısıyla, kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

2. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki diğer şikayetler hakkında

24. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında başvuran bir bağımsız aday olarak oy pusulasında isminin siyasi partilerin ismiyle aynı büyüklükte görünmediğinden, seçim kampanyası sırasında sıkı güvenlik önlemlerinin uygulandığından ve seçim kampanyası mitingini şehir merkezinden uzaktaki bir spor salonunda yapmak zorunda kaldığından şikayet etmiştir.

25. Mahkeme, başvuranın oy pusulalarındaki aykırılığa ilişkin şikayetinin yerel makamlar tarafından etkili bir şekilde incelendiğini ve oy pusulalarının iç hukuka uygun olduğunun ortaya konulduğunu gözlemlemiştir (bk. §§ 13-15). Ek olarak başvuran iddia edilen aykırılık yüzünden zarara uğradığını gösteren herhangi bir bilgi sunmamıştır. Ayrıca, seçim kampanyası mitinglerinde sıkı güvenlik tedbirlerinin alındığı ve şehirden uzak bir spor merkezinde yapmak zorunda kaldığı iddialarına ilişkin olarak Mahkeme bu şikayetlerin yerel makamlar önünde dile getirilmediğini not etmiştir.

26. Bu yüzden Mahkeme tarafından gönderilen belgelerin incelenmesi sonucunda, bu hükmün ihlal edildiği tespit edilememiştir. Başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olup, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 maddeleri uyarınca kabul edilemez olduğunun beyan edilmesi gerekmektedir.

B. Esas Hakkında

27. Başvuran seçim kampanyası sırasında Kürtçe şarkı çalıp çalamayacağı hususunda netlik bulunmadığından şikayet etmiştir.

28. Hükümet, başvuranın iddia edilen kısıtlama dolayısıyla bir zarara uğramadığını ve serbest seçim hakkının ihlal edilmediğini savunmuştur. Mahkemenin mevcut davada bir müdahale bulunduğuna karar vermesi halinde Hükümet, bu müdahalenin 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesine dayandığını ve kamu düzenini koruma gibi meşru bir amaç izlediğini beyan etmiştir. Ek olarak Hükümet oy hakkı ve seçime katılma hakkına ilişkin olarak kısıtlamaların uygulanabileceğini ancak bunların demokratik bir toplumdaki ilkeleri ihlal etmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Mevcut davada Hükümet başvuranın seçime katılabildiğine vurgu yapmış ve Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğini savunmuştur.

29. Son olarak Hükümet 2014 yılında ilgili mevzuatta yapılan değişikliğe atıfta bulunmuştur. Bu değişikliğe göre siyasi partiler ve adaylar tarafından yapılacak her türlü propaganda, Türkçe'nin yanı sıra farklı dil ve lehçelerde de yapılabilir.

30. Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin belirli bir hak ya da özgürlükten ziyade Yüksek Sözleşmeci Tarafların bireylerin görüşlerini özgürce ifade edebildiği seçimler düzenleme yükümlülüğüne ilişkin olmasından dolayı Sözleşme ve Protokolleri tarafından tanınan diğer haklardan farklılık gösterdiğini tekrarlamıştır. Ancak Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine ilişkin ön çalışma (preparatory work) ve bu hükmün bütün olarak Sözleşme bağlamında yorumlanması göz önünde bulundurarak Mahkeme bu hükmün aynı zamanda oy hakkı ve seçime katılma hakkı dahil olmak üzere bireysel haklara da işaret ettiğini tespit etmiştir (bk. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika*, 2 Mart 1987, §§ 46-51, Seri A no. 113).

31. Mahkeme özellikle yakın tarihli *Mugemangango / Belçika* ([BD], no. 310/15, §§ 67-73, 10 Temmuz 2020) kararında özetlenen Sözleşme'ye Ek 1

No.lu Protokol'ün 3. maddesine ilişkin içtihadındaki ilkelere atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, ikincilik ilkesi uyarınca iç hukukun yorumlanması ve olayların değerlendirmesi konusunda ulusal makamların yerini almak Mahkemenin görevi değildir. Seçim tartışmaları bağlamında Mahkemenin taraflarca iddia edildiği üzere seçim sürecindeki aykırılıkların iç hukukta ihlal teşkil edip etmediği tespit etmesi gerekmemektedir. Mahkeme, iddia edilen aykırılıkların meydana gelip gelmediğini ve seçimlerin sonucunu etkileyip etkilemediklerini belirlemeye çalışarak bir araştırma rolü üstlenebilecek bir konumda da değildir. İkincil rolünün gereği olarak Mahkeme spesifik bir davanın koşulları kapsamında kaçınılmaz olmadığı sürece esas hakkında karar veren bir ilk derece mahkemesinin işlevini üstlenme konusunda dikkatli olmalıdır.

32. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında güvence altına alınan haklar, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu, etkin ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesinde hayati öneme sahiptir. Bununla birlikte bu haklar mutlak değildir. Bunlara ilişkin kısıtlamalar yapılabilir ve bu konuda Sözleşmeciler Devletlere takdir yetkisi verilmelidir. Mahkeme bu husustaki takdir yetkisinin geniş olduğunu tekrardan onaylamıştır. Seçim sistemlerin organize etmenin ve yönetmenin birçok şekli ve Avrupa'da diğerlerinin yanı sıra tarihsel gelişim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce açısından zengin farklılıklar bulunmaktadır (bk. *Mugemangango*, yukarıda, § 73).

33. Ancak, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğini son çare olarak değerlendirecek olan Mahkemedir; Mahkeme oy hakkı ve seçime katılma hakkına yönelik olarak belirlenen şartların bu hakların özünü zedeleyecek ve etkililiğini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmasını engellemediğinden, meşru bir amaç izlediğinden ve kullanılan yöntemlerin orantısız olmadığından emin olmalıdır. Özellikle böylesi şartlar parlamento seçimlerine ilişkin ifade özgürlüğünü kısıtlamamalıdır. Bir diğer deyişle söz

konusu şartlar, evrensel oy hakkı aracılığıyla halkın iradesini tespit etmeyi amaçlayan seçim prosedürünün bütünlüğünü ve etkililiğini koruma kaygısını yansıtmalı ya da buna ters düşmemelidir (bk. *Ždanoka / Letonya* [BD], no. 58278/00, § 104, AİHS 2006-IV).

34. Mevcut davaya dönüldüğünde Mahkeme, başvuranın seçim kampanyasında Kürtçe şarkı kullanmasına ilişkin olarak makamlar tarafından bir netlik bulunmamasından dolayı serbest seçim hakkının ihlal edildiğinden şikayet ettiğini not etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvuranın Ardahan Merkez İlçe Seçim Kuruluna başvurarak yalnızca Kürtçe şarkı çalınmasının suç oluşturup oluşturmayacağına dair ulusal makamlar önünde bir soruşturma yapmış olduğunu gözlemlemektedir. Ayrıca başvuranın Kürtçe şarkı çalmanın veya söylemenin iç hukukta bir suç teşkil etmediği sonucuna varan Yargıtay kararına (yukarıda § 18) açıkça atıfta bulunduğu görülmektedir. Cevap olarak Merkez İlçe Seçim Kurulu söz konusu hususta yetkisinin bulunmadığı ancak bu hususun savcıların ve ceza mahkemelerin yetkisi altında olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme başvuranın bir avukat olarak Seçim Kurulunun kendi talebine onay vermeye yetkisinin bulunmadığını bilmesi gerektiği görüşündedir. Bu yüzden Mahkeme ve aynı zamanda yerel makamlar önündeki şikayetleri tamamen soyuttur. Söz konusu tarihte 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesi seçim kampanyalarının sadece Türkçe yapılabileceğini ve bu hükmün hiçbir istisna olmadan bütün siyasi partiler ve adaylar için geçerli olduğunu öngörse de Kürtçe şarkı çalmanın ceza gerektiren bir suç oluşturmadığı görülmektedir. Bu durum başvuranın tamamen farkında olduğu, yukarıda atıfta bulunulan, Yargıtay kararı ile desteklenmektedir. Her halükarda Mahkeme başvuran hakkında başlatılan bir ceza yargılamasının bulunmadığını not etmiştir (bk., *a contrario (karşıt durum)*, *Şükran Aydın ve Diğerleri / Türkiye*, no. 49197/06 ve 4 diğerleri, 22 Ocak 2013). Özellikle başvuran seçime bağımsız aday olarak katılabiştir ve seçim kampanyasında başvuranın siyasi ve sosyal

görüşlerini kamuya duyurmasının engellendiği yönünde bir iddia bulunmamaktadır.

35. Yukarıdaki görüşler ışığında Mahkeme başvuranın seçim haklarının etkililiğine ciddi zarar verecek düzeyde engellenmediği görüşündedir. Dava dosyasında Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin amaçları kapsamında bireylerin görüşlerini özgürce ifade edebilmesinin ya da başvuranın seçime katılma hakkının özünü zedeleyecek orantısız bir eylem görülmemektedir.

36. Dolayısıyla, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

37. Mahkeme 298 Sayılı Kanun'un 58. Maddesinin 2014 yılında değiştiğini ve buna göre artık siyasi partiler ve adaylar tarafından yapılacak her türlü propagandanın, Türkçe'nin yanı sıra farklı dil ve lehçelerde de yapılabildiğini not etmiştir (bk. yukarıda § 17).

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle başvuranın seçim kampanyasında Kürtçe şarkı çalamadığı iddiasına ilişkin Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamındaki şikayetin kabul edilebilir olduğuna ve başvurunun kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;
2. İkiye karşı beş oyla, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğine *karar vermiştir.*

AHMET YAVUZ YILMAZ / TÜRKiYE KARARI

İşbu karar İngilizce dilinde tanzim edilmiş olup; Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca 10 Kasım 2020 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjølbro
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, işbu karara, Hakim E. Kūris ve Hakim D. Pavli'nin muhalif görüşü eklenmiştir.

J.F.K.

S.H.N.

HÂKİM PAVLİ TARAFINDAN DESTEKLENEN HÂKİM KÜRİS'İN MUHALİF GÖRÜŞÜ

1. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi açık bir şekilde ihlal edilmiştir. Dava konusu olaylara ve bunların söz konusu kararda nasıl ele aldığına bir göz atalım. Yeterli düzeyde yani daha eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmelerini dilerdim.

2. 2007 parlamento seçimlerinden yaklaşık üç hafta önce Yılmaz bağımsız bir aday olarak Ardahan Merkez İlçe Seçim Kuruluna Kürtçe şarkı çalmanın (Türkçe ile birlikte) Türk Kanununa ilişkin bir ihlal oluşturup oluşturmadığını sormuştur. İlgili makamların iki kararına atıfta bulunmuştur. İlki, Türkçe dışında bir dilde şarkı çalmanın iç hukuk kapsamında bir suç oluşturmayacağını belirten 27 Nisan 2005 tarihli Yargıtay Kararıdır. İkincisi de seçim kampanyalarında Türkçeden başka bir dil kullanılamayacağı sonucuna varan 8 Mayıs 2007 tarihli Yüksek Seçim Kurulu kararıdır. Söz konusu yasak 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesinden kopyalanmıştır.

İlçe Seçim Kurulu talebin esasına yönelik olarak bir cevap sunmamıştır. Bunun yerine söz konusu mesele üzerinde yetkisinin bulunmadığına ve bunun sadece ceza yargılamaları esnasında ceza mahkemeleri tarafından tespit edilebileceğine karar vermiştir.

Başvuran tekrar şansını deneyerek İlçe Seçim Kurulu kararına itiraz etmek için Ardahan İl Seçim Kuruluna başvurmuştur. İl Seçim Kurulu itirazı reddederek İlçe Seçim Kurulunun gerekçesini onamıştır. İl Seçim Kurulu da başvurunu ceza mahkemelerine yönlendirmiştir.

Yılmaz'ın son çabası da meyve vermemiştir. Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurulunun kararını onamıştır. Kendi kararı seçim arifesinde alınmıştır. Dolayısıyla, Yüksek Seçim Kurulu Kürtçe şarkı çalmanın yakın zamanda yinelenen mutlakiyetçi kuralına bir istisna oluşturduğunu ve iç hukuka aykırı

olmadığını açıklamış olsaydı bile, Yılmaz bundan faydalanamazdı. Tarihler önemlidir - ya da öyle olmalıdır.

3. Son kararın yokluğunda Yılmaz risk almamıştır. Kim alır? Başvuran basitçe Kürtçe şarkı çalmamıştır ve bir ceza mahkemesine başvuru yapılmamıştır. Kürtçe şarkı çalmanın başvuranın seçim kampanyasına yardımının dokunup dokunmayacağı bir muammadır. Sonuç olarak başvuran atılan oyların %10'unu toplamıştır. Bu yüzden herhangi bir şarkının ona seçimi kazanmasında yardımcı olamayacağını tahmin ediyorum. Ancak bu üçüncü dereceden öneme (*third-rate significance*) sahip bir konudur. Başvuranın Kürtçe şarkı çalma isteğinden vazgeçmesi için diğer sebeplerinin (ne olursa olsun) olabileceğini kabul edebilirim ancak onun da bu davayla alakası olmayacaktır. Burada öncelikli önem arz eden husus, gördüğümüz üzere, 2007 tarihindeki şekliyle ulusal seçim hukukunun açıklığa ihtiyaç duymasındır ve başvuran da seçim işlerinden sorumlu makamdan söz konusu talebe ilişkin açıklık beklemiştir. Bu hukuka aykırı değildi, doğru mu?

4. Söz konusu mevzuatın yeterince açık olmadığı neden makul olarak ileri sürülebilir? 27 Nisan 2005 tarihli Yargıtay kararı, Kürtçe şarkı çalabilecek kimselere dostça bir yaklaşım göstermiştir. Başvuran, Kürtçe şarkı çalıp çalamayacağını belirlenmesini isteyerek, aslında yetkililere gereksiz bir yük bindirmiş olabilir mi? Eğer öyleyse, talebini usulüne uygun olarak reddeden yetkililere başvuru hakkını tuhaf bir biçimde istismar ettiği söylenebilir. Ancak hayır.

Nasıl bir yaklaşım benimsediğine göre değişmektedir. Kanunların öngördükleri mahkeme kararları ile gerçeğe dönüşmektedir: bu yüzden kanunun ne olduğunu belirleyen mahkemelerdir. 298 Sayılı Kanun'un 58. maddesini yorumlayan 27 Nisan 2005 tarihli Yargıtay kararının seçim kampanyasında Türkçe dışında başka bir dil kullanılmamasına ilişkin yasağın mutlakiyetçi yaklaşımını belirli bir düzeyde yumuşattığı ve yasağın tamamen kapsayıcı olmadığı şeklinde bir değerlendirme yaptığı anlaşılabilir. Öte yandan, yasal bir hükmün hazırlandığı koşullar kadar tarihler de önemlidir.

Bu noktada başvuranın ilk talebinde atıfta bulunduğu (27 Nisan 2005 tarihli Yargıtay Kararı ve 28 Mayıs 2007 tarihli Yüksek Seçim Kurulu kararı) iki karar arasındaki ilişkiye bakılmalıdır.

5. Yabancı okurların gözünde (ancak sadece bu okurlara özgü değil) bu bağlantı anında görülmemektedir, özellikle de şu nedenlerle: (i) Yargıtay'ın kararı, ceza mahkemeleri tarafından incelenen davanın somut koşullarında benimsenmiştir ve bir seçim kampanyası sırasında Türkçe dışındaki dillerde bir şarkının çalınma durumunun bulunduğu her zaman zorunlu olarak emsal değeri taşımayabilir, ve (ii) Yüksek Seçim Kurulunun 2007 seçimlerinden hemen önce aldığı ve seçimlere katılanlara rehberlik etmesi amaçlanan kararı, ilkinden iki yıl sonra alınmıştır.

İkinci -ve daha sonraki- karar, yeni olmayan, uzun zamandır 298 sayılı Kanun'un 58. maddesinde belirtilenin bir kopyası olan bir yasağı yalnızca yinelemiştir. Bu iki hükmün hiçbiri, "dil" (Türkçe dışında) teriminin dünyanın tüm dillerini kapsayıp kapsamadığına dair -Türkiye'de kullanılanlar ve kullanılmayanlar, günümüzde kullanılanlar ve ölü olanlar- veya seçime katılanların, mitinglerde insanlara verdikleri selamlar veya yabancı metinlerden alıntılar veya Oscar ödülü verir gibi "ve kazanan!" ("*and the winner is!*") şeklinde seslenişleri (İngilizce olarak, yani doğal olarak Türkçe dışında bir dil) veya üzerinde Türkçe olmayan bir yazının olduğu bir şapka, denizci ceketi veya bir tişört giymeleri ve hatta yabancı bir şarkının sözlerinin mırıldanmaları gibi durumlar dahil olmak üzere "kullanım" kelimesinin, seçime katılan kişilerin Türkçe olmayan dilleri kullanmalarına ilişkin akla gelebilecek tüm biçimlerini kapsayıp kapsamadığına dair herhangi ayrı bir kriter sunmamıştır. Kazuistik bir yana, Yargıtay'ın kararı 298 sayılı Kanun'un 58. maddesinin başlangıçtaki aşırılığının bir kısmını gerçekten ortadan kaldırmış olsaydı, Yüksek Seçim Kurulu 8 Mayıs 2007 tarihli kararında en azından bunu ima etmekte hiçbir sorun yaşamazdı. Böylesi bir imada bulunmaması nedeniyle, herhangi bir seçim kurulu, yukarıdan aşağıya veya aşağıdan yukarıya, bu açıklamaya ihtiyacı olan

herkese -hatta *urbi et orbi* (örneğin televizyonda)- bu ortadan kaldırılmayı açıklama yetkisine ve yetisine sahip olmalıdır. Bu durum yalnızca talep edenlerin değil halkın da yararına olurdu. Bir demokraside, seçim makamları halkın genel yararına göre hareket etmek zorundadır, değil mi? Buna iyi yönetim denir.

İyi yönetim açısından, 8 Mayıs 2007 tarihli Yüksek Seçim Kurulu kararında olmasa dahi Yargıtay'ın 27 Nisan 2005 tarihli kararı ile yukarıda anılan 298 sayılı Kanun'un 58. maddesindeki genel yasağın, mutlakiyetçi ifade edilmiş şekline rağmen, mutlaklığının azaltıldığına dair bir atıfta (kısa dahi olsa da) bulunmuş olması uygun olurdu – veya en azından seçim makamları tarafından bu husus hakkında bilgilendirildikten veya hatta kendiliğinden ("*proprio motu*") haberdar olduktan sonraki açıklamalarında. İyi yönetim, özünde Avrupa hukukunun temelinde yatan ilke olan ve Sözleşme'de yer alan hukukun üstünlüğü ile ilişkilidir. Kamu yararı ile ilgili bir konunun söz konusu olduğu durumlarda, kamu makamlarının zamanında, uygun bir şekilde ve azami tutarlılıkla hareket etmekle sorumludur (bk. örneğin *Megadat.com S.r.l./Moldova*, no. 21151/04, § 72, 8 Nisan 2008 ve *Moskal/Polonya*, no. 10373/05, § 51, 15 Eylül 2009). Ayrıca, faaliyetlerinin şeffaflığını ve açıklığını artıran ve hata riskini en aza indiren dahili prosedürleri yürürlüğe koymak da bu makamların görevidir (bk. örneğin, *Rysovskyy/Ukrayna*, no. 29979/04, § 70, 20 Ekim 2011, bu kararda yer alan diğer atıflarla birlikte).

Bu bilgiler ışığında, Yüksek Seçim Kurulu, Yargıtay'ın 298 sayılı Kanun'un 58. maddesinde yer alan ihtilaf konusu genel yasağı kısmen kısıtlayıcı bir şekilde yorumlamasının iki yıl ardından bu yasağı aynen tekrar etmiştir. Bu hukuki gelişmeye rağmen, Türkçe dışında bir dilde şarkı çalmak isteyen seçim kampanyası katılımcıları için olduğu gibi ürkütücü bir şekilde yasak ilk haliyle tekrar edilmiştir. Başvuranın, seçim yetkililerinden yasanın *o zamanki halinin* açıklığa kavuşturulmasını istemesine şaşılmalıdır.

6. Yüksek Seçim Kurulunun 8 Mayıs 2007 tarihli kararı verirken Yargıtay'ın 27 Nisan 2005 tarihli kararına aşına olmaması olası değildir. Bu nedenle böyle bir şüphe reddedilmelidir; aksi takdirde, Yüksek Seçim Kurulunun Yılmaz davasında verdiği 21 Temmuz 2007 tarihli kararın, kararı veren organın konu hakkında karar verme yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle (herhangi bir başka gerekçe yoksa) hukuka aykırı olduğu kabul edilebilir.

Ancak Yüksek Seçim Kurulu, Yargıtay'ın kararını (her ne sebeple olursa olsun) isteyerek göz ardı edebilir mi? Bu varsayımı doğrulamak için, istisnai olarak ciddi nedenlerin ileri sürülmesi gerekir, ancak ben hiçbir şey göremiyorum. Yüksek Seçim Kurulunun, yasayı baltalama değil, takip etme niyetiyle yönlendirildiği varsayımıyla devam ediyorum (bu yasa her neyse ve kurul bu yasayı her nasıl anladıysa).

Öyleyse neden Yüksek Seçim Kurulu, 8 Mayıs 2007 tarihli kararında, 298 sayılı Kanun'un 58. maddesinde yer alan genel yasağın, Devletin en yüksek mahkemesinin içtihadına göre bu yasağın bazı durumlarda uygulanamayacağını ima dahi etmeden, yalnızca tekrarlamıştır?

Bilmiyoruz.

Bunun nedeni, bu kararın yalnızca belirli özel, istisnai veya hatta bir defaya mahsus durumlarda uygulanabilir olması ve dolayısıyla söz konusu genel yasağı neredeyse aynı şekilde ve halen her şeyi kapsayıcı şekilde bırakması mıydı?

Belki evet, belki hayır. Tekrar ediyorum, kesin olarak bilmiyoruz.

Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde ihlal bulunmaması kararını destekleyen temel bir etken olan bu Yargıtay kararı hakkında Mahkemeye çok az bilgi sunulmuştur.

7. Ancak, Yüksek Seçim Kurulunun, ihtilaf konusu genel yasağa iki yıl önceki göstermelik hukuksal istisna konusundaki sessizliğinin nedenlerinin ne olabileceğine dair bir hipotez daha inceleyelim. Çok iddialı olmak istememekle birlikte, yine de böyle bir hipotezin Daire tarafından, özellikle

Mahkemenin yedi yıldan eski en ilgili kararında tarafından ısrarla önerildiği gerçeği -ki bu duruma somut davadakinden çok daha fazla önem verilmesi gerekirdi- göz önüne alındığında, bir miktar araştırılması gerektiğini düşünüyorum. Yani, 27 Nisan 2005 ile 8 Mayıs 2007 arasında, “yasadaki açıklık” hakkında herhangi bir imada bulunmayı engelleyen *hukuksal öneme sahip bir olay* meydana geldi. Mahkeme tarafından *Şükran Aydın ve Diğerleri/Türkiye* davasında bu “olay” *çoktan ele alınmıştı* (no. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 ve 14871/09, 22 Ocak 2013). Bu davanın mevcut davayla pek çok ortak noktası vardır, ancak mevcut kararda 34. paragrafta olmak üzere yalnızca bir kez bahsedilmiş ve üstelik burada da yol gösterici görünmeyen bir açıdan ele alınmıştır.

Şükran Aydın ve Diğerleri davasında beş başvuran, bir seçim kampanyası sırasında Kürtçe konuştukları için hüküm giymiştir. Kürtçe hem başvuranların hem de hitap ettikleri kitlenin ana diliydi. Sözleşme’nin 6, 9, 10, 11 ve 14. maddeleri ve Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi uyarınca şikâyette bulunmuşlardır (son madde hususunda üçü şikâyetçi olmuştur). Mahkeme, başvuranların şikâyetlerini hepsi tarafından ileri sürülen tek madde olan 10. madde kapsamında incelemiş ve bu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir; ancak tüm başvuranlar tarafından ileri sürülmemiş olan 10. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamındaki şikâyetler hususunda karar verilmesinin gerekli olmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme, 298 sayılı Kanun’un 58. maddesinde yer alan ve bu hükmün ihlali için cezai yaptırımlar öngören genel yasağın, yerel mahkemeleri uygun adli inceleme yapma yetkisinden mahrum bıraktığına, acil bir sosyal ihtiyacı karşılamadığına, (Hükümet tarafından ileri sürülen) “düzensizliğin önlenmesi” meşru amacı ile orantılı olmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, dikkat çekici bir şekilde, yukarıda belirtilen amacın meşru olup olmadığına dair incelemeyi atlamıştır.

Burada incelenen hipotezle ilgili olan şey, *Şükran Aydın ve Diğerleri* davasında başvuranların, Yargıtay tarafından 298 sayılı Kanun’un 58.

maddesinin görünüşte kısıtlayıcı bir şekilde yorumlandığı tarih olan 27 Nisan 2005'ten hem önce hem *sonra* farklı zamanlarda mahkûm edilmiş olmalarıdır. Ek olarak, o tarihten *sonra* bazı mahkumiyetler aynı mahkeme tarafından onanmıştır.

Yargıtay'ın 27 Nisan 2005 tarihli kararının, bir seçim kampanyası sırasında Kürtçe kullanımının bazı biçimlerinin suç olmaktan çıkarılması anlamına geldiği varsayımının (dolayısıyla Sayın Yılmaz'ın Kürtçe bir şarkı çalması durumunda korkacak hiçbir şeyi olmazdı) *kalıcı olmadığı* sonucu çıkmaktadır. *Şükran Aydın ve Diğerleri* davasındaki başvuruların (ve belki başka kişilerin) seçim kampanyalarında Kürtçe kullandıkları için *mahkûm edilmiş* olmaları göz önüne alındığında, bu varsayım *çürütülebilir*.

Doğru, Kürtçe şarkı çalmaktan değil, konuşmalarında Kürtçe kullanmaktan hüküm giymişlerdi, ancak bununla birlikte Yüksek Seçim Kurulu tarafından yinelenen söz konusu yasal yasağın *gerçek* kapsamı, yeterince açık değildi. Genel olarak, şarkı söylemek (veya çalmak) ile konuşmak (kaydedilmiş bir konuşmayı yayınlamak) arasındaki çizgi, bazı ifade biçimleri açısından çok ince bir çizgidir (rap şarkı mı yoksa konuşma mı?). Dahası, başka bir dilde bir şarkıyı çalmakla o dilde konuşmak arasında kesin bir ayırım yoktur. *Şükran Aydın ve Diğerleri* davasındaki başvuranlardan biri Türkçe konuştuğunu ancak dinleyicilerden bazılarını Kürtçe selamlamış olabileceğini ileri sürmüş ve hüküm giymiştir. Yargıtay'ın 27 Nisan 2005 tarihli kararına göre birinin Kürtçe şarkı çalmasına izin verilseydi, bu şarkıyı Kürtçe de duyurabilir miydi? Kürtçe bir şarkının Kürtçe olarak duyurulması normal olmaz mıydı? Peki 2007'de Türk hukukuna göre bu normal miydi? Yoksa böyle bir duyuru kovuşturulur muydu – cezai veya başka bir şekilde?

Yine, söz konusu genel yasağın mutlakıyetçi yapısının Yargıtay tarafından görünüşte dizginlenmesi, mevcut kararın 34. paragrafında gereksiz bir önem verilerek tasvir edildiği *kadar radikal değildi*. Bu, Yüksek Seçim Kurulunun

neden iki yıl sonra yasağın yasal formülünü yalnızca tekrarladığına dair bir açıklama sunabilir.

Bu yasak artık yürürlükte değil. *Şükran Aydın ve Diğerleri* bu gelişmeye katkı sağlamıştır. Yasak 2014 yılında kaldırılmıştır (bk. 17. paragraf). Ama ondan önce dahi, 2010 yılında, 298 sayılı Kanun'un 58. maddesinin bednam kısmı, "seçim kampanyaları sırasında siyasi partiler ve adayların öncelikle Türkçe kullanması" şartıyla değiştirilmiştir (bk. *Şükran Aydın ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 51).

8. Ancak günümüz günümüzdür, o zaman o zamandı. 2007 yılında, seçimde aday olan birinin seçim yasalarının yeterince açık olmayan bir şekilde açıklığa kavuşturulmasını istemesi sadece bir sonuçtu. Yılmaz tam da bunu yaptı: *Seçim kurulundan/kurullarından, en yüksek kurumun kararlarının ne anlama geldiğini açıklamasını istedi*, ne eksik ne fazla. Hukuk teorisinde buna *otantik yorum* denir. Yanlış kuruma mı başvurdu?

Kararın "İlgili yasal çerçeve ve uygulama" bölümü seçim kurullarının yetkilerine değinmemektedir. Keşke değinseydi. Bu eksiklik ancak Türk seçim kurullarının seçim yasası bilgisine (ilgili yargı uygulamaları dahil olmak üzere) ve ihtiyaç sahiplerine uygun şekilde tavsiyelerde bulunma hususunda yetkinliğe sahip olması koşuluyla meşru olabilir. Aksi takdirde, neden varlar? Seçim kurulları bağlayıcı kararlar alma hakkına sahipse, kanun ihlal edilmeden *önce* bu kararların anlamını açıklama yetkisine ve yeteneğine de sahip olmaları gerekir. Bu şekilde suçların işlenmesini önlemek için başka hangi organ daha iyi bir konumda olabilir?

9. Davanın olguları, görünüşte retorik olan bu soruya ihtimali düşük bir cevap sunuyor: seçim makamlarının *kararları kendileri tarafından değil, ceza mahkemeleri tarafından* açıklığa kavuşturulacaktı.

Tüm Devletlerdeki ceza mahkemeleri, seçimler sırasında işlenen suçlarla ilgili olanlar da dahil olmak üzere, gerçekten de çeşitli konuları açıklığa kavuşturmaktadır. Önemsiz ufak bir husus, bunu önceyi kapsayacak şekilde ("*ex post facto*") yapmalarıdır. Türk ceza mahkemeleri de Sayın Yılmaz'ın

merakını, konudan haberdar olmuş olmaları koşuluyla giderebilirdi, bu da Yılmaz'a karşı ceza yargılamalarının başlatılması ile mümkündü. Bu nedenle, seçim mevzuatının açıklığa kavuşturulması için, Sayın Yılmaz'ın cezai bir suç teşkil edebilecek ve mahkûm edilmesine (veya başka bir tür mesuliyetle sonuçlanan başka bir suç) yol açabilecek bir eylemde bulunması gerekiyordu. Ancak, yerel seçim yasının açıklığı ve kesinliğinin aleyhine olsa da yasal olduğundan emin olmadığı bir eylemden kaçınmıştır. Ne kadar cimri!

Bedava öğle yemeği diye bir şey yoktur, her türlü öğrenimin bir ücreti vardır. Görünüşe göre merakı gidermenin bedeli, cehalet içinde kalmanın o kadar da kötü olmadığı sonucuna ulaşmak için olabilir.

Yılmaz'ın davasındaki Türk seçim kurullarının tutumu, bu kurulların (ana işlevlerine ek olarak) kendine özgü ("*sui generis*") "danışma organları" olarak görüldükleri anlamına geliyordu – en azından bazı seçimle ilgili anlaşmazlıklarda. Bu yenilikçi fikir, Ig Nobel Ödülü veya başka bir parodi ödül için yapılan yarışmalarda güçlü bir şekilde gösteriş yapabilir, zira "yargı danışma organı" tarafından kabul edilecek "tavsiye" talebinin amaçları için "tüketilecek etkili hukuk yolu" bir suçun işlenmesidir. Soru soran kişi de bu suç nedeniyle -geriye dönük ("*ex post*") "tavsiye" hükmünün bir yan etkisi olarak- mahkûm edilebilir.

Bu fikir üzücü olmasa eğlenceli olurdu.

Türk seçim kurulları (aşağıdan yukarıya), başvuranın durumunda işlerin bu şekilde meydana gelmesini gerektiğini gördü. Kürtçe şarkı çalmaya izin verilip verilmediğinden emin olmak istiyorsa, böyle bir şarkı çalmalı ve mahkûmiyet veya beraat için beklemesi gerekiyordu. *Seçim kurulları, olası suçu önlemek yerine, başvuranın bir suç olabilecek (hatta cezai olabilecek) bir eylemi gerçekleştirmesini önermiştir.* Hiçbir eylemde bulunulmaması, yasanın ne ifade ettiğine ilişkin hiçbir açıklama olmaması anlamına gelmiştir. Yılmaz'ın davasında uygulanan mevzuat, *Şükran Aydın ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davasında işbu Mahkeme tarafından çoktan eleştirilmişti.

Şimdi apaçık olan, diğer hatasıdır – bir yorum edinmenin imkansızlığı. Daire bu açıdan fikrini değiştirmede.

Bu, iyi yönetim fikrini, özellikle de kamu yetkililerinin, faaliyetlerinin şeffaflığını ve açıklığını artıran ve hata riskini en aza indiren iç prosedürleri uygulamaya koyması gerekliliğini hatırlatmaktadır (bk. yukarıda 5. paragraf). Bu kararla bunun unutulması söyleniyor.

10. Bu davada Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğinin tespit edilmesi, “iyi yönetimi” sadece boş laflar haline getirmekte, genel olarak suçların önlenmesine ve özelde ceza mahkemelerinin işlevlerine yönelik tuhaf yaklaşıma dayanak olmakta ve Mahkemenin kendisi tarafından uzun zaman önce kınanan ayrımcı, demokratik olmayan uygulamaları örtbas etmektedir. Söz konusu ihlalin tespit edilmemesi ancak bu yüksek bedelle desteklenebilir. Bana göre Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi *ihlal edilmiştir*. Daire bu davayı *Şükran Aydın ve Diğerleri* (yukarıda anılan) ile aynı açıdan incelemiş olsaydı, 10. maddenin de ihlal edildiği tespit edilebilirdi.

11. Bu desteğin doktrinsel temeli, Mahkemenin, *Mugemango/Belçika* ([BD], no. 310/15, 10 Temmuz 2020) davasında özetlendiği üzere, Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde belirlenen ilkeleri hatırlattığı 31-33. paragraflarda belirtilmiştir. Diğerlerinin yanı sıra, Mahkemenin, ikincil rolüyle sınırlı olarak, özellikle seçim anlaşmazlıkları bağlamında, iç hukuku yorumlamada veya olayları değerlendirmede ulusal makamların yerini almaması gerektiği de belirtilmiştir. Söz konusu ilkelerin davanın gerçeklerine uygulanmasını ele alan 34-36. paragraflar, *Mugemango* ya da bu kararda atıfta bulunulan başka bir davaya atıfta bulunmamaktadır (anılan tek dava, yukarıda anılan *Şükran Aydın ve Diğerleri* davasıdır).

Mugemango çok iyi bir karardır. Ancak, seçimlerle ilgili olmasına rağmen, mevcut davada incelenenden çok farklı bir konuyla ilgiliydi. Açıkça söylemek gerekirse, oy pusulalarının yeniden sayılmasıyla, yani Mahkemenin müdahalesi eşiğinin gerçekten çok yüksek olduğu bir *seçim usulündeki nizam(sızlık)* ile ilgiliydi.

Mevcut davanın, oy pusulalarının sayılması bir yana, *seçim usulüyle hiçbir ilgisi yoktur. Özgürce kampanya yapabilme* ile ilgilidir. Kampanya yapma üzerindeki kısıtlamaların ölçülmesi zordur ve mümkün olsa dahi kolayca seçim etkisine dönüştürülemez (değerlendirmeleri için, seçimin sonucu, ilgiliyse bile çok az ilgilidir; yukarıda 3. paragrafla karşılaştırın). Mahkemenin kampanya yürütmeye getirilen kısıtlamalarla ilgili bir davada doğal olarak izlenecek içtihat *Mugemango* (değerleri ne olursa olsun) değil, *Şükran Aydın ve Diğerleri* de dahil olmak üzere *10. madde içtihadıdır*. Bu bağlamda Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ile 10. maddesi birleşmiştir. Bu arada, Daire *Şükran Aydın ve Diğerleri* davasını takip etseydi, ikincil rolünün seçim sürecindeki *nizam veya nizamsızlıklarla* ilgili davalardan kaçınmasını buyuran bir hususla meşgul olmaz; *söz konusu iç hukukun ve benzer olayların Şükran Aydın ve Diğerleri davasında hâlihazırda değerlendirilmiş olması* nedeniyle hem çoktan ele alınmış hem de 10. madde açısından karara bağlanmış hususlarla ilgilenmiş olurdu.

Kendi içtihadına uymaması samimiyetten uzaktır ve Mahkemeyi bir *tutarsızlık* suçlamasına karşı savunmasız bırakır.

12. Tutarsızlık konusunda, mevcut karar, Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde ihlal olmadığı tespitini doğrudan destekleyen muhakemede bu niteliği daha fazla sergilemektedir. Mahkemenin önceki görüşlerinin tersi yönde olduğu gibi, bu mantık tek bir paragrafta, dikkat çekici yarım sayfalık 34. paragrafta yer almaktadır. Birkaç satırda özetlenebilir.

İhtilaf konusu yasak “istisnasız tüm siyasi parti ve adaylara uygulanıyor” şeklinde yorumlanıyor. Sayın Yılmaz'ın, hem “Seçim Kurulunun tamamen soyut olan talebini onaylama yetkisi olmadığını” hem de “Kürtçe bir şarkı çalmanın Yargıtay'ın [27 Nisan 2005 tarihli] kararı uyarınca cezai bir suç teşkil etmediğini” bilmesi gereken bir avukat olmasına önem verilmektedir. Ayrıca, “[Yargıtay'ın 27 Nisan 2005 kararında] Kürtçe bir şarkı çalmanın cezai bir suç teşkil etmediği görülmektedir”; “her halükarda... başvurana karşı herhangi bir ceza yargılaması başlatılmamıştır” (burada yukarıda anılan

Şükran Aydın ve Diğerleri ile karşıt yönde (“*a contrario*”) bir karşılaştırma getirilmiştir). Ve başvuranın “seçimlere katılabildiği ... ve seçim kampanyası sırasında siyasi ve sosyal görüşlerini kamuoyuna iletmesinin engellendiğine dair herhangi bir iddia bulunmadığı” sonucuna varılmıştır.

Hepsi bu. Gerçeği söylemek gerekirse, bu olgusal ve yasal olarak yanıltıcı argümanlar, cevapladıklarından daha fazla soruya yol açmakta. Sorular tek tek aşağıdaki gibidir.

13. İhtilaf konusu yasağın herkes için (özellikle Kürtlerle eşit olarak Türkler) eşit şekilde geçerli olduğu gerekçesiyle *haklı gösterme* teşebbüsü tutarlı değildir. 2013 yılında Mahkeme, bu hükmü ezip geçmiştir. Türk Devleti kendi başına bundan yıllar önce kurtuldu. Neden biri bu utanç verici yasağı canlandırmak istesin ki?

14. Çoğunluğun açıkça hatalı değerlendirmesinin aksine, *başvuranın talebi “tamamen soyut”,* yani sırf meraktan doğan bir halk davası (“*actio popularis*”) *değildi.* Elma ile armudu kıyaslamayalım: Mevzuatın soyut bir yorumu, yorum *talebini* soyut hale getirmez. Söz konusu talep, *bağlamı* dikkate alınarak ve talep edilen yorumun talep edenin açabilme ihtimali olan *diğer davalar için çözüm* sağlayıp sağlayamayacağı dikkate alınarak *kendi esaslarına göre* değerlendirilmelidir. Sayın Yılmaz’ın talebinin bağlamı olabildiğince somuttu. Seçimde aday oldu. Kampanya yaptı. İki dilin kullanıldığı bir şarkı çalmayı planlıyordu. Şarkıyı nerede ve ne zaman çalacağını bildiğini ve hatta bunun için ekipman hazırladığını tahmin ediyorum (kampanya aracı talebinde açıkça belirtilmiştir). Ve seçim otoritelerinden bir cevap alamayınca o şarkıyı çalmaktan kaçındı. Burada “tamamen soyut” olan nedir?

15. Kararın aksine, başvuran, İlçe Seçim Kurulundan (ve ardından üst seçim kurullarından) herhangi bir talebin “onayını” *istememiştir.* Başvuranın talep ettiği, *yetkililerin Kürtçe bir şarkı çalmasını “onaylamaları” değil,* Kürtçe şarkı çalmaya yönelik *olası yaptırımlara ilişkin,* uygulanabileceği kişiler için yeterince açık olmayan *seçim mevzuatının bir yorumunu*

sunmalarıydı. Mahkemenin dilinde, bu tür yasalar *öngörülemez* olarak adlandırılır ve çoğu zaman ilgili maddenin ihlal edildiğine karar verilir.

16. Yılmaz, yetkililere Kürtçe şarkı çalmanın *cezai* bir suç teşkil edip etmediğini sormamıştır. “Kampanya aracından hem Türkçe hem de Kürtçe bir şarkı çalmanın ... *iç hukuka aykırı* olup olmayacağına karar vermelerini” talep etmiştir (6. paragraf; vurgu eklendi). “Olgular” bölümünde doğru bir şekilde belirtilen bu gerçek, diğerlerinin yanı sıra, Yargıtay’ın 27 Nisan 2005 tarihli kararı nedeniyle iç hukukun başvurana yönelik cezai kovuşturma hususunda hiçbir risk taşımadığının altı çizilerek 34. paragrafta çarpıtılmıştır. Bu bir ikamedir: Kürtçe şarkı çalmak ceza hukukuna aykırı olmayabilir, ancak *yine de yasaya aykırı ve başka bir tür mesuliyet gerektiriyor olabilir.* Neyse ki hukuk sadece ceza hukuku değildir.

17. *Başvuranın avukat olduğu gerçeğine herhangi bir önem verilebilir mi?* Kesinlikle bir hukuk diploması vardı, ancak Mahkeme, avukatlık alanı hakkında ne biliyor veya hatta, avukatlık yapıp yapmadığını biliyor mu? Avukat olarak seçim hukuku dahil olmak üzere hukukun her alanında bilgili olmak mümkün mü? Hukuk diplomasına sahip olan kişinin tüm yasaları “bilmesi” gerektiğini iddia etmek, bir kişinin sporcu olması halinde atletizm, ağırlık kaldırma, yüzme, at yarışı, futbol, aerobik vb. alanlarda yetenekli olması gerektiğini düşünmek anlamına gelir. Benzer şekilde, başvuran bir aile hukuku avukatı, bir sigorta hukuku avukatı veya bir gayrimenkul hukuku avukatı veya bir vergi hukuku avukatı veya uluslararası hukuk avukatı vb. olabilir, hukuk sosyolojisi veya karşılaştırmalı hukuk tarihi alanında uzman olabilir -aklınıza ne gelirse- ama Mahkeme bunun hakkında hiçbir şey bilmiyor. Neden bilmeli? Avukatlar ne zamandan beri yetkililere talepte bulunma hakkından mahrum bırakılıyor?

18. Başvuran, Yargıtay’ın 27 Nisan 2005 tarihli kararından “tam olarak haberdar” olmanın yanı sıra, *söz konusu en yüksek yargı mahkemesinin müteakip uygulaması* ve özellikle benzer durumlarda mahkûm edilen kişiler hakkında da bilgi sahibi olmuş olabilir. Bu durum da bu mahkemenin söz

konusu kararda alından *farklı* bir tutuma sahip olduğuna işaret etmiştir. Bu mahkumiyetler Mahkeme tarafından *Şükran Aydın ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davasında incelenmiş ve 10. maddeye aykırı olduğu tespit edilmiştir. *Bu uygulamayı görmezden gelmeyi* seçen Dairedir. Bu tür başka bir hukuki uygulama olmasaydı, yetkililerden yasayı açıklığa kavuşturmalarına yönelik talepler azalır hiç olmazdı. Bu sadece başvuranın talebinin önemsiz olmadığını gösterir.

19. Çoğunluk, seçim kurulunun/kurullarının başvuranın “talebine onay verme” yetkisi olmadığını bilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Yukarıda 8. paragrafta bahsedildiği üzere, karar seçim kurullarının yetkilerini hiçbir şekilde ele almamaktadır. Talep üzerine bir yönlendirme sağlama yetkisinin (“bir talebi onaylama” değil) olmadığı varsayımının yasal dayanağı Mahkemeye *gösterilmemiştir*. Daire, seçim kurullarının yetkilerine ilişkin mevzuatı *incelememişse*, başvuranın talebinin reddedilmesinin *keyfi* olmadığını nereden biliyor?

20. Başvuran aleyhine herhangi bir ceza yargılaması başlatılmadığı haklı olarak belirtilmiştir. Ama ne olmuş yani? Başvuran işi şansa bırakmadığı ve Kürtçe şarkıyı çalmadığı için başlatılmamıştır. Mahkemenin, bir kişinin suç olabilecek bir eylemden değil, *işlemediği* bir eylemden dolayı cezai kovuşturmayaya maruz kalmamış olmasının bir *kazanç* olduğunu rasyonelleştirdiğini görmek şaşırtıcı ve üzücüdür.

21. Son olarak, çoğunluk, başvuranın seçim kampanyası sırasında siyasi ve sosyal görüşlerini kamuoyuna aktarmasının engellenmediğinden tatmin. Tatmin olunacak çok bir şey yok. Bir kampanyacı, *yalnızca* “siyasi ve sosyal görüşlerini halka iletmek” değil, bunu belirli bir şekilde, yani *özgürce* yapmak istiyor. Bu bağlamda, Sayın Yılmaz’ın *meşru olarak yapmaya çalıştığı şeyi yapması yerel makamlar tarafından etkin bir şekilde engellenmiştir*. Seçilen araçların etkililiğinin değerlendirilmesinde hata yapmış olabilir. Fakat özgürlük bir şey ifade ediyorsa, bu herhangi bir otoritenin işi değildir. Bu Mahkemenin bile.

AHMET YAVUZ YILMAZ / TÜRKiYE KARARI