

PAPER DETAILS

TITLE: AIHM KARARLARI ISIGINDA NEFRET, SIDDET VE MÜSTEHCEN İÇERIKLI SÖYLEMLER
BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

AUTHORS: Cengiz GÜL, Seher ÇAKAN

PAGES: 365-410

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/475488>

AİHM KARARLARI IŞIĞINDA NEFRET, ŞİDDET VE MÜSTEHCEN İÇERİKLİ SÖYLEMLER BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

*Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Arş. Gör. Seher ÇAKAN***

ÖZET

İfade özgürlüğünün, temel insan hakları içinde büyük önem taşıyan haklardan olduğu yaygın biçimde kabul edilmektedir. Diğer insan hakları gibi, ifade özgürlüğü de insan toplumunun bir üyesi olarak bireyin onur değerinden kaynaklanan ve onunla içiçe geçmiş bir mahiyet göstermektedir. Ayrıca ifade özgürlüğü, insan onurunun adeta bir temeli olup, diğer hak ve özgürlüklerin korunup güvence altına alınması için de adeta bir anahtar fonksiyonu görmektedir. Öyle olmakla birlikte, ifade özgürlüğünün de mutlak bir hak olmadığı ve her çağdaş demokrasinin, bu özgürlük hakkında bir takım sınırlama sistemleri geliştirmiş olduğu da küresel düzeyde genel kabul görmektedir. İfade özgürlüğü kadar, bu özgürlüğün sınırları da, bir toplumun demokratik nitelikte olup olmadığını belirleyen en büyük faktörlerden birisidir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

** Aksaray Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD.

Makale Geliş Tarihi: 21.11.2017

Makale Kabul Tarihi: 14.02.2018

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, inanç sistemlerini genel eleştirilerden korumaktan ziyade, bireylerin benimsediği spesifik inanç ve kanaatleri korumayı yegane amaç edinen açık ve net bir yöntem içerisinde formüle edilmelidir. İfade özgürlüğü hakkı, bir kişiye karşı nefret söylemi ile şiddet ve müstehcen söylem boyutlarına varmadığı sürece, her türlü görüş, kanaat ve kurumların açıkça acımasız ve mantıksızca tartışılıp eleştirilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Ancak bu da, kişilerin acımasız ve düşüncesizce davranabilmesinin teşvik edildiği anlamına gelmemektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, mutlak hak, demokratik toplum, nefret söylemi, ifade özgürlüğünün sınırları.

ABSTRACT

It is generally acknowledged that freedom of expression is a foundational human right of the greatest importance. As well as other human rights, freedom of speech have stemmed from the inherent dignity of man as a member of the community of human kind. It shows a key function to the protection of all human rights, and fundamental to human dignity in its own right. Notwithstanding it is also globally recognised that it is not an absolute right, and every democracy has developed some system of limitations on freedom of expression. As freedom of expression and this freedom's limitations also are one of the most important factors determining whether a society is democratic or not.

Limitations about freedom of speech must be formulated in a way that makes clear that its sole purpose is to protect individuals holding specific beliefs or opinions, rather than to protect belief systems from criticism. The right to freedom of expression implies that it should be possible to scrutinize,

openly debate, and criticize, even harshly and unreasonably, every faith, opinions and institutions, as long as this does not amount to hate speech, violence and obscene speeches against an individual. But this does not mean that it should be provoked to “harsh” and “unreasonable”.

Key Words: Freedom of expression, absolute right, democratic society, hate speech, Freedom of expression’s restrictions

I. GİRİŞ

İfade özgürlüğü, “düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındıran” kapsayıcı bir kavram olarak tanımlanabilmektedir.¹ İfade özgürlüğünün demokratik devletlerin temelini oluşturduğu ve bu özgürlük olmadan demokrasiden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle de hem ulusal hem de uluslararası alanda bu hak güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de bu güvenceyi sağlayan uluslararası belgelerden biridir. AİHS 10. maddeye² göre: “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... 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 formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”³

İfade özgürlüğü, AİHM’nin içtihatlarının da öne çıkardığı gibi; çağdaş demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olmanın yanında, çoğulculuk ve hoşgörünün de bir gereğidir. İfade özgürlüğü, sadece genel kabul

¹ Durmuş TEZCAN / Mustafa Ruhan ERDEM / Oğuz SANCAKDAR, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 325.

² Sözleşme’nin 8, 9 ve 11. maddeleri de kanaat ve inanç özgürlüğü ile ilgili olmasın rağmen 10. madde, bu maddelere göre lex generalis iken, 8, 9 ve 11. maddeler lex specialistir. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan kitabevi, Ankara, 2013, s. 356.

³ AİHS m. 10/2 hükmü çerçevesinde, ifade özgürlüğünün, yazılı bir hukuk kuralına dayanmak, sayılan meşru amaç kriterlerinden bir veya daha fazlasını esas tutmak suretiyle ve demokratik bir toplumda da gerekli (kaçınılmaz) olmak şartıyla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Bu üç hususun, Sözleşmeci her devlet açısından, aslında ifade özgürlüğünü sınırlamanın birer sınırını oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir.

gören, zararsız veya önemsiz fikir ve haberler için değil, fakat aynı zamanda devlete veya toplumun bir kısmına aykırı gelen kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici olan fikir ve haberler için de geçerlidir.⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’ne göre, “İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olmaz” demektedir.⁵ Bu bağlamda da AİHM, ifade özgürlüğünün korunmasında taraf devletlere, hem bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğü, hem de ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için başkalarına karşı bunun korunmasını sağlamak gibi pozitif bir yükümlülük yüklemiştir.⁶

AİHS her ne kadar ifade özgürlüğünü güvence altına almış olsa da bu hak mutlak değildir ve m. 10/2 kapsamındaki şartların gerçekleşmesi halinde bu

⁴ Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s. 176-177.

⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık* App No: 5493/72, (ECHR 1976) para 49. (Çeviren: Osman Doğru), <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 05.10.2017). İfade özgürlüğü, açıklanan görüş ve düşüncelerin muhtevassından bağımsız olarak dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, ilgili görüş ve düşüncenin muhtevası, bunun ifade edilebilme serbestisinden tümüyle ayrı bir konu niteliği taşımaktadır. Zühtü ARSLAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s. 1-4.

⁶ AİHS her türlü ifadeye hukuki güvence sağlamamaktadır. Bu noktada da yapılan temel ayırım ifadenin yüksek ya da düşük değerli olmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Eğer ifade yüksek değerli ise, sınırlama istisnai durumlarda söz konusu olacak ve ifade özgürlüğü güvencesinden geniş bir şekilde yararlanacak olmasına karşın, düşük değerli ifadeler bu korumadan ya yararlanamayacak ya da yararlanma çok sınırlı bir çerçevede olacaktır. *Düşük değerli ifadeler* müstehcen, nefret ve tehditkar ifadeler örnek gösterilebilir. Kasım KARAGÖZ, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Ankara, 2004, (Basılmamış Doktora Tezi), s. 22-23.

özgürlüğün sınırlanabileceğini belirtmiştir. Özellikle de son zamanlarda artan nefret söylemleri, şiddet içeren ifadeler ve müstehcen söylemler bakımından ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, taraf devletlere kamu düzeninin korunması ve güvenliğinin sağlanması, ahlakın ve sağlığın korunması ve sağlanması bakımından bir çeşit kontrol mekanizması sağladığı sonucuna varılabilir.

Bu çalışma kapsamında AİHM kararları çerçevesinde ifade özgürlüğünün nefret söylemleri, şiddet ve müstehcen söylemler bakımından sınırlandırılması incelenecektir. Çalışma iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlık altında genel olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalara yer verilirken diğer başlık altında ise, spesifik açıdan nefret söylemleri, şiddet ve müstehcen ifadeleri incelenecektir.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA BU ÖZGÜRLÜĞÜN SINIRLANDIRILMASI

İfade özgürlüğü, en geniş çerçevede haber ve fikir almayı veya vermeyi, bir görüşe sahip olmayı ve fikir ve kanaatleri açıklama hürriyetini kapsamaktadır.⁷ İfade özgürlüğü, kişinin aynı zamanda düşünce, fikir veya kanaatlerini “açıklamaya zorlanmama” güvencesini de içermektedir.⁸ İfade özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için temel şart bireylere haber alma ve verme hürriyetinin sağlanmasıdır. Ancak AİHS çerçevesinde haber ve fikir alma veya verme hakkı sadece herkesi ilgilendiren konular bakımından geçerlidir.⁹ İfade özgürlüğünün değeri de, onun bizatihi amaç olması ile daha yüksek değerlere hizmet eden bir

⁷ Reyhan SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, **Liberal Düşünce Topluluğu**, 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2017), s. 49-72; İlker Yavuz ERGİN, **İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Basılmamış Yüksek lisans Tezi), Kayseri, 2015, s. 24-26; KARAGÖZ, s. 64.

⁸ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 58; KARAGÖZ, s. 71.

⁹ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 50.

araç olması arasında değişken bir profil çizmektedir. Bu ikilemde ise ifade özgürlüğünün, araçsal yaklaşım olarak bilinen ve “hakikatin keşfi”ne vesile olma potansiyeli taşıyan bir araç-değer olma niteliğinin ağır bastığı görülmektedir. Araçsal yaklaşım perspektifinden bakıldığında, gerçek ve doğruya ulaşmada fikirlerin serbest ve yarışmacı bir ortamda sunulmasının, ancak ifade özgürlüğünün hakkıyla tanınıp korunması ile mümkün olabileceği görülmektedir.¹⁰

Politik ve tarihsel nedenlere dayalı olarak birçok demokratik devletin ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirdiği görülmektedir.¹¹ Almanya ve Britanya bu ülkelerdendir. Almanya’nın Nazi propagandası konusunda diğer devletlere göre daha hassas olduğu kabul edilirken, benzer bir durum da Britanya’nın ırkçı söylemlere karşı takındığı tavırda ortaya çıkmaktadır.¹² İfade özgürlüğünün mutlak, yani sınırsız olmadığı konusunda şüphe yoktur. Bu konuda ülkeler arasında kısmi değişiklikler olsa da, Almanya’da düşüncesini açıklarken adam öldürme veya ayaklanma çağrısı yapmak, şiddet propagandası yapmak, çocuk ve gençleri tehlikeye maruz bırakmak, dini inanç ve duyguları kaba biçimde rencide etmek ifade özgürlüğünün kapsamında kabul edilmemektedir.¹³

İfade özgürlüğünün ve korunmasının asıl önemli yanı, toplumu rahatsız edecek düşüncelerde kendini göstermektedir. Şöyle ki, aslında olması gereken, bir düşünce ve yaklaşımın bir devletin mevcut düzeni ile ters düşmesi durumunda bile, farklı siyasal tercihlerin demokratik ilke ve değerlere zarar verme-

¹⁰ Zühtü ARSLAN (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 5 vd. Bu yaklaşım biçimine vurgu yapan, Namık Kemal’in; “*müdavele-i efkârdan barika-i hakikat tevelliüd eder*” şeklindeki bir özdeyişi de meşhurdur. Vahit BIÇAK, “*Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

¹¹ Önder BAKIRCIOĞLU, “*Freedom of Expression and Hate Speech*” **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol: 16/1, 2008, s. 2.

¹² BAKIRCIOĞLU, **a.g.e.**, s. 2.

¹³ İbrahim ŞAHBAZ, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 38.

mek şartıyla, yani *cebiri, şiddet söylem ve eylemi içerisinde bir tavır sergilememek suretiyle*, siyasal düzlemde kendini ifade edebilmesidir.¹⁴

AIHS ve AIHM'nin oluşturduğu içtihadlar çerçevesinde ifade özgürlüğünde sınırlama yapılabilir. Fakat AIHS kapsamında genel bir sınırlamaya¹⁵ yer verilmediği için devletler tarafından yapılacak sınırlamaların da dar yorumlanması gerekmektedir.¹⁶ Bu nedenle de AIHS m. 10/2 de yer alan sınırlamaların istisna olduğu, özgürlüklerin sağlanması ve bunların genişletilmesinin ise kural olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

İfade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için, ilk olarak yapılacak sınırlamanın hukuken (kanun veya diğer bir mevzuat hükmüyle) öngörülmesi gerekir. Mahkemeye göre, hem yazılı hem de yazısız (teamüli) hukuk kuralları “kanun” kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁸ Yapılan bir sınırlamanın kanunla düzenlenmesinin yanı sıra, bu kanunun açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olması da gereklidir. İkinci olarak m. 10/2’de belirtilen meşru amaçlardan birine, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin sağlanması,

¹⁴ Cengiz GÜL, “İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları”, **IETC, ITEC, IDEC, ITICAM 2016 Proceedings Book** - February 4-6, 2016 - Dubai, UAE, 2016, s. 389.

¹⁵ AIHS m. 15’te olağanüstü hallerde, Sözleşme’de yer alan temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebileceğini belirtilmiştir. Ancak bu maddeye göre taraf devletler meşru savaş filleri sonucu meydana gelen ölüm halleri dışında 2, 3, 4(1) ve 7 maddelerin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de olağanüstü dönemlerde ifade özgürlüğü sınırlanabilecektir.

¹⁶ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 77.

¹⁷ Mehmet YÜKSEK, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016, s. 135; SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 77.

¹⁸ Mahkeme’nin yazısız hukuk kapsamında da yapılan sınırlamaları sırf yazılı olmadığı gerekçeyle kanuni dayanakta yoksun olacağını kabul etmemektedir. Bkz *Sunday Times (No:1) v. Birleşik Krallık* App No:6538/74 (ECHR 1979); *Huving v. Fransa* App No:11105/84 (ECHR 1990).

suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması gibi m. 10/2’de belirtilen nedenlere dayanılarak sınırlama yapılabilecektir.¹⁹

Son olarak da, yapılan sınırlamalar *demokratik bir toplum için gerekli* olmalıdır. AİHS ve AİHM’nin oluşturduğu içtihatlar kapsamında “gereklilik”, “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamına gelmektedir.²⁰ Bunun değerlendirilmesi de Mahkeme tarafından taraf devletlere bırakılmıştır ve böylelikle sözleşmecî devletler bu konuda takdir hakkına sahiptirler. Fakat taraf devletler takdir hakkına sahip olmasına rağmen, bu hak sınırsız değildir. AİHM, “demokratik bir toplumda gereklik” kriterini şu şekilde açıklamıştır:²¹

a) “Gerekli” sıfatı, “zorunlu” sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, “kabuledilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilebilir” gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir;²²

b) Sözleşmecî Devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların Sözleşme’yle bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkeme’nin görevidir;²³

c) “Demokratik bir toplumda gerekli” deyimini, bir müdahalenin Sözleşme’ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, “toplumsal ihtiyaç baskı-

¹⁹ Bu madde hükmüne ek olarak Sözleşme’nin 18. maddesine göre, Sözleşme’de tanınan “hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”

²⁰ “*Demokratik Toplumda Gerekli*” olma kriteri konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz. Abdurrahman EREN, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004. YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 130.

²¹ *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* App No:5947/72 (ECHR 1983) (Çeviren: Osman Doğru) <http://aihm.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

²² Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* App No:5493/72(1976) (Çeviren: Osman Doğru) <http://aihm.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

²³ Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* para 49.

sı”nı karşılamak ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir;²⁴

d) Sözleşme’nin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler, dar yorumlanmalıdır.²⁵

Tüm bu hususlar dikkate alınmak suretiyle, taraf devletlerce bir sınırlama yapılabilmesi mümkündür. Bu şartlardan bir ya da daha fazlasına uyulmaması halinde de ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NEFRET SÖYLEMİ İLE ŞİDDET VE MÜSTEHCEN İÇERİKLİ SÖYLEMLER NEDENİYLE SINIRLANDIRILMASI

A. Nefret Söylemi²⁶

Nefret söyleminin uluslararası alanda tanımı üzerine bir uzlaşma olmamasına rağmen, çeşitli uluslararası antlaşmalarla yasaklanmıştır. Birleşmiş Milletler *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHUS)*’nin 19. ve 20. maddeleri ile *Her Türü Irk Ayırmacılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi*’nin 4. maddesi uluslararası sözleşmelerin örneklerindendir. Bunun yanında bölgesel olarak da korumalar sağlanmıştır.

Uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi, AİHM tarafından nefret söyleminin tanımı da yapılmamış olup, iç hukuklardan bağımsız, özerk bir kavram olarak değerlendirmiştir. Avrupa Konseyi “nefret söylemi” kavramını, “ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi²⁷ veya azınlıklara, göçmenlere ve

²⁴ Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48-49.

²⁵ Ayrıca bkz *Klass ve diğerleri v. Almanya* App No:5029/71 (ECHR 1978) para 42.

²⁶ Nefret söylemlerinin mağdurları, bu söylemler nedeniyle AİHS madde 14’te düzenlenen ayırmacılık yasağına başvuramazlar çünkü bu hak tek başına kullanılmayıp Sözleşmede düzenlenen diğer bir hak ile birlikte kullanılmaktadır. BAKIRCIOĞLU, a.g.e., s. 38.

²⁷ Yahudi düşmanlığı demektir.

göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı...nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılması” gerektiğini belirtirken,²⁸ AİHM yapılan ifadelerin “belirli bir düzeyde şiddeti desteklemele-ri ” koşuluyla “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti (dini hoşgörüsüzlük dahil) yayan, kışkırtan, destekleyen veya haklı gösteren her türlü ifade(nin)” nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁹ Ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, ırkçılığın bir düşünce değil, bir suç olduğunu da ifade etmiştir.³⁰

Bir söylemin, nefret söylemi kapsamında değerlendirilebilmesi için sadece hakaret içeren bir ifade olmamalı, aynı zamanda belli bir grubun medeni ve siyasi hak ve özgürlükleri de hedef alınmalıdır.³¹ Söz konusu söylemler, tüzel kişilere, devlete, siyasal sisteme, siyasi kurum ve sembollere karşı söylenmesi halinde ise, bu ifadeler nefret söylemi olarak değerlendirilmezler.³²

Nefret söylemi çok sayıda durumu içermektedir ve söz konusu durumlar şu şekilde belirtilebilir: Birincisi ırkçı nefretin kışkırtılması, ikincisi dinsel nedenlerle nefretin kışkırtılması ve üçüncüsü de “salırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik şeklinde ifadesini bulan’ hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret türle-

²⁸ Nefret Söylemine Dair Bakanlar Komitesi’nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa_konseyi_standartlari_05052014.pdf, (Erişim Tarihi: 04.10.2017). Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ile mücadele – Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014, s. 67.

²⁹ Yaman AKDENİZ, “*İnternette İrkçılık*”, in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s.176; *Gündüz v. Türkiye* App No:35071/97 (ECHR 2003) para 40.

³⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation No:1543(2001), Racism and Xenophobia in Cyberspace <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16960&lang=en> (Erişim Tarihi: 15.10.2017).

³¹ YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 132.

³² YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 132.

rinin kışkırtılmasıdır.”³³ Nefret söyleminin özünü, önyargılar, ırkçılık, yabancı korkusu/düşmanlığı, tarafgirlik, ayrımcılık, cinsiyetçilik ve homofobi oluşturmakta olup kültürel kimlikler ve grup özellikleri gibi unsurlar nefret söylemlerini etkilerken, özellikle de milliyetçilik ve farklı olana tahammülsüzlük gibi şartlarda nefret söylemleri daha da ciddi boyutlara gelmektedir.³⁴

AIHS, aşırılıkları önlemek için, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde özetlenebilecek demokratik değerler üzerine kurulu bir kurumsal çerçeveye oluşturmaya çalışmaktadır. Bu amaca yönelik olarak AIHM ise, çeşitli kararlarında saldırgan ve Sözleşmeye aykırı olduğu düşünülen ‘**ırkçılık**’, ‘**yabancı düşmanlığı**’, ‘**saldırgan milliyetçilik**’ ve ‘**azınlık ve göçmenlere uygulanan ayrımcılık**’ gibi değişik ifade biçimleri üzerinde önemle durmaktadır. Ancak AIHM, bu sayılan aşırılığa yönelik ciddi ve gerçek kışkırtma (provokasyon) içeren ifade türlerine karşı yasakçı bir eğilimdeyken, bireylerin (gazeteci ve siyasetçiler dahil), başkalarını ‘**kızdıran**’, ‘**şoke eden**’, ‘**rahatsız eden**’, ‘**öfkeliendiren**’ ve hatta ‘**tiksindiren**’ türden ifade biçimlerine karşı ise, özgürlükçü bir perspektifle hoşgörü gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir.³⁵

Nefret söyleminin temel olarak iki boyutu bulunmaktadır: İlki politik boyutu olup “demokratik mücadele ile mağlup edilen tüm gerici fikir ve teorileri yeniden canlandırma amacı güden, dolayısıyla demokratik mücadelenin kaza-

³³ Anne WEBER, **Nefret Söylemi El Kitabı**, (Çeviri: Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/f4034d4ac32cd2c21e546188b86e9034.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2017), s. 3-4.

³⁴ “Nefret Söylemi Nedir? ”http://www.nefretsoylemi.org/nefret_soylemi_nedir.asp. (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

³⁵ AIHM, Nefret Söylemi (Bilgi Notu), Haziran 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 12.11.2017). GÜL, “İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları”, s. 391-392.

nımlarını yıkmayı amaçlayan bir söylem” olması iken, diğeri de nefret söyleminin salt söylem olarak kalmaması, dahası teşvik veya provoke edici boyutudur.³⁶

Nefret söylemlerinde artış gözlemlenmektedir ve bunun da nedenleri olarak, uluslararası terör olaylarının ve radikal sağın yükselişi, ulusların sosyal, etnik, dinsel ve kültürel olarak hızla bölünmesi, teknolojinin gelişmesi ve özellikle de internet üzerinde kontrolün sağlanmasının zor olması gösterilebilir.³⁷

Nefret söylemi³⁸ kavramı yanında, onun daha spesifik bir türü olarak **nefret suçları** kavramı da vardır ve bunlar bazen birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Nefret söylemi tanımı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yapılmıştır.³⁹ Nefret suçları için de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılan tanım göz önünde bulundurulabilir. AGİT nefret suçlarını, kişilere ya da malvarlığına karşı, kişinin ırk, ulusal veya etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, ruhsal veya fiziksel engel, cinsel yönelim ya da benzer faktörler nedeniyle maruz kalınan her türlü suç şeklinde tanımlamıştır.⁴⁰ Nefret suçlarının meydana gelebilmesi için sadece suçun maddi unsuru olan hareketin yapılması yeterli değildir ve buna ek olarak manevi unsur olan “ön-

³⁶ T. Cengiz ALĞAN / F. Levent ŞENSEVER, **Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek**, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010, s. 16.

³⁷ Elif KÜZECİ, “AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları” **TBB Dergisi**, Sayı: 71, 2007, s. 176 vd.

³⁸ Nefret söylemleri (hate speech), ABD gibi bazı ülkelerde suç olarak değerlendirilmez. Söz konusu söylemler ifade özgürlüğü kapsamında dikkate alınır. Bkz. Ulaş KARAN, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?”, in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

³⁹ Nefret söyleminin tanımına ilişkin olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı için bkz. http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa_konseyi_standartlari_05052014.pdf, (Erişim Tarihi: 04.10.2017).

⁴⁰ Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006, <http://www.osce.org/odihr/26759?download=true> (Erişim Tarihi: 15.10.2017), s. 9.

yargı(nın)” da olması gerekir.⁴¹ Dahası ceza hukuku kapsamında nefret söyleminin suç olarak cezalandırılacağına dair hüküm de bulunmalıdır.⁴²

Nefret suçlarında saldırgan, hedefini kişinin mensubu olduğu grup nedeniyle seçmekte olup bu konuda asıl önemli olan saldırganın seçtiği kişi olmayıp -yani o gruba mensup olan herhangi birinin olması- mağdurun mensup olduğu grup önem arz etmektedir.⁴³ Nefret suçları, mağdurlar ve genel olarak da toplum üzerinde psikolojik zararlara neden olduğu için, diğer suçlardan farklı bir konumda kabul edilmektedir.⁴⁴

Nefret suçları, ayrımcılığın bir parçası olarak görülmesine karşın, iki kavram da ele alındıkları hukuk bakımından birbirinden farklıdır.⁴⁵ Bazı ülkelerde ayrımcılık yasağı ile ilgili yaptırımlar ceza hukuku kapsamında olmasına rağmen, genellikle ülkeler ayrımcılıkla ilgili meseleleri özel hukuk kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁶

Nefret söylemi m. 10/2 kapsamında belirtilen sınırlamalardan biri olarak açıkça ifade edilmemiştir. Ancak kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının haklarının korunması gibi gerekçelere dayanılarak m. 10/2 de belirlenen sınırlamalar kapsamında nefret söylemleri değerlendirilebilir.

AIHM, nefret söylemleri bakımından ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için iki method kullanmıştır ve bunlar 17. madde kapsamında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması dahilinde Sözleşmeden kaynaklanan hak ve özgür-

⁴¹ Bkz. Hüseyin GÖKTEPE, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 25, 2016, s. 178; KARAN, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?” s. 57.

⁴² Ulaş KARAN, “Nefret Söylemi Kavramı ve Türkiye’de Mevcut Hukuki Durum”, *Güncel Hukuk*, 2010, 6-78, s. 38.

⁴³ ALĞAN / ŞENSEVER, s. 7.

⁴⁴ ALĞAN / ŞENSEVER, s. 8.

⁴⁵ ALĞAN / ŞENSEVER, s.10-11.

⁴⁶ ALĞAN / ŞENSEVER, s.11.

lüklerden yararlanılmaması ile m. 10/2 çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır.⁴⁷

1. AİHS m. 17 Kapsamında Nefret Söylemleri⁴⁸

AİHS m. 17’de, hakların kötüye kullanılması yasağı getirilmiş olup, bu hükme göre:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Bu maddede iki ayrı hüküm düzenlenmiş olup birincisi hiç kimse Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanarak bunları yok etme girişiminde bulunulamayacağı iken, diğeri de taraf devletlerin Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirmek istediklerinde Sözleşme’nin izin verdiği sınırları aşamayacaklarına yöneliktir.⁴⁹ AİHS m. 17. madde sadece bireyler ve gruplar için değil, aynı zamanda devletlere karşı da kullanılabilmektedir.⁵⁰ AİHM, 17. maddenin amacını şu şekilde ifade etmiştir:

“Grupları veya bireyleri hedef alan 17. maddenin amacı, onların, Anlaşmadan bir hak çıkartarak, Anlaşmada kabul edilmiş olan hak ve özgürlükleri

⁴⁷ Bkz Françoise TULKENS, “When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights” in Josep Casadewall and others(eds), Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza, Wolf Legal Publisher, 2012, s. 280.

⁴⁸ 17. maddedekine benzer hükümler Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi m. 30’da ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 5’te de yer almaktadır.

⁴⁹ Bkz KARAGÖZ, s. 86; GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 413.

⁵⁰ Bkz Mark E. VILLIGER, “Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice”, in Josep Casadewall and others (eds), Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza, Wolf Legal Publisher, 2012, s. 321.

*yok etmeyi hedefleyen bir faaliyet içine girmelerini veya böyle bir fiil işlemele-
rini imkansız hale getirmeyi sağlamaktır; buna göre hiç kimse, belirtilen hak ve
özgürlükleri yok etmeyi hedefleyen bir takım eylemlere girişmek için Anlaşma
hükümlerinin ardına sığınmamalıdır...*⁵¹

Var olan bir hakkı ya da özgürlüğü, hakkın tanınması amacına uygun kullanılmaması veya ilgili hakkın sadece başkalarına zarar verme amacı taşıması hallerinde 17. madde gündeme gelecektir.⁵²

Bu madde, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerden kötüye kullanılmaya müsait olan hakların kullanılmasına yönelik olup-örneğin 10 ve 11. maddeler-⁵³ Sözleşmede yer alan tüm hakların kullanılmasına-örneğin 5 ve 6. maddeler- yönelik değildir.⁵⁴

17. madde istisnai bir hüküm olarak kabul edildiği için sadece belli başlı kararlara uygulanmıştır. Öncelikle, AİHM inkarcılığa dayanan başvuruları 17. madde çerçevesinde değerlendirmektedir. Spesifik olarak da Yahudi soykırımının inkarı Sözleşme’de tanınan hakların kötüye kullanılması şeklinde yorumlamıştır. Mahkeme tarihsel gerçeklerin açıklanmasını, düşünciyi açıklama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmekle birlikte tarihçiler arasında devam eden tartışmaların bir sonuca bağlanmasının Mahkeme’nin görevi olmadığını kabul etmektedir.⁵⁵ Ancak Mahkeme tarihsel gerçeklerle ilgili açıklanan düşüncelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda bir inceleme yapması gerektiğini de ifade etmiştir.⁵⁶

⁵¹ *Leroy v. Fransa*, App No: 36109/03 (ECHR 2008) para 26; *Lawless v. İrlanda* App No: 332/57 (ECHR 1961) para 7.

⁵² YÜKSEK, s. 135.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 413.

⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 414.

⁵⁵ KÜZECİ, s. 187-8.

⁵⁶ KÜZECİ, s. 188.

*Garaudy v. Fransa*⁵⁷ davası, Yahudi soykırımı bağlamında 17. madde dahilinde incelenmiş bir karardır. Olayda başvuru tarihçi olup, Holokostun (Nazi soykırımı ya da Yahudi soykırımı) çeşitli yönlerini inkâr eden bir kitap yayımlamıştır. Başvuru, kitabın İsrail'in politikasını eleştirdiğini ve ırkçı ya da anti-seminist herhangi bir ifade içermediği gerekçelerine dayanarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Fakat Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur ve söz konusu kitabın insanlığa karşı suçların en ciddi biçimlerinden biri olan “*Yahudilerin ırksal aşağılanması ve onlara karşı nefretin kışkırtılmasını*” telkin ettiğine karar vermiştir.⁵⁸ Bu nedenle Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenen hakların kötüye kullanılması kapsamına girdiği için de, başvuru 10. madde çerçevesinde sağlanan güvenceden yararlanamayacaktır.

Bu konuya diğer bir örnek de *Witzsch v. Almanya*⁵⁹ kararı gösterilebilir. Bu kararda başvuru, Yahudilere karşı yapılan toplu katliamların ve gaz odalarının olmadığını ileri süren bir makale yazmıştır ve AİHM de bu nedenle, başvurunun Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamayacağına hükmetmiştir.⁶⁰

Etnik nefret veya ırkçılığa dayanan ifadeleri de Mahkeme 17. madde kapsamında değerlendirmektedir. *Pavel Ivanov v. Rusya*⁶¹ kararı buna örnek olarak gösterilebilir. Olayda başvuru etnik bir gazetenin kurucusu, sahibi ve editörüdür. 2003 yılında kitle iletişim araçlarını kullanarak etnik, ırksal ve dinsel nefrete teşvikten mahkûm edilmiştir. Başvuru bir dizi makaleyi bu gazete-de yayımlayarak, Yahudilerin sosyal yaşamdan dışlanması çağrısında bulunmuş ve Yahudilerin Rusya'da kötülüğün kaynağı olduğunu iddia etmiştir. Benzer şekilde başvuru, Yahudilerin hem etnik hem de bir millet olarak var olmadık-

⁵⁷ App No: 65831/01(ECHR 2003). Karar sadece Fransızca olarak yayınlanmıştır. Press release issued by the Register, 323, 7.7.2003 (İngilizcesi).

⁵⁸ *Garaudy v. Fransa*.

⁵⁹ App No: 7485/03 (ECHR 2005).

⁶⁰ *Witzsch v. Almanya*.

⁶¹ App No: 35222/04 (ECHR 2007).

larını söylemiştir. Bu söylemleri sonunda aldığı cezaya karşı yaptığı bu başvuru da Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Çünkü AİHM başvurucunun görüşlerinin kesin bir şekilde Yahudi karşıtı olduğunu ve başvurucunun Yahudi halkına karşı nefret uyandırmak istediği sonucuna varmıştır.⁶² Bir etnik gruba karşı yöneltilen bu tür genel ve şiddetli bir saldırı, Sözleşme'nin temelindeki değerlere, özellikle de hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılıkla mücadele ile çeliştiğini ifade etmiştir.⁶³ Sonuç olarak da, Sözleşme'nin 17. maddesi nedeniyle, başvurucunun 10. madde tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacağına hükmedilmiştir.

Mahkeme sadece etnik nefret, ırkçılık ve tarihi gerçeklerin inkâr edilmesini değil, aynı zamanda dini nefreti de 17. madde kapsamında incelemiştir. *Norwood v Birleşik Krallık*⁶⁴ başvurusu, AİHM tarafından dini nefret ile ilgili verdiği bir karardır. Başvurucu İngiliz Ulusal Partisinin bir üyesi olup İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren bir posteri penceresine asmıştır ve bu posterde “İslam Britanya'dan dışarı- Britanya halkını koruyun” yazısını da yazmıştır. Mahkeme yapılan bu fiillerin şiddetli bir şekilde bir dini gruba yöneltildiğini, Sözleşme'nin temel değerleriyle bağdaşmadığını ve böylece de başvuruyu 17. madde kapsamında değerlendirmiştir.⁶⁵

AİHM demokratik düzeni tehdit eden özellikle de totaliter toplulukların Sözleşme'de tanınan ilkeleri kendi çıkarları doğrultusunda kötüye kullanmalarına neden olacak başvuruları da 17. madde kapsamında değerlendirmektedir.⁶⁶

⁶² *Pavel Ivanov v. Rusya* para 1.

⁶³ *Pavel Ivanov v. Rusya* para 1.

⁶⁴ App No: 23131/03 (ECHR 2004).

⁶⁵ *Norwood v. Birleşik*.

⁶⁶ Bkz *B.H., M.W. ve H.K v. Avusturya*, App No: 12774/87(ECHR 1989); *Nachtman v. Avusturya* App No: 36773/97 (ECHR 1998); *Schimanek v. Avusturya* App No: 32307/96 (ECHR 2000).

Sonuç olarak Mahkeme ırk, etnik köken, inkârcılık özellikle de Yahudi soykırımının olmadığına inkârı ile ilgili ifadeleri Sözleşme’den doğan hakların kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmiştir.

2. AİHS m. 10 Kapsamında Nefret Söylemleri

AİHM nefret söylemlerini sadece 17. madde kapsamında değil, aynı zamanda genel olarak 10. madde kapsamında da incelemiştir. 17. madde istisnai bir yol olarak kabul edilmesine karşın m. 10/2 fıkrası kapsamında Mahkeme’nin daha genel başvurularda tercih ettiği bir yoldur.⁶⁷ Her bir olayın içeriği nefret söylemlerinin hangi madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda belirleyici olacaktır.⁶⁸

AİHS m. 10 çerçevesinde de AİHM ırkçı veya etnik nefret, dini nefret ve cinsel yönelim nedeniyle nefretin teşvik edilmesi gibi çeşitli konularda karar vermiştir. Ancak Mahkeme’nin kararları incelendiğinde en çok gelen başvurular ırkçı ya da etnik nefretle ilgili olduğu sonucuna varılabilir. Irkçı söylemlerle ilgili incelenmesi gereken önemli kararlardan biri *Jersild v. Danimarka*⁶⁹ kararıdır. Bu kararda Mahkeme’nin ilk kez “büyük bir insan grubunun ‘insanlık’ niteliğini inkâr eden ırkçı sözlerin yayılmasını ele almıştır.”⁷⁰ Olayda, başvuru cu sunduğu bir TV programı için kendilerine “Yeşil Ceketliler” denilen bir gruptan üç kişi ile çekmiş olduğu belgeselin beş dakikalık ırkçı bölümünü yayınlamıştır. Yayınlanan bu kısımda üç genç, Danimarka’da yaşayan göçmenler ve etnik gruplar hakkında küfürlü ve aşağılayıcı ifadeler kullanmışlardır. Söz konusu bu belgeselden dolayı hem “Yeşil Ceketliler” hem de başvuru cezaya

⁶⁷ Bkz David KEANE, “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol: 25/4, 2007, s. 643.

⁶⁸ Robin CA WHITE / Clare OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5th edn, Oxford University Press, 2010, s. 430.

⁶⁹ *Jersild v. Danimarka*, App No: 15890/89 (ECHR 1994) (Çeviren Osman Doğru <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 20.09.2017)).

⁷⁰ *Jersild v. Danimarka*, Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou’nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para 1.

çarpıtılmıştır. AİHM ilgili olayda, “başvurucunun tartışma konusu beyanlarda bulunmuş olmaması, fakat Danimarka Radyosu’nda haber programı yetkilisi bir televizyon gazetecisi olarak...(tartışılan) beyanların yayılmasına yardım etmiş olması(nı)” mevcut olayın önemli bir özelliği olduğunu vurgulamıştır.⁷¹ Mahkeme “ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden birini oluşturduğunu ve basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu” hatırlatarak, basının “başkalarının şeref ve haklarını koruma gibi” sınırları aşmadan halkı ilgilendiren haber ve fikirleri iletmenin yanında halkın da bunları edinme hakkı olduğunu söylemiştir.⁷²

Mahkeme söz konusu yayında, başvurucunun, açıkça “Yeşil Ceketlilerin” görüşlerine karşı olduğunu ifade etmese de, yayın “(b)ir bütün olarak ele alındığında, objektif açıdan röportajın, ırkçı görüş ve düşüncelerin propaganda-sını yapma amacını taşıdığı görülmemekte” olduğunu ifade etmiştir.⁷³ Mahkeme başvurucunun “Yeşil Ceketlilerin” verdiği ifadeleri dengelemeye çalıştığını kabul etmektedir ve “Yeşil Ceketlilerin” ifadelerinin 10. maddenin korunmasından yararlanamayacağını belirtmekle birlikte, bu durumun başvuru için geçerli olmadığına da dikkat çekerek, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁴

Mahkeme’nin bu çoğunluk görüşü AİHM’nin diğer bazı yargıçları tarafından eleştirilmiştir. Onlara göre başvuru, röportajı en kaba sözleri bırakacak şekilde beş dakikaya indirmiştir ve ırkçı söylemleri onaylamadığını ifade etmiştir.⁷⁵ Mahkeme genel olarak tüm yayını dikkate alıp, ırkçı söylemleri onay-

⁷¹ *Jersild v. Danimarka*, para 31.

⁷² *Jersild v. Danimarka*, para 31.

⁷³ *Jersild v. Danimarka*, para 33.

⁷⁴ *Jersild v. Danimarka*, para 35 ve 37.

⁷⁵ *Jersild v. Danimarka* Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou’nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para 3; Yargıçlar Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Birleşik Karşı Oy Görüşü.

lamadığı sonucuna varmıştır. Bu yargıçlara göre Mahkeme'nin varmış olduğu bu çıkarım, “şifreli sözlerin yorumlanması(na)” benzemektedir.⁷⁶

Bu kararlar ilgili olarak denebilir ki, basının haber verme özgürlüğü önemli olmasına karşın belli bir grubun aşağılanmasına, onurunun kırılmasına ya da toplumdan dışlanmasına neden olacak ifadelerin kullanılmaması gerekir. Basının haber verme görevi olması ve kişilerinde haber alma özgürlüğüne sahip olsalar da, ırkçı söylem gibi ifadelerle karşı kişinin söz konusu görüşleri benimsemişliğini açıkça ifade etmesi gerekir ve sadece genel olarak tüm program göz önünde bulundurularak böyle bir sonuca varılmamalıdır. Aksi halde ifade özgürlüğü kullanılarak ırkçı söylemler yaygın hale gelebilir. En önemli husus da basının bu tür söylemler bakımından bir araç haline getirilmeye çalışılması olmaktadır.

*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya*⁷⁷ kararı da etnik nefret söylemiyle ilgili bir başvurudur ve bu davada başvuru, bir yayın evinin sahibi olup “Litvanya Takvimi 2000” i yayınlamıştır. Başvuru bu takvimde yer alan ifadelerinden dolayı etnik nefrete teşvik nedeniyle İdari Suçlar Kanununu ihlal etmiş ve idari bir uyarı ile birlikte takvimin satılmayan nüshaları müsadere edilmiştir. İlgili takvimde başvuru agresif milliyetçilik ve ırkçılığa yönelik ifadelerle yer vermiştir.⁷⁸ Yine Yahudilerin savaş suçu işlediklerini ve Litvanyalıları karşı soykırım yaptığına yönelik ifadeler içermektedir.⁷⁹ Başvuru Polonyalıları karşı da benzer ifadeler kullanmıştır. Mahkeme'ye göre bu tür ifadelerin kullanılması, acil bir toplumsal ihtiyaç olması nedeniyle, ulusal mahkemeler takdir hakkını

⁷⁶ *Jersild v. Danimarka* Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou'nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para3.

⁷⁷ *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya*, App No: 72596/01 (ECHR 2009).

⁷⁸ “Litvanyalılar sadece milliyetçi bir ulus olarak hayatta kalabilirler” (*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79) gibi.

⁷⁹ “Sovyet işgalci güçleri, birçok Yahudi'nin yardımıyla soykırımda bulunmuşlardır” (*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79) gibi.

aşmamışlardır.⁸⁰ Son olarak da Mahkeme uygulanan el koyma tedbirinin nispeten ağır olduğunu kabul etmekle beraber, başvurucuya sadece uyarı cezası verildiği ve para cezası verilmediğini belirtmiştir.⁸¹ Tüm bu hususlar dikkate alındığında ihlalin olmadığı sonucuna varılmıştır.

Genel olarak birçok toplumda gay, lezbiyen ya da biseksüel olarak adlandırılan kimselerin cinsel yönelimleri nedeniyle tepki ile karşılaştıkları ve hatta bazı durumlarda nefret söylemlerine de maruz kaldıkları görülmektedir. Bu nedenle de cinsel yönelime dayalı nefret söylemleri de m. 10/2 kapsamında gündeme gelebilmektedir. *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç*⁸² kararı, AIHM'nin nefret söylemine ilişkin ilkeleri ilk kez cinsel yönelim kapsamında ele almıştır.

Olayda başvurular, eşcinsellere karşı hakaret içeren ifadelerin yer aldığı broşürleri ortaokul öğrencilerinin dolaplarına bırakılması sonucu başvuru yapan ulusal ya da etnik bir gruba karşı tahrikten dolayı cezalandırılması ile ilgilidir. Söz konusu broşürlerde, eşcinselliğin “sapkın bir cinsel eğilim” olduğu, “toplumun temelinde ahlaki olarak yok edici etkiye” neden olduğu ve HIV ve AIDS'in eşcinsel temelli olduğunu söz konusu broşürlerde ifade etmişlerdir.

AIHM'ne göre ilgili ifadeler doğrudan doğruya bireylere nefrete yönelik eylemlerde bulunulmasına çağrı yapmamış olmasına rağmen söz konusu ifadeler ciddi ve önyargılı iddialar oluşturmaktadır.⁸³ Dahası Mahkeme'ye göre nefreti takrik, mutlaka şiddet ya da diğer suç eylemleri için bir çağrı gerektirmez.⁸⁴ Nüfusun belli bir grubuna karşı yapılan aşağılayıcı ya da alay edici saldırılar, yetkililer için ırkçı söylemle mücadelede yeterlidir.⁸⁵ Ayrıca Mahkeme,

⁸⁰ Bkz *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79 ve 80.

⁸¹ *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 84.

⁸² App No: 1813/07 (ECHR 2012).

⁸³ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 54.

⁸⁴ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55.

⁸⁵ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55; Ayrıca bkz *Feret v. Belçika* App No: 15616/07 (ECHR 2009) para 73.

cinsel yönelime dayalı yapılan ayırmacılığın da ırka, kökene ya da renge dayalı yapılan ayırmacılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶ Sonuç olarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Dini konular bakımından da nefret söylemleri Mahkeme tarafından incelenmiştir. *İ.A. v. Türkiye*⁸⁷ kararında başvuru bir yayınevi sahibi olup “Yasak Tümceler” adlı romanı yayımlamıştır. “Ayşe’nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” gibi İslam dinine yönelik hakaret teşkil eden bazı ifadeler kullanmıştır. Bu nedenle de başvuru “Allah, din, peygamber ve kutsal kitaba” saygısızlık etmekle suçlandırılmıştır.

AİHM bireylerin, din ve inanç konusunda düşüncelerini ifade ederken başkalarına zarar verecek söylemler ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini söylemiştir.⁸⁸ Dini inançlara ve ahlaki görüşlere bir sınırlama getirilmek istendiğinde AİHM devletlerin geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bunun da temel nedeni Avrupa da bu konularda tek bir anlayışın olmamasıdır.⁸⁹ Mahkemeye göre bu tür durumlarda çatışan menfaatler vardır ve bunlar arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Buna göre başvurunun dini bir ideolojiye ilişkin görüşlerini topluma aktarma hakkı olduğu gibi başkalarının düşüncesine, dini ve inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkının olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰

⁸⁶ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55; Bkz *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık* App Nos: 33985/96, 33986/96 (ECHR 1999) para 97.

⁸⁷ App No: 42571/98 (ECHR 2005); **Dini ilgili olarak**..... bkz *Müslüm Gündüz v. Türkiye* App No: 35071/97 (ECHR 2003); *Aydın Tatlav v. Türkiye* App No: 50692/99, (ECHR 2006).

⁸⁸ *İ.A. v. Türkiye* para 24.

⁸⁹ Bkz *İ.A. v. Türkiye* para 25; *Murphy v. İrlanda* kararı, App No: 44179/98 (ECHR 2014), para 67.

⁹⁰ Bkz *İ.A. v. Türkiye* para 27; *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* App No: 13470/ 87 (ECHR 1994), para 55.

Gerek çoğunluğun içinde gerekse azınlıktaki bir dine mensup olsun, her kişi dini inancını gerektiği gibi yaşama hakkına sahip olmasının yanında, eleştirilere de açık olmalıdır.⁹¹ Bu kapsamdaki eleştirileri “hoşgörüyle karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına ilişkin düşmanca propaganda içeren doktrinleri kabul etmek durumundadırlar.”⁹² Fakat mevcut olayda hem onur kırıcı, şok edici veya “provokatif” görüşler hem de Müslümanların peygamberine yapılan çirkin bir saldırı vardır.⁹³ Tüm bu hususlar dikkate alındığında AİHS m. 10’daki ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁹⁴

AİHM Yahudilere yapılan soykırımı, tarihi bir gerçek olduğu için Holokost’un inkârını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir. Ancak Mahkeme tarihçiler tarafından tartışılan ve dünya geneline bakıldığında soykırım olarak ifade edilmeyen ve hala tartışmalı olan olayları 17. madde çerçevesinde değerlendirmeyip, 10. madde bakımından da yaptığı incelemelerde nefreti teşvik edip etmediğini incelemektedir. Bu konuda da incelenmeye değer olan bir karar *Perinçek v. İsviçre*⁹⁵ kararıdır. Bu olayda başvuru Doğu Perinçek, İsviçre’deki bir konferansta yaptığı konuşmada, “Ermeni soykırımının” olmadığını ve bu soykırımın “uluslararası bir yalan” olduğunu ve bu iddiaların 1915’te emperyalist, İngiltere, Fransa ve Çarlık Rusyası tarafından Osman-

⁹¹ *İ.A. v. Türkiye* para 28; *Otto-Preminger-İnstitut v. Avusturya* para 47.

⁹² *İ.A. v. Türkiye* para 28; *Otto-Preminger-İnstitut v. Avusturya* para 47.

⁹³ *İ.A. v. Türkiye* para 29.

⁹⁴ Dini inaç kapsamında nefret söylemi ile ilgili diğer bir örnek başvuruda *Aydın Tatlav v. Türkiye* kararıdır. Bu kararda da başvuru yayımlamış olduğu bir kitapta İslamı eleştirmiştir. Bu kitapta “Allah’ın olmadığını, cahil toplumu uyutmak için yaratıldığını, İslam’ın ilkel bir din olduğunu, halkı cennet ve cehennem hikayeleri ile kandırdığını, sömürü ve köleliği kolaylaştırdığı” gibi ifadeler yer almaktadır Osman DOĞRU / Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 194. Mahkeme bu kararda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Çünkü Mahkemeye göre kullanılan ifadeler çok sert olmasına rağmen mevcut olayda sosyo-politik alanda inançsız bir kimsenin din hakkındaki eleştirilerine yer verilmiştir.

⁹⁵ App No: 27510/08 (ECHR 2015).

lı İmparatorluğunu yıkmak için ortaya atıldığını söylemiştir. Bu nedenle de “Ermeni soykırımını” inkardan dolayı cezalandırılmıştır.

Mahkeme de, ilk olarak Perinçek tarafından kullanılan ifadelerin incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin oluşturduğu içtihadlara göre kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü daha güçlü bir koruma sağlarken, şiddet, nefret, yabancı düşmanlığı ya da diğer hoşgörüsüzlük türlerini içeren ifadeler kural olarak korunmaz.⁹⁶ AİHM, Perinçek’in kullandığı ifadelere genel olarak bakıldığında, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü teşvik ettiği şeklinde anlaşılmaması gerektiğini,⁹⁷ söz konusu olaylar 1915’te Osmanlı topraklarında gerçekleştiği ve bu nedenle de Holokost inkarındaki gibi doğrudan bir ilişki olmadığı ve başvuru tarafından kullanılan ifadeler ne Ermeniler ne de Türkler arasında düşmanlığa neden olmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁸

Mahkeme genel olarak soykırım ifadesini, ancak bir grubu tamamen ortadan kaldırma amacının olması halinde kullanılabileceğini ve yasal olarak da soykırımı kanıtlamanın kolay olmadığını belirtmiştir.⁹⁹ Buna ek olarak “Ermeni soykırımının” günümüzde de tartışıldığının altını çizmiştir.

Benzer bir şekilde başvuru tarafından kullanılan ifadelerin doğrudan Ermeni toplumuna yöneltilmediğini, aksine katliamlardan emperyalist güçleri sorumlu tuttuğu ve bu nedenle de hem 1915 olayları sebebiyle acı çeken ve ölenlerin onurunu hem de altsoyun onur ve kimliğini zedelediği gerekçesiyle ceza hukuku kapsamında alınan önlemlerin kabul edilemez olduğunu söylemiştir.¹⁰⁰ Son olarak da “Ermeni soykırımının inkarı” konusunda Avrupada oluşan

⁹⁶ *Perinçek v. İsviçre* para 230.

⁹⁷ *Perinçek v. İsviçre* para 233. Perinçek, hem Ermeniler hem de Türkler tarafından bir katliamın yapıldığını kabul etmekle birlikte, bunun bir soykırım olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

⁹⁸ *Perinçek v. İsviçre* paras 244-246.

⁹⁹ Bkz TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR VD., a.g.e., s. 352.

¹⁰⁰ *Perinçek v. İsviçre* para 252.

bir konsensus olmadığı¹⁰¹ ve verilen hapis cezasının ağır olduğunu özellikle de İsviçre tarafından başka cezanın da verilebileceğini belirtip, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak nefret söylemleri ırk, etnik köken, dini inanç veya cinsel yönelim nedeniyle olabilmektedir. Bu husular AİHS m. 17 çerçevesinde de gündeme gelebilir. Ancak bu iki maddenin uygulanması bakımından şu sonuca varılabilir: AİHS m. 17 kapsamındaki ifadeler, genel olarak bir etnik kökenin, ırkın, dinin veya demokratik bir düzenin yok edilmesine veya ilgili kimselerin dışlanmasına yönelik olmasına karşın m. 10/2 kapsamında ise sadece belli grup veya kişilere karşı ırkı, etniği, dini veya cinsel yönelimi gibi hususlarda nefret duyması söz konusu olmakla birlikte, bu kişi veya grupları toplumdan dışlama veya onları yok etme amacı yoktur.

B. Şiddet İçerikli Söylemler

Birçok tanımda olduğu gibi AİHM, şiddet içerikli söylemlerin tanımını da yapmamıştır. Şiddet, bir devletin gücünü veya etkisini veya var olan bir inancın kaba güç kullanarak yıkılması şeklinde ifade edilebilir¹⁰² ve kişi/kişileri veya grupları kaba güç kullanmaya teşvik eden veya çağıran ifadeler de şiddet söylemi olarak tanımlanabilir.

AİHM şiddet olaylarını değerlendirirken, söz konusu ifadelerin şiddete çağrı yapıp yapmadığını araştırmaktadır. Ancak her olayın kendine özgü koşullarını da göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin ifadelerin kullanıldığı yer ve zaman, ilgili ifadeler kullanıldıktan sonra kamu düzeninin bozulmasına etki edip etmediği, söz konusu ifadelerin akademik olmasına bağlı olarak farklı bir bakış açısı oluşturmayı amaçlaması ve dengeleyici unsurların olması gibi husus-

¹⁰¹ *Perinçek v. İsviçre* para 257.

¹⁰² MACMILLAN DICTIONARY, <http://www.macmillandictionary.com/thesaurus/british/subversive> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

lar da bir ifadenin şiddet söylemi olarak belirlenmesinde etkilidir. Mahkemenin bu şartları ışığında *Sürek v. Türkiye (No:3)*¹⁰³ kararı incelendiğinde, şiddeti teşvik nedeniyle m. 10'un ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu olayda başvuru, haftalık bir dergide bir haber yorumunu yayınlamıştır. Bu yorumdan dolayı da “devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda” yapma suçundan cezalandırılmıştır. Mahkeme, basının şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik, ülke bütünlüğünün korunması, asayişsizlik ve suçun önlenmesi için konulmuş olan sınırların aşılmaması gerektiğini kabul etmekte olup, bölücü olanlar da dahil olmak üzere bilgi sağlanması ve siyasi hususlarda bilgi verilmesi, basın için bir zorunluluk olduğunu ve halkın da bilgi alma hakkı olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁴

Olayda başvuru ulusal bağımsızlık mücadelesi verildiğini, bu mücadelenin “Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine yönelik bir savaş” olduğunu ve keza “Topyekün bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz” şeklinde ifadeler kullanıldığını belirtmiştir.¹⁰⁵ Mahkeme bu ifadelerin şiddete çağrı olduğunu tespit etmiştir.¹⁰⁶ AİHM makalenin yayınlandığı döneme de dikkat çekmiştir. Son olarak da başvuru kendisinin ilgili makale ile şahsen bir bağlantısının mevcut olmadığını iddia etmesini Mahkeme, yeterli bir dayanak olarak kabul etmemiş ve bu noktada başvurunun “şiddet ve nefretin körüklenmesi(nde)” bir araç temin ettiğini vurgulamıştır.¹⁰⁷

Bu konuda diğer bir örnek de *Piermont v. Fransa*¹⁰⁸ kararıdır. Bu davada başvuru Alman bir politikacı olup Fransız Polinezyasında¹⁰⁹ bir miting sırasında Fransız Polinezyasının bağımsızlığını desteklediğini ve nükleer karşıtı olduğunu ifade etmiştir. Bu görüşleri sebebiyle başvuru sınırdışı

¹⁰³ App No: 24735/94 (ECHR 1999).

¹⁰⁴ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 38.

¹⁰⁵ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 40.

¹⁰⁶ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 40.

¹⁰⁷ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 41.

¹⁰⁸ App Nos: 15773/89; 15774/89 (ECHR 1995).

¹⁰⁹ Güney Pasifik'te bir Fransız denizaşırı toprağıdır.

edilmiş ve bir daha Polinezya topraklarına girmesi yasaklanmıştır. Bu yasaklamaların temel nedeni ise, kamu düzeninin sağlanması ve toprak bütünlüğünün korunmasıdır. Mahkeme’ye göre başvuru miting sırasında şiddet çağrısında veya düzenin bozulmasına yönelik hiçbir faaliyette bulunmamış ve başvuru kişinin bağımsız bir Polinezya düşüncesi ve nükleer karşıtı görüşleri, zaten oradaki bazı siyasi partiler tarafından desteklenmektedir. Böylelikle de başvuru kişinin ifadeleri demokratik bir tartışmaya katkı sağlamıştır.¹¹⁰ Dahası miting sonrası da kamu düzenini bozacak herhangi bir eylem meydana gelmemiştir.¹¹¹ Böylece başvuru ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

*Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*¹¹² davasında da ilk başvuru akademisyen ve ikinci başvuru yayınevi sahibidir. İlk başvuru kişinin yazmış olduğu kitap nedeniyle “Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda” yapmaktan suçlandırılıp hem hapis cezasına hem de tazminata mahkum edilmiştir. Mahkemeye göre, Kürt bölücülüğüne destek verdiği şeklinde anlaşılabilecek ifadeler kullanmasıyla birlikte Kürt sorununun karmaşık olduğu ve sadece Türkiye’nin değil aynı zamanda bu sorunun bazı komşu ülkelerle de ilişkili olduğunu belirtmiştir.¹¹³ Bu nedenlerle de Mahkeme, söz konusu ifadelerin şiddete teşvik olarak yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır.¹¹⁴ Ayrıca AİHM, ulusal mahkemelerin, başvuru kişinin hem “akademik ifade özgürlüğü hakkını” hem de Türkiye’nin güneydoğusundaki durumun “farklı bir bakış açısından bildirilmesine ilişkin kamu haklarını” göz önünde

¹¹⁰ *Piermont v. Fransa* para 77.

¹¹¹ *Piermont v. Fransa* para 77.

¹¹² App Nos: 23536/94; 24408/94.

¹¹³ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 64.

¹¹⁴ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 64.

bulundurulmadığını belirtmiştir.¹¹⁵ Sonuç olarak da ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁶

Şiddet kapsamına, genel olarak terör veya terörü teşvik eden ifadelerin girdiği kabul edilmektedir. AİHM kararlarına bakıldığında da taraf devletlerin terör nedeniyle ülkenin bütünlüğü, bağımsızlığı ve kamu düzeninin bozulduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirildiği görülmektedir.

Terör eylemleri veya terörü teşvik eylemleri şiddete teşvik olarak kabul edilmesine rağmen, terörün uluslararası hukukta herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Ancak terör ve terörizm şu şekilde tanımlanabilir: terör genel bir yaklaşımla “uzun süreli korku ve dehşet durumunu ifade etmede” kullanılırken terörizm ise “bu durumun ortaya çıkarılmasını amaçlayan strateji(nin)” ne olduğunu açıklamaktadır.¹¹⁷ Genel olarak terörizmden bahsedebilmek için baskı, korku, yıldırma ve şiddetin varlığı gereklidir.¹¹⁸

Uluslararası hukuktaki uygulamalara paralel bir tavır AİHM’de de görülür. Ne Mahkeme ne de Sözleşme terörün bir tanımını yapmıştır. Avrupa Konseyine taraf devletler Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi’ni kabul etmesine rağmen bu Sözleşme’de de doğrudan doğruya terörün tanımı yapılmamış, ancak hangi antlaşma kapsamında veya belirlenen antlaşmalar kapsamına giren suçların terör suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹¹⁹

¹¹⁵ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 65.

¹¹⁶ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* davasında ikinci başvuru için Mahkeme mahkumiyetinin ve cezasının kanunlar tarafından öngörülmediği gerekçesiyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu noktada da Mahkeme, ikinci başvurunun yargılanmasına neden olan madde hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğini ve lehe olan kanun hükmünün faile uygulanması ilkesine dayandırmıştır.

¹¹⁷ Mesut Hakkı CAŞIN, *Uluslararası Terörizm*, Noel Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 102.

¹¹⁸ Bkz CAŞIN, *a.g.e.*, s. 126.

¹¹⁹ Madde 1 ve bu maddeye göre terör kapsamında değerlendirilecek antlaşmalar şunlardır: “1) 16 Aralık 1970 tarihinde Lahey’de imzalanan, Uçakların Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesi Söz-

AIHM kararlarına bakıldığında taraf devletlerin takdir hakkı çerçevesinde kişi veya kişilerin terörü teşvik ettiklerinden bahisle ifade özgürlüğü hakkına sınırlamalar getirdiğine şahit olunmaktadır. AIHM terörü teşvikten ne anlaşılması gerektiği konusunda 2005 yılından sonraki bazı kararlarında Avrupa Konseyine üye ülkelerince kabul edilen Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye atıfta bulunmuştur. Söz konusu bu Sözleşmenin 5. maddesi bir terör suçunun işlenmesine aleni teşvik suçunu “terör suçunun işlenmesini teşvik niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla bu tür bir suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde sunulması” şeklinde tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için de ilgili eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması aranmamaktadır. Terörü teşvik mesajının kamuya sunulması çeşitli araç ve tekniklerin kullanılmasıyla olabilmektedir. Söz konusu araç ve tekniklerden bazıları şöyle sıralanabilir: “Basılı yayınlar veya kişilerin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkânların, özellikle, mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkânları sunan internetin kullanımı.”¹²⁰

leşmesi; 2) 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal'de imzalanan, Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanunsuz Hareketlerin Önlenmesi Sözleşmesi; 3) 14 Aralık 1973 tarihinde New York'da kabul edilen, Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; 4) 17 Aralık 1979 tarihinde New York'ta kabul edilen, Rehin Alma Olaylarına Karşı Uluslararası Sözleşme; 5) 3 Mart 1980 tarihinde Viyana'da kabul edilen, Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşme; 6) 24 Şubat 1988 tarihinde Montreal'de imzalanan, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanunsuz Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi ile İlgili Protokol; 7) 10 Mart 1988 tarihinde Roma'da imzalanan, Denizcilik Seyrüsefer Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi; 8) 10 Mart 1988 tarihinde Roma'da imzalanan, Kıta Sahaneliği Üzerinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Kanunsuz Eylemlerin Önlenmesi Protokolü; 9) 15 Aralık 1997 tarihinde New York'ta kabul edilen, Terörist Bombalamalarının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, 10) 9 Aralık 1999 tarihinde New York'ta kabul edilen, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” (Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi).

¹²⁰ Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları: 2, Ankara, 2013, <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/>

Genel olarak AİHM'nin ve ulusal makamların, terör kapsamında “şiddete çağrı” kavramı birbirinden farklıdır ve bu nedenle de ulusal mahkemeler tarafından terörü teşvik sayan birçok eylem veya durum AİHM tarafından 10. madde tarafından koruma altına alınabilmektedir.¹²¹

Terörü tasvip etmeye *Leroy v. Fransa*¹²² davası örnek gösterilebilir. Bu dava AİHM'nin, “Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ne doğrudan atıf yaptığı bir davadır. Olayda başvuru karikatürist olup, 11 Eylül 2000 tarihinde Dünya Ticaret Merkezi İkiz Kulelere yapılan saldırılardan iki gün sonra haftalık yayınlanan bir dergide, “*Biz bunu hep hayal etmiştik... Hamas bunu yaptı*” yazısı bulunan bir çizimi yayınlamıştır.¹²³ Bunu izleyen süreçte ise başvuru, “terörü müdafaa etmekte (övmekte) suç ortaklığı ve terörü övme fiillerinden” dolayı cezalandırılmıştır. AİHM, bu olayda başvurunun aldığı ceza nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kararın gerekçeleri şu şekildedir: Başvuru ilgili karikatür ile Amerikan emperyalizminin yıkılmasını desteklediğini iddia etmesine karşın, Mahkeme karikatürün tamamına bakıldığında Amerikan emperyalizmini eleştirmediğini, “onun şiddet yolu ile yok edilmesi fikrinin desteklendiği ve yüceltildiği(ni)” belirtmiştir.¹²⁴ Bu karikatür, birçok sivilin maruz kaldığı şiddeti olumlu bir şekilde yorumlamak suretiyle mağdurların onuruna zarar vermesine neden olmuştur.¹²⁵ Dahası karikatürün yayınlandığı dönem ve yer de göz önünde bulundurulmalıdır. Öyle ki, karikatür politik yönden hassas bir yer olan Bask bölgesinde yayınlanmış-

kdgm/resources/uploads/bütün-boyutlari-ile-terorizmin-onlenmesi-ve-avrupa-sozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 08.10.2017), s. 44.

¹²¹ DOĞRU / NALBANT, s. 195.

¹²² AppNo:36109/03 (ECHR 2008)

¹²³ İlgili karikatürde, 11 Eylül 2001’de iki tane uçağın çarpmasından sonra toz bulutu içinde yıkılan dört adet gökdelen resmedilmiştir.

¹²⁴ *Leroy v. Fransa* para 43.

¹²⁵ *Leroy v. Fransa* para 43.

tır.¹²⁶ Bu gerekçeler de ifade özgürlüğünün haklı nedenlerden dolayı sınırlandırıldığını göstermektedir.

Diğer bir örnek de *Gözel ve Özel v. Türkiye*¹²⁷ kararıdır. Olayda, yayımlanan üç makalede “terör örgütü açıklamaları” olarak nitelendirilen söylemler nedeniyle ilgililerin cezai sorumluluklarına gidilmiştir. Özellikle de başvuru Gözel, yasadışı bir örgütün merkez komitesi tarafından hazırlanan bir açıklama-yı yayımlamıştır. AİHM, yerel mahkemelerin “sadece başvuranlar dergilerinin Türk hukukunda terörist olarak nitelendirilen bir örgütün yazılarını yayınladığı” dikkat çekmiştir. Ancak AİHM’ne göre “ne yasaklanmış bir örgütün mensubu olan bir kişinin konuşması ya da açıklama yapması, ne de herhangi bir kimsenin hükümetin politikalarını sert bir şekilde eleştirmesi, ifade özgürlüğü hakkına müdahale edilmesini haklı kılamayacağı” sonucuna varmıştır. Mahkeme, herhangi bir ifadede şiddetin teşvik edilip edilmediğinin tespiti için, daima ifadelere tamamlanması dikkate alınması gerektiği kriterine vurgu yapmıştır.

AİHM, taraf devletlerin teröre destek ve terörü teşvik suçlarını önlemede gerekli tedbirleri alma hakları olduğunu kabul etmekle birlikte, “sadece mesajı verenin doğasına ve kime verildiğine değil, AİHM’nin içtihadı anlamında söz konusu yazının içeriğine ve hangi bağlamda yayınlandığına da dikkat edilmesi” gerektiğini söyleyerek, bu olayda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Genel olarak AİHM, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği konusunda, ilgili ifade ve söylemin şiddete teşvik ya da şiddete destek olup olmadığı açısından değerlendirmektedir. Ancak yargıç Bonello’ya göre bu kriter yeterlidir.¹²⁸ Ona göre söz konusu tahrir **“açık ve mevcut bir tehlike”** yaratıyorsa

¹²⁶ *Leroy v. Fransa* para 45.

¹²⁷ App Nos: 43453/05; 31098/05 (ECHR 2010).

¹²⁸ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini incelerken “açık ve yakın tehlike” olup olmadığını dikkate almaktadır. AİHM

demokratik bir toplumda haklı bir gerekçe olacaktır, ancak “güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa” ifade özgürlüğü hakkı var sayılmalıdır.¹²⁹ AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’ ifade biçimlerine karşı özgürlükçü bir perspektiften bakarak hoşgörü ve sabır gösterilmesi gerektiğini belirtirken, bu söylemlerin arkasındaki düşüncelerin **şiddeti bir yöntem olarak kullanmak, şiddet övgüsü yapmak, şiddeti teşvik, telkin ve tavsiye etmek** ve de **şiddet çağrısı yapmak** suretiyle gerçekleştirilmesi teşebbüslerini ise asla ifade ve medya özgürlüğü kapsamında kabul etmemektedir.¹³⁰

Özet olarak AİHM, cebir ve şiddetin tavsiyesi, telkini ve şiddetin bir yöntem olarak kullanılmasını öngören teklifler gibi şiddet içeren ifadeler kullanılmasının ve kişi veya kişileri/grupları şiddete davet eden ifadelerin AİHS m. 10 kapsamındaki korumadan yararlanamayacağı sonucuna varmaktadır. Benzer şekilde terör eylemleri veya terörün teşvik edilmesinin de ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağı açıktır.

C. Müstehcen İçerikli Söylemler

Müstehcen ifadenin tanımı hem AİHS hem de AİHM tarafından yapılmamıştır. Bu kavram en çok tartışmalı olan kavramlardan birisidir. Müstehcen

ise bu kriteri uygulamamakta, bunun yerine “*demokratik toplumda gerekli olma*” ve “*orantılılık*” kriterlerini göz önünde bulundurmaktadır. Bkz YÜKSEK, **a.g.e.**, s. 137. “Açık tehlikeden, şüpheye yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olması” kast edilirken, (Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, “*Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları*”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/51-52/21-yasar-salihpasaoglu-turk-hukuk-sistemi-ne-yansimalari.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2017, s. 234), yakın tehlikeden de somut ve derhal gerçekleşebilecek tehlikeyi ifade edilmektedir. (TEZCAN / ERDEM / SANCAKTAR VD., **a.g.e.**, s. 336). Bu kriterlere göre ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için somut bir zararın açık ve yakın olması gerereker. Eğer zarar soyutsa, ilgili söylem yıkıcı nitelikte olsa bile ifade özgürlüğü ihlal edilmeyecektir YÜKSEK, **a.g.e.**, s. 137.

¹²⁹ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, Hakim Bonello’nun Mutakabat Şerhi.

¹³⁰ GÜL, “*İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları*”, s. 392.

kavramı “[a]çık saçık, edebe aykırı, yakışsız” anlamlarına gelmektedir.¹³¹ Müstehcen söylemleri de görsel, yazılı ya da sözlü olarak cinsel dürtüleri uyandıran, ahlaka aykırı ya da toplum tarafından hoş karşılanmayan ifadeler şeklinde tanımlamak mümkündür. Genel olarak müstehcen ifadelerin yasaklanması dini ya da ahlaki temellere dayandırılmaktadır.¹³²

Müstehcenliğin etimolojik olarak tanımı, “*duyular açısından tiksindirici veya nefret uyandırıcı ya da pis, açık-seçik, ayıp, iğrendirici veya hoş olmayan*” şeklinde ele alındığında, müstehcen kavramı pornografiden farklılaşmaktadır.¹³³ Pornografi sadece erotik, seksi tasvirler için kullanılması nedeniyle, kavramsal olarak müstehcenlikten farklı olmasına rağmen, birçok ülke tarafından eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır.¹³⁴ Bu nedenle de müstehcenliğin, genellikle seks ile birlikte kullanıldığı sonucuna varılmaktadır.¹³⁵

AIHM içtihadları incelendiğinde de görüleceği üzere, ahlak anlayışı bakımından tüm taraf devletler bakımından kabul görmüş ortak bir ahlak anlayışı yoktur.¹³⁶ Ahlak anlayışı toplumdan topluma ve zaman içinde değişebilmektedir. Mahkeme “devlet yetkilileri, ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumda” olduklarını kabul etmektedir.¹³⁷ Bu nedenle de taraf devletlerin ahlak anlayışı bakımından takdir hakkı daha geniştir. Mahkeme müstehcen söylemlerde de

¹³¹ Türk Dil Kurumu http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5738e22fe18257.58380048 (Erişim Tarihi: 15.11.2017).

¹³² Daha geniş bilgi için Bkz. KARAGÖZ, s. 24.

¹³³ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁴ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁵ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁶ Bkz. *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48.

¹³⁷ *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48.

diğer kararlarında olduğu gibi her olayın kendine has özelliklerini dikkate almaktadır.

Bu söylemlerle ilgili olarak ilk incelenmesi gereken *Handyside v. Birleşik Krallık* kararıdır. Davada başvuru “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*” başlıklı bir kitabın bir bölümünde pornografi ve eşcinsellik gibi cinsel içerikli konulardan oluşan kitabı yayınlamıştır. Ahlakın korunması kapsamında, özellikle de gençlerin ahlakının korunması için kitabevinde yapılan aramalar sonucu kitabın tüm nüshalarına el konulmuş ve daha sonraki aşamada ise bu nüshalar imha edilmiştir. Ayrıca başvuru para cezasına da çarptırılmıştır.

AİHM, bu somut olayda ifade özgürlüğünün şu gerekçelerle ihlal edilmediğine karar vermiştir: Öncelikle ders kitabının hedeflediği kitle 12-18 yaş aralığıdır ve kitap bu kesimin hepsinin anlayacağı bir dildedir. İkincisi, Mahkeme’ye göre bu kitabın özellikle de “Kendi Başınıza” başlıklı kısmı gençler için zararlı olabilecek olgunluk faaliyetlerine ve bazı suçları işlemeye teşvik edici nitelik arz etmektedir. Son olarak ise, böylesi bir kitabın, daha geniş kitlelere dağıtımının planlanmış olması da, AİHM’ni, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kararına yönelten gerekçelerden birisi olmuştur.¹³⁸ Bu karar vesilesiyle AİHM, kişilerin düşüncelerini açıklarken ödev ve sorumlulukları olduğuna önemle dikkat çekmektedir. Şöyle ki, düşüncesini açıklayan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen ödev ve sorumluluklar yüklendiğini belirten AİHM, demokratik bir toplumda gerekli olan yasaklar ve cezaların, ahlakın korunmasına yardımcı olup olmadığını araştırırken, bireylerin söz konusu sorumluluklarının göz ardı edilemeyeceğine vurgu yapmaktadır.¹³⁹

¹³⁸ *Handyside v. Birleşik Krallık* para 52.

¹³⁹ EREN, a.g.e., s. 235.

Müstehcen söylemlere bir diğer örnek de *Akdaş v. Türkiye*¹⁴⁰ davası gösterilebilir. Başvurucu Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in Les onze mille verges isimli erotik romanını "On Bir Bin Kırbaç" başlığı adı altında Türkçeye çevirmiş ve yayınlamıştır. Roman müstehcen olduğu gerekçesiyle başvuran para cezasına çarptırılmış ve romanın toplatılmasına karar verilmiştir. Mahkeme'ye göre tarafların sanaçı veya sanatçının eserlerini sunanların/yayımlayanların kim olup olmadığına bakılmaksızın Sözleşme'nin m. 10/2'de belirtilen sınırlamalara tabi tutulacaktır.¹⁴¹ Mahkeme bu eserin yayımlanmasından bir asırdan fazla süre geçtiğini ve eserin birçok ülkede ve birden fazla dile çevrilmiş olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁴² Mahkeme taraf devletlerin takdir hakkını kabul etmesine rağmen, söz konusu takdir hakkının "Avrupa Edebiyatı Mirasında yer alan bir esere halkın, belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidilemeyeceği(ni)" söyleyerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁴³

Mahkeme'nin cinsel içerikli eserleri müstehcen söylemler kapsamında değerlendirmesinde, ilişkinin gerçekleştiği kişi/kişiler veya nesnelerin önem arz ettiği söylenebilir. Mesela *Vereinigung Bilerden Künstler*¹⁴⁴ (*Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği*) v *Avusturya*¹⁴⁵ kararında, başvuru Birlik, düzenlenen sergide Rahibe Teresa, Avusturyalı kardinal Hermann Groer'i ve bir önceki Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ) başkanı bay Jörg Haider, bay Meischberger gibi kamusal figürleri seks pozisyonları içinde gösteren bir tabloda yer almışlardır.¹⁴⁶ Bay Meischberger tarafından açılan dava sonucunda yerel mahkemeler,

¹⁴⁰ App No: 41056/04 (ECHR 2010).

¹⁴¹ Bkz *Akdaş v. Türkiye* para 23.

¹⁴² *Akdaş v. Türkiye* para 26.

¹⁴³ *Akdaş v. Türkiye* para 27.

¹⁴⁴ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* App No: 68354/01 (ECHR 2007).

¹⁴⁵ İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI, "*Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*", (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler)-**Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi**, Sayı: 87, 2010, para 7, s. 522.

¹⁴⁶ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 8, s. 522.

bay Meischberger “*kişilik haklarının sanatsal özgürlüğe göre daha üstün olduğunu*” belirterek resmin sergilenmesinin yasaklanmasına ve tazminata mahkum etmiştir.¹⁴⁷

AİHM tablonun hiciv unsurları içerdiğini, yapısal özellikleri dikkate alındığında ise hicvin, abartarak ve gerçeği çarpıttığı ve özelliği gereği sataşma ve tahrik etmeyi içerdiğini ifade etmiştir.¹⁴⁸ Yine Mahkeme, bay Meischberger’in siyasi bir kişilik olduğu için eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁹ Son olarak da Mahkeme yerel mahkemelerin ilgili tablo için koymuş oldukları yayın yasağının, yer ve zaman bakımından bir sınıra tabi tutulmadığına da vurgu yapmıştır.¹⁵⁰ Bu gerekçelerden hareketle Mahkeme, Birliğin ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Karşı görüş belirten yargıçlara göre Mahkeme’nin çoğunluğunun verdiği bu kararın temeli, ilgili tablonun “*sanatsal ve hicivsel bir doğası*” olduğu gerekçesine dayandırılmaktadır.¹⁵¹ Keza azınlık görüş, Mahkeme’nin, sanatçının “*ne iletmek niyetinde olduğu hususunu*” temel alarak karar vermemesi gerektiği ve bu noktada da asıl dikkate alınması gerekenin, izleyici üzerinde bıraktığı etkiyi hesap etmek gerektiği üstünde durmuştur.¹⁵² Ayrıca, yine bu yargıçlara göre sadece bir sanatçının bir eseri ortaya çıkarması, o eserin “*sanatsal*” olduğu sonucuna varılması için tek başına yeterli değildir.¹⁵³ Söz konusu olayda tablo-

¹⁴⁷ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 16 ve 17, s. 523-524.

¹⁴⁸ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 33, s.529.

¹⁴⁹ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 34, s.529.

¹⁵⁰ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 37, s.530.

¹⁵¹ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* Bkz Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

¹⁵² *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler).

¹⁵³ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

nun sanatsal ya da hicivsel olarak değerlendirilmemesi gerekir, çünkü tabloda birbirinden ilgisiz kişilerin “grup seks pozisyonları” gösterilmekte olup, herhangi bir “faydalı mesaj vermeyen”, “ahlak dışı görüntülerin değersizce bir araya getirildiği” ve tasvir ettiği her kişinin onuruna zarar veren bir tablodur.¹⁵⁴ Bu nedenle de ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği yönünde karar verilmelidir.

Karşı görüşteki yargıçların da ifade ettiği gibi, bir eserin sadece sanatçı tarafından ortaya çıkartılması onun sanat eseri olduğu sonucuna varılması için yeterli bir unsur değildir. Her sanat eserinde verilmek istenen mutlak bir amaç olmasa bile sanat eserleri hiç kimsenin kişilik haklarını ihlal etmemesi gerekir. Bir kimsenin de sırf topluma mal olmuş kişi olması da onun bu tür konulara maruz kalmasını gerektirmemektedir.

Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya kararının aksine AİHM, *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*¹⁵⁵ kararında, ifade özgürlüğünün Sözleşmeciler tarafından ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu davada Müller’in sergilediği üç resim¹⁵⁶ müstehcen olduğu gerekçesiyle bu resimlere el konulmuş, Müller ve diğer başvuru sahipleri, müstehcen görüntü yayınlamaktan dolayı suçlu bulunmuşlardır.

AİHM’ne göre, sanatsal eserler ve bunları ortaya koyanlar, demokratik bir toplumda fikir alışverişine katkıda bulunmakta olup, Sözleşmeciler devletler söz konusu eserlere ve kişilere gereksiz ve abartılı biçimde müdahalelerle ifade özgürlüğünü haksız yere kısıtlama cihetine gitmemelidir.¹⁵⁷ Ancak bu durum da, sanat eserlerinin AİHS m. 10/2’de belirtilen sınırlamalar kapsamında olmadığı

¹⁵⁴ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

¹⁵⁵ App No: 10737/84 (Çeviren: Osman Doğru).

¹⁵⁶ Bu resimlerde çeşitli cinsel ilişkiler resmedilmiştir: Erkekler arası oral seks ilişkileri, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon ve ereksiyon halindeki erkeklere yer verilmiştir.

¹⁵⁷ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 33.

anlamı çıkartılmamalıdır.¹⁵⁸ AİHM söz konusu resimlerin özellikle insanlar ve hayvanlar arasındaki cinsel ilişkileri kaba bir şekilde gösterdiğini, serginin ücretsiz olması ve yaş sınırının da olmamasından dolayı, sergilenen görsellerin “olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına...büyük ölçüde muhalif” oldukları ve ahlaki korumak için yapılan sınırlama ve müdahalenin de, bu çerçevede Sözleşme’yi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁹

Müstehcen söylemlere ilişkin olarak AİHM, cinsel ilişkinin kimler arasında gerçekleştirildiği, hangi yaş grubuna hitap ettiği, eserlerin dünya sanatı veya bilimi alanında önemli olup olmadığı gibi hususları da dikkate almak suretiyle, müstehcen söylemler kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması cihetine gitmektedir.

IV. SONUÇ

İfade özgürlüğü veya diğer bir deyişle düşünceyi açıklama ve yayma serbestiyeti, öncelikle sınırsız bir özgürlük olmayıp, kimseye söz, yazı, resim ve semboller vasıtasıyla bir suç işleme imkanı vermemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nin bu konudaki içtihadı ise gayet açık ve nettir. AİHM, yazılı, çizili veya sözlü herhangi bir ifade biçiminin çevreyi ve muhataplarını, olsa olsa *şok edici*, *rahatsız edici*, *kızdırıcı*, *tiksindirici* olabileceğini, ancak bir ifadenin asla ve asla cebir (zor kullanma) ve şiddeti teşvik, telkin, tahrik ve tavsiye edici olan, ayrıca şiddet kullanımını öven ve savunan ve de şiddet çağrısı yapan bir nitelikte olamayacağını pek çok kararında önemle vurgulamıştır. (Mesela bkz, *Leroy v. Fransa Kararı*, 02.10.2008, No: 36109/03; *Pavel Ivanov v. Rusya Kararı*, 20.02.2007, No: 35222/04; *Gündüz v. Türkiye Kararı*, 04.12.2003, No: 35071/97). AİHM ayrıca cebir, şiddet ve terörü bir yöntem olarak kullanmayı deklare eden ve cebir, şiddet ve terörü sevimli, sem-

¹⁵⁸ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 34.

¹⁵⁹ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 36.

patik göstermeye çalışan ve bu yöntemleri kullanan şiddet faili ve teröristleri yine sempatik, şirin, masum ve mağdur olarak yansıtmaya, terör ve teröristi mazur göstermeye gayret eden ve halkı silahlı direniş ve isyana tahrik eden düşünce açıklamalarının da, her ne surette olursa olsun ifade özgürlüğü kapsamına girmediğine, yine pek çok kararında açıkça atıf yapmıştır. (Mesela bkz. *Faruk Temel v. Türkiye Kararı*, 01.02.2011, No: 16853/05; *Sürek v. Türkiye Kararı*, 08.07.1999, No: 26682/95). AİHM, *Sürek v. Türkiye Kararı*'nda, dava-ya konu olan mektuptaki ifadelerin “*kanlı bir intikam çağrısı*”na vardığını ve kişileri “*fiziki şiddet riski*”ne maruz bıraktığından hareketle, bu içerikteki düşünce açıklamalarının da ifade özgürlüğünden faydalanamayacağına karar vermiştir. Bu söylem ve ifade biçimlerinin medya vasıtalarıyla yapılması durumunda ise, medya özgürlüğünden hukuken bahsedilemeyeceği gayet açıktır. Hatta ceza hukuku sistemlerinde bu tip durumların, cezada ağırlaştırıcı sebepler olarak hükme bağlandığı görülmektedir.

AİHS kadar, AİHM'nin de nefret söylemi, şiddet içeren ve müstehcen söylemlerin tanımını açık ve net olarak yapmadığı görülmektedir. Bunun nedeni olarak da, sürekli gelişen ve ilerleyen bir toplumda, yer ve zamana bağlı olarak birçok kavramın anlamının genişlemesi gösterilebilir. Aksi halde bu türden bazı kavramların tanımlanması, bunların kapsam dünyalarının daraltılması anlamına gelecektir.

AİHS m. 10/2 ifade özgürlüğünün sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu sınırlamalar özellikle modern dünyada nefret, şiddet ve müstehcen ifade ve söylem biçimlerinin artmasıyla ve taraf devletlerin de kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve korunması, toprak bütünlüğünün korunması, ahlakın ve sağlığın korunması bakımından önemli bir mekanizma haline gelmiştir.

Nefret söylemleri bakımından Mahkeme ikili bir ayırıma gitmektedir. 17. madde kapsamında hakkın kötüye kullanılması halinde Sözleşme'deki ko-

rumadan yararlanılmayacağına karar vermektedir. Bu maddenin uygulanması istisna olup, Yahudi soykırımının inkarı, etnik nefret veya demokratik düzene karşı, özellikle de totaliter görüşleri destekleyen söylem biçimlerini koruma dışında bırakmıştır. 10. madde ise daha genel bir hüküm olup ırkçılık, dini nefret, cinsel yönelim gibi hususları incelemiştir. Bu iki hükümden hangisinin uygulanacağı konusunda ise, her bir olayın ayırıcı özellikleri önem arz etmektedir. AIHM Genellikle, belli bir grubu yok etme veya dışlama ya da demokratik düzeni yıkmamanın amaçlandığı düşünüyorsa 17. maddeyi, bunun dışında kalan hususlarda ise m. 10/2'yi uygulamaya çalışmaktadır. Nefret söylemleri bakımından önemli olan, sadece nefret içeren ifadelerin kullanılması halinde taraf devletlerin, takdir hakkını kullanarak sınırlamaya başvurabilmesidir. Aksi halde, ayrıca nefrete yönelik bir çağrı yapılmasına gerek yoktur

Şiddet içeren söylemler bakımından, özellikle şiddetin telkin, teşvik ve tavsiye edilip edilmediği, cebir ve şiddet çağrısının yapıp yapılmadığı kadar, şiddet söylemlerinin gerçekleştiği yer ve zaman, kim tarafından yapıldığı ve söylemlerden sonra kamu düzeninin bozulup bozulmadığı gibi hususlar, böylesi ifadelerin sınırlandırılması noktasında öne çıkan konulardan bazılarıdır.

Son olarak da, müstehcen söylemlerin sınırlandırılması konusunda, Avrupa'da yerleşik bir konsensus olmadığı için, bu hususta taraf devletlerin takdir hakkı (marjı) daha da genişlemiştir. AIHM, müstehcen söylemleri değerlendirirken, ayrıca bu söylemlerin kimlere hitap ettiğini, muhatapların topluma mal olmuş ve kamuoyunun gözü önündeki kişilerden olup olmadığını ve bunların özellikle de politikacı ve yönetici olup olmadığını gibi hususları dikkate alarak değerlendirmesini yapmaktadır.

KAYNAKÇA

AKDENİZ, Yaman; “*İnternette Irkçılık*”, in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

ALĞAN, T. Cengiz ve Şensever, F. Levent; **Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek**, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010.

ARSLAN, Zühtü (Derleyen); **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

ARSLAN, Zühtü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005.

BAKIRCIOĞLU, Önder; “*Freedom of Expression and Hate Speech*” **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol:16/1, 2008.

BIÇAK, Vahit; “*Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

CAŞIN, Mesut Hakkı; **Uluslararası Terörizm**, Noel Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.

DOĞRU, Osman ve Nalbant, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ERDOĞAN, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007.

EREN, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

ERGIN, İlker Yavuz; **İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Basılmamış Yüksek lisans Tezi), Kayseri, 2015.

GÖKTEPE, Hüseyin; “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret*” **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 25, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜL, Cengiz; “*İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları*”, **IETC, ITEC, IDEC, ITICAM 2016 Proceedings Book** - February 4-6, 2016 - Dubai, UAE, 2016, ss. 389-396.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI; *Vereinigung Bilderden Künstler v Avusturya*, (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler)-**TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010.

KARAGÖZ, Kasım, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara, 2004.

KARAN, Ulaş; “*Nefret Söylemi Kavramı ve Türkiye’de Mevcut Hukuki Durum*” **Güncel Hukuk**, 2010, ss. 6-78.

KARAN, Ulaş; “*Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?*” in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

KEANE, David; “*Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights*” **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol: 25/4, 2007.

KÜZECİ, Elif; “*AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, 2007.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; “*Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları*”, http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/51-52/21-yasar-salihpasa_oglu-turk-hukuk-sistemine-yansimalari.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

SUNAY, Reyhan; **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

ŞAHBAZ, İbrahim; **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TEZCAN, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat; **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TULKENS, Françoise; “*When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*”, in Josep Casadewall and others (eds), *Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publisher, 2012.

VILLIGER, Mark E; “*Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice*”, in Josep Casadewall and others (eds), *Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publisher 2012.

WEBER, Anne; **Nefret Söylemi El Kitabı**, (Çeviri: Metin Çulhaoğlu) Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/f4034d4ac32cd2c21e546188b86e9034.pdf> . (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

WHITE, Robin CA. / Ovey, Clare; **The European Convention on Human Rights**, 5th edn, Oxford University Press, 2010.

YÜKSEK, Mehmet; “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları*”, **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016.

DIĞER KAYNAKLAR

“*AIHM, Nefret Söylemi (Bilgi Notu)*”, Haziran 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 12.11.2017).

“*Nefret Söylemi Nedir?*”, http://www.nefretsoylemi.org/nefret_soylemi_nedir.asp (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi*”, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları: 2, Ankara 2013, <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/bütün-boyutlari-ile-terorizmin-onlenmesi-ve-avrupa-sozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Racism and Xenophobia in Cyberspace*”, Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation No:1543(2001), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTMLen.asp?fileid=16960&lang=en> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006*”, <http://www.osce.org/odihr/26759?download=true> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

MACMILLAN DICTIONARY, <http://www.macmillandictionary.com/thesaurus/british/subversive> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Nefret Söylemine Dair Bakanlar Komitesi'nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı*”, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa>

_konseyi_standartlari_ 05052014.pdf (Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ile mücadele – Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014. (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

TÜRK DİL KURUMU (TDK), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5738e22fe18257.58380048. (Erişim Tarihi: 21.10.2017).