

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ VE İHAM KARARLARI
İŞİĞİNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ceren Ezgi ÖZLÜ

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

AĞUSTOS 2015

ÖNSÖZ

Akademik literatüre 1980’li yıllarda girmiş olan nefret söylemi kavramının ayrımcılık yasağı ve insan onurunun korunması gibi insan hakları değerlerine aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple söz konusu kavram kural olarak ifade özgürlüğünün istisnası olarak kabul görmektedir. Bu eğilimin tek istisnası ise Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) karşımıza çıkmaktadır. ABD hukuk sisteminde bu söylem türü ifade özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmekte ve sınırlanması çok istisnai koşullarda mümkün olmaktadır. Bu ayırmadan hareketle çalışmanın konusunu nefret söylemine ve bu kapsamda ifade özgürlüğüne ilişkin birbirinden keskin çizgilerle ayrılan Avrupa yaklaşımı ile ABD’deki kendine has yaklaşımın karşılaştırması oluşturmaktadır. Avrupa yaklaşımı “İnsan Hakları Avrupa Anayasa’sı” kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadı kapsamında ele alınmıştır.

Çalışma konusu olarak nefret söylemi kavramının tercih edilmesinin nedeni konuya duyduğum kişisel ilgidir. Hukuk fakültesindeki eğitimime başlamadan önceki süreçte, esas olarak çocukluğumun büyük bir kısmında, gündelik yaşamın yanı sıra kitle iletişim araçları vasıtasıyla duyduğum ve o dönem anlamlandıramadığım ırkçı ve cinsiyetçi söylemler ve bunlardan duyduğum rahatsızlık, bu tür söylemlerle nasıl mücadele edilebileceği yönünde bende bir merak uyandırmıştı. Lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca özellikle insan hakları hukukuna ve ifade özgürlüğü konusuna duyduğum ilgi bana nefret söylemi ve ifade özgürlüğü konularında çalışma olanağı sunmuştur. Farklı hukuk sistemlerini çalışmaktan duyduğum heyecan ve ABD hukuk sistemindeki keskin farklılık da bana ABD ile Avrupa karşılaştırması yapma imkanı sağlamıştır.

Konu seçiminde bana yol gösteren, tezin hiçbir aşamasında yardımlarını benden esirgemeyen ayrıca bununla birlikte tez dışındaki akademik faaliyetlerimi de destekleyen değerli hocam ve tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik’e nasıl teşekkür edeceğimi bilemiyorum. Tezin her aşamasında beni cesaretlendiren olumlu tutumu ve ilgisi çalışmaya dört elle sarılmamı sağlamıştır. Ayrıca bir dönem birlikte çalışma olanağına sahip olduğum, eleştirileriyle bana yol gösteren ve çalışmaya ilişkin kaynak araştırmalarımı tamamlamam için yurtdışında bulunmamı destekleyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Sevtap Yokuş Veznedaroğlu’na teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Yine iş yoğunluğuna rağmen tez yazım sürecinde bana anlayış gösteren ve beni cesaretlendiren kıymetli hocam Yrd. Doç. Dr. Barış Bahçeci’ye teşekkürlerimi sunuyorum.

Umutsuzluğa düştüğümde beni cesaretlendiren değerli arkadaşlarım ve meslektaşlarım Ar. Gör. Murat Esmer, Ar. Gör. Uğur Kaynakçıoğlu, Ar. Gör. Oğuzhan Keskin, Ar. Gör. Cansu Yener, Ar. Gör. Buket Karaman, ve Ar. Gör. Mürvet Büyükçalık’a teşekkür ederim. Onları zaman zaman ihmal etsem de her zaman yanımda olan ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen annem, babam ve

kardeşime sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Son olarak tez çalışmama tanıklık eden ve bu süreçte kahrımı çeken Ozan Deniz Özel'e de teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------------|------|
| ÖNSÖZ | ii |
| İÇİNDEKİLER | iv |
| KISALTMALAR | vii |
| RÉSUMÉ | viii |
| ABSTRACT | xiii |
| ÖZET | xvii |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMLARI

| | |
|--|----|
| I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI..... | 8 |
| A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ | 8 |
| 1. Gerçeğe Ulaşmaya Dayanan Yaklaşım..... | 9 |
| 2. Bireysel Özerkliğe Dayanan Yaklaşım..... | 11 |
| 3. Demokrasiye İşlerlik Kazandırmaya Dayanan Yaklaşım..... | 12 |
| B. POZİTİF HUKUK DÜZENİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 12 |
| II. NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMI | 15 |
| A. KAVRAMIN TARİHSEL EVRİMİ VE TANIM GÜÇLÜĞÜ..... | 15 |
| 1. Kavramın Tarihsel Evrimi | 15 |
| 2. Kavrama İlişkin Tanım Güçlüğü | 19 |
| B. ULUSLARARASI HUKUKTA NEFRET SÖYLEMİ | 23 |

İKİNCİ BÖLÜM

ABD'DE VE İHAS SİSTEMİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE SINIRLARI

| | |
|---|----|
| I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUMA ALANI..... | 31 |
| A. BİRİNCİ DEĞİŞİKLİK VE İHAS 10. MADDE METNİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 31 |
| B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NE GÖRE KORUMA ALANI..... | 33 |
| C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İHAM'A GÖRE KORUMA ALANI..... | 37 |
| II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI..... | 41 |
| A. ABD ANAYASA YARGILAMASINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI | 41 |
| 1. Hukuka Aykırı Eylemleri Kışkırtan İfadeler (<i>Incitement to Violation of Law</i>) | 42 |
| 2. İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Düzenlemelerin Özellikleri | 45 |
| a. İçerik Dışı Düzenlemeler (<i>Content- Neutral Regulations</i>) | 45 |
| aa. Zaman, Yer ve Yöntem Düzenlemeleri (<i>Time, Place and Manner Regulations</i>)..... | 46 |
| bb. İfadeye İkincil Etkide Bulunan Düzenlemeler (<i>Secondary Effects</i>)..... | 47 |
| b. İçerik Sınırlamaları (<i>Content- Based Restrictions</i>)..... | 48 |
| B. İHAS SİSTEMİNE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI .. | 51 |
| 1. Olağanüstü Hallerde Askıya Alma (İHAS 15. madde)..... | 52 |
| 2. Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması (İHAS 17. madde) | 52 |
| 3. İHAS Madde 10/2'ye Göre Sınırlama | 55 |
| a. Hukukilik Ölçütü..... | 55 |
| b. Meşru Amaçlar..... | 57 |
| c. Demokratik Toplumda Gereklik | 58 |
| 4. Şiddete Teşvik Eden İfadelerin Sınırlanması (<i>Incitement to Violence</i>)..... | 63 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN VE İHAM'IN NEFRET SÖYLEMİ'NE
YAKLAŞIMI

| | |
|--|-----|
| I. YÜKSEK MAHKEME'NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI | 67 |
| A. YÜKSEK MAHKEME'NİN ESKİ YAKLAŞIMI..... | 67 |
| B. YÜKSEK MAHKEME'NİN KONUYA İLİŞKİN GÜNÜMÜZDEKİ TUTUMU | 72 |
| II. İHAM'IN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI | 87 |
| A. NEFRET SÖYLEMİNİ HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN ESKİ YAKLAŞIM..... | 87 |
| B. NEFRET SÖYLEMİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İSTİSNASI OLARAK İNCELENMESİ | 99 |
| SONUÇ | 113 |
| KAYNAKÇA..... | 125 |
| ÖZGEÇMİŞ | 138 |

KISALTMALAR

| | |
|------------------|---|
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| AGİT | : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı |
| Appl. No. | : Application Number |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |
| Bkz. | : Bakınız |
| BM | : Birleşmiş Milletler |
| C. | : Cilt |
| c. | : contre |
| Comm. No. | : Communication Number |
| Ç. | : Çeviren |
| Der. | : Derleyen |
| ed. | : edition |
| Ed. | : Editör |
| İHAK | : İnsan Hakları Avrupa Komisyonu |
| İHAM | : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi |
| İHAS | : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi |
| İHEB | : İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi |
| MSHS | : Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme |
| No | : Number |
| ODIHR | : Office for Democratic Institutions and Human Rights |
| OSCE | : Organization for Security and Co-Operation in Europe |
| Para. | : Paragraf |
| Req. No. | : Requête Numéro |
| s | : sayfa |
| S | : Sayı |
| UK | : United Kingdom |
| US | : United States |
| UAD | : Uluslararası Adalet Divanı |
| v. | : versus |
| vb. | : ve benzeri |
| Vol. | : Volume |

RÉSUMÉ

Aujourd'hui, le discours de haine est considéré comme l'une des exceptions de la liberté d'expression. Dans presque toutes les démocraties occidentales, elle est associée à sa mise en œuvre effective, et ce fait est considéré par les mécanismes juridiques du Droit international des droits de l'homme comme relevant de la marge d'appréciation de l'État partie. La seule exception qui déroge à cette posture générale s'avère être les États Unis d'Amérique. Dans cette étude, deux différentes approches dont celles des États Unis et du système juridique européen relatives au discours de haine et en liaison avec ceci, à la liberté d'expression sont examinées de façon comparative.

Afin de mettre en évidence cette perspective particulière relatif au discours de haine et à la liberté d'expression propre aux États Unis, le Premier amendement de la Constitution américaine (*First Amendment*) qui règlemente la liberté d'expression ainsi que la jurisprudence de la Cour Suprême des États Unis (*US Supreme Court*), instance chargée de la mise en application du premier amendement, ont été dans cette étude, pris en considération. Pour ce qui concerne le système juridique européen qui constitue l'autre élément de cette comparaison, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) considéré comme étant la "Constitution européenne des droits de l'homme" et les jurisprudences des instances chargées de sa mise en application qui sont la Commission européenne des droits de l'homme (Comm. EDH) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont été examinées.

Le but de cette étude est de mettre en exergue la tranchante différence entre les deux approches ci-dessus. La jurisprudence relative à la liberté d'expression établi par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme présente dans son processus historique, des variations en fonction de leur méthode d'interprétation, de l'évolution des conditions et suite à cette évolution elle varie également en fonction de l'établissement ou non d'un consensus européen. En outre, dans l'interprétation de la CEDH, les autres mécanismes internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi qu'au droit comparé, et parfois même sur certains points spécifiques, l'approche de la Cour suprême des États Unis sont prises en considération. Cependant, il s'avère impossible d'effectuer la même interprétation pour la Cour suprême des États Unis. En ce qui concerne la liberté d'expression, à aucun moment, sur une période de près de cent années de jurisprudence, cette cour n'a bénéficié du droit comparé, et des jurisprudences des rouages internationaux des droits de l'homme. Elle a pleinement suivi sa propre voie. C'est ainsi que, son approche vis à vis de la liberté d'expression et vis à vis du discours de haine s'est développée de façon complètement spécifique et assez distincte des autres systèmes.

L'étude se compose sommairement de trois parties, la question principale est étudiée dans la troisième partie qui s'intitule "L'approche adoptée par la Cour suprême et par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de discours de haine", les deux premières parties ayant la caractéristique de préparer cette dernière.

Dans la première partie intitulée "Les notions de liberté d'expression et de discours de haine" les caractéristiques générales de ces deux concepts ont été élucidées. Bien que le concept de liberté d'expression se soit développé au 18^{ème} siècle pendant la période des Lumières, cette liberté n'est devenue véritablement un principe universel en particulier qu'après la Seconde Guerre mondiale suite à laquelle des violations évidentes avaient eu lieu. Cette dite liberté comprend en son sein, la liberté de pensée, la liberté de ne pas en être condamné et la liberté de les exprimer. Cette dite liberté est essentiellement fondée en philosophie politique sur les principes suivants: "l'approche fondée sur la réalité", "l'approche fondée sur l'autonomie individuel" et "l'approche fondée sur la participation de la démocratie". La notion de discours de haine a été définie par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans les recommandations relatives au sujet. Selon cette définition retenue, le terme de 'discours de haine' doit être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance religieuse qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrants et des personnes issues de l'immigration. Ce concept prend ses racines historiques dans "les lois d'incitation à la révolte" du droit coutumier anglais. Cependant ce terme gagne le sens de la définition récente après la Seconde guerre mondiale, par les lois relatives au droit pénal régissant le discours de haine, considéré par là comme un délit pénal dans les États européens. Quant à l'évolution historique de la réglementation relative au discours de haine aux États Unis, celle-ci suit un cours tout à fait différent. Le discours de haine est limité par divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Dans la seconde partie de cette étude ont été analysés les caractéristiques générales de la liberté d'expression, la portée de cette liberté ainsi que ses limites dans le cadre du système juridique des États Unis et de la CEDH. Le Premier amendement de la Constitution américaine réglemente également la liberté d'expression ainsi que la liberté religieuse, la liberté d'association et le droit de pétition. La Cour suprême considère que les expressions politiques, académiques, artistiques, obscènes, pornographiques et commerciales, ainsi que les insultes de façon occasionnelle, les expressions contraires à la morale générale, et parfois même le vacarme peuvent être considérés comme faisant partie du domaine des normes de liberté. En outre, il est avéré que les expressions politiques bénéficient d'une protection particulière. La CEDH permet à plusieurs types d'expression de bénéficier des normes relatives à l'espace de liberté et accorde par ailleurs une importance particulière aux expressions politiques. La Cour suprême des États Unis effectue le contrôle concret des normes face aux recours qui lui ont été assignés, c'est à dire qu'elle vérifie la conformité du règlement litigieux à la Constitution dans le cas où elle est saisie. Selon la Cour suprême, certains types d'expression par rapport à d'autres, devraient bénéficier d'une moindre protection. Dans le processus historique, parmi les critères qui s'appliquent à ces types d'expressions ceux qui attirent l'attention sont "le critère de tendance néfaste" ainsi que celui "du critère du

danger manifeste et imminent”. Lorsque la Cour suprême effectue le contrôle concret des normes, elle prend en compte certaines caractéristiques précises de la réglementation litigieuse. Si la réglementation qui restreint la liberté d’expression, n’est, en réalité, pas en rapport avec le contenu de l’expression, c’est à dire qu’elle limite l’expression seulement au moment, au lieu et à la méthode employée, ou si par coïncidence elle produit une influence sur le contenu de l’expression sans avoir poursuivi un tel objectif, alors la réglementation est soumise à un léger contrôle de vérification de sa conformité à la Constitution. En revanche dans le cas où les réglementations apportent une limite au contenu de l’expression, une rigoureuse mise en examen de vérification est mise en application. Lorsqu’il s’agit de limiter la liberté d’expression dans le cadre du système juridique de la Convention européenne des droits de l’homme, l’article 15 qui régleme la suspension de la CEDH dans les circonstances exceptionnelles, l’article 17 qui régleme l’utilisation abusive du droit, ainsi que le paragraphe 2 de l’article 10 réglemant les critères de limitation de liberté viennent à l’esprit. Selon le second paragraphe de l’article 10, l’intervention à la liberté d’expression faite par l’État partie doit être conforme à la légalité, et doit présenter une conformité aux objectifs légitimes ainsi qu’aux critères d’exigence d’une société démocratique. La notion “d’exigence” nécessite que l’intervention coercitive réponde à l’existence d’un besoin social et que cette intervention soit proportionnelle à l’objectif légitime prévu. “La doctrine de la marge d’appréciation” est prise en considération lors de l’évaluation par la Cour qui vérifie la mise en application ou non de cette proportionnalité. La doctrine de la marge d’appréciation, reposant sur le principe selon lequel cette mission de protection relève principalement de la compétence des systèmes juridiques des États parties, reconnaît qu’en matière des droits de l’homme les États disposent de systèmes juridiques différents les uns des autres. C’est pour cette raison qu’elle se fonde sur l’idée selon laquelle: ceux qui doivent être considéré comme les autorités compétentes d’un pays, sont ceux qui maîtrisent de près les conditions prévalant dans chaque pays et ceux qui sont à même de déterminer de façon optimale et de manière la plus appropriée l’existence des besoins sociaux contraignant de ce pays. En outre, par ce qu’il est nécessaire au regard des États parties de la Convention européenne des droits de l’homme, d’instaurer un standard minimal en matière des droits de l’homme, il est reconnu que ce champ n’est pas exempté du contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme.

Dans la dernière partie de cette étude, l’approche en matière de discours de haine de deux systèmes juridiques est analysée. L’approche de la Cour suprême vis à vis de ce type de discours peut être étudiée en la séparant en deux périodes principales. Dans la première période la notion apparaît comme relevant de la ‘doctrine du discours belliqueux” et de “l’action relative à l’injure contre une communauté”. Dans ses anciennes jurisprudences la Cour suprême stipule que les discours belliqueux définis sous la forme “de discours susceptibles de perturber brusquement le bien être, et préjudiciables aussitôt prononcés” ne pourront guère bénéficier du domaine des normes de la liberté d’expression. La Cour qui partage le même point de vue concernant l’action en matière d’injure, exprime dans une de ses décisions, sa propre conviction selon la laquelle ce discours de haine est à même de constituer un type spécifique “d’action relative à l’injure contre une communauté”. Par conséquent il ne sera pas question de non compatibilité au Premier amendement des réglementions sanctionnant ces types de discours. Aujourd’hui la position de la Cour suprême sur la question est tout à fait différente. Dans une décision rendue en 1969, les discours de haine n’ont pas été traités comme constituant un type de

discours distinct, et la réglementation sanctionnant le discours de haine a fait l'objet d'une mise en examen assez lourde. Cette mise en examen a été effectuée en se fondant sur "le critère du danger manifeste et imminent". De nos jours, le fait qu'un discours soit contraire aux valeurs communes de l'humanité, n'est pas considéré par la Cour comme un motif justifié pour la limitation de celui-ci. De plus, le fait qu'une expression soit limitée pour ce motif, constitue une sorte de "tyrannie idéologique" et ni le législateur ni les organes du pouvoir judiciaire n'ont le pouvoir et les compétences de faire de la tyrannie idéologique. Aussi, selon la Cour, le fait que le discours soit susceptible de provoquer chez l'auditeur un éventuel traumatisme grave permet également de donner le pouvoir d'intervention au législateur et ceci seulement dans le cadre des cas très exceptionnels.

Il est possible d'examiner l'approche en matière du discours haine, des organes de la Convention européenne des droits de l'homme en la séparant en deux périodes distinctes. Dans la première période, les organes de la Convention européenne des droits de l'homme considèrent le discours de haine dans le cadre de l'abus de droit, règlementé dans l'article 17 de la CEDH. C'est ainsi que ces types de discours ont été exclus du domaine de la norme de l'article 10 de la CEDH, c'est à dire, qu'en terme de liberté d'expression, il n'est même pas considéré comme une "expression". Selon les organes de la CEDH, le discours de haine est contraire aux valeurs de paix et de justice évoquées dans le préambule de la CEDH. Pendant cette période, des sujets tels que des discours négationnistes raciaux relatif au génocides ainsi que des discours de haine religieuse ont été portés devant les organes de la CEDH. Bien que les organes de la CEDH, s'abstiennent par principe, d'exprimer une opinion relative aux questions historiques, la négation de l'Holocauste en constitue une exception. Selon la Commission européenne des droits de l'homme et selon de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Holocauste est un fait historique indéniable. Le négationnisme ainsi que le révisionnisme constituent chacun un discours de haine. La Cour européenne des droits de l'homme s'abstient de prendre la position ci dessus en ce qui concerne les événements historiques qui font encore l'objet de débat parmi les historiens, sur le déroulement ou non de ces événements.

Pendant cette période, l'article 17 est considéré conjointement avec l'article 10 pour certaines décisions. Puisqu'ici la question de la nécessité de l'intervention dans une société démocratique, fait l'objet d'une évaluation dans le cadre de l'article 17, cet article continue de mener la fonction de principe directeur. Dans les situations où la liberté de la presse est confrontée au discours de haine une approche affinée est adoptée.

Aujourd'hui, la Cour européenne des droits de l'homme n'a en réalité pas abandonné sa position relative au discours de haine. Cependant, elle suit une méthode différente après avoir déterminé lorsqu'une expression constitue un discours de haine.

La Cour européenne des droits de l'homme s'abstient dorénavant d'établir une connexion avec l'article 17, et évalue la limitation dans le cadre de l'article 10/2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pendant cette période, les discours relatifs à la haine raciale, la haine religieuse et la xénophobie, aussi bien que les

discours de glorification du terrorisme ainsi que les discours de haine sur l'orientation sexuelle ont été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme essaie de créer un équilibre entre la place de la liberté d'expression dans une société démocratique et les conséquences néfastes de la propagande haineuse. Selon la cour, le discours de haine est à même de susciter l'humiliation des certains groupes spécifiques, et peut porter atteinte à la dignité et à la sécurité de leur personne. En outre la propagation des opinions haineuses peut conduire à l'hostilité et peut la consolider.

L'approche en matière de discours de haine de la Cour européenne des droits de l'homme, ne présente aucune similitude avec l'application du critère "de danger manifeste et imminent" des États Unis. Elle évoque essentiellement le critère de "tendance dangereuse". Dans cette présente étude, il est examiné si réellement l'expression constitue ou non un danger pour l'ordre public. Les dispositions pénales relatives au discours de haine par les Etats partie relèvent de la marge d'appréciation de ces derniers. Ce qui est à même de conduire à des décisions susceptible de réduire le champ de la liberté d'expression. Dans une de ces décisions, la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'il n'est pas nécessaire pour le locuteur d'avoir l'intention d'inciter à la haine pour que ses propos soient considérés comme un discours de haine. Selon la cour, il est suffisant que le discours recèle une tendance haineuse pour être considéré comme tel. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme utilise un critère de contrôle différent pour ce qui concerne la limitation des types des discours incitant à la violence. Dans le cadre de l'évaluation du discours, les éléments tels que l'identité du locuteur, le lieu et le moment où le discours est prononcé, les caractéristiques de l'auditoire, l'outil par lequel le message est véhiculé, sont pris en considération. Cette évaluation est à même d'élargir le champ de la liberté d'expression. Même si dans une récente décision de justice, la Cour a fait référence "au critère de danger manifeste et imminent", il est très tôt pour affirmer que sa jurisprudence a évolué dans ce sens.

ABSTRACT

Contemporarily, hate speech is considered as one of the exceptions of the freedom of expression. There are certain sanctions against it in all Western democracies and related issues are resolved within the jurisdiction of states as part of the international law of human rights. The only exception to this practice is in the US. Comparatively, the study examines two different approaches to hate speech and the freedom of expression in the US and in Europe.

The First Amendment of the US Constitution regulating the freedom of expression in the country and the case law of the US Supreme Court responsible for the implementation of the First Amendment are considered in order to reveal this unique approach to the freedom of expression in the US. As for Europe, the European Convention on Human Rights (ECHR) known as “the European Constitution on Human Rights” and European Commission on Human Rights and European Court of Human Rights (ECtHR) responsible for the implementation of this convention are examined.

The main purpose of the research is to reveal the difference between two approaches. How institutions responsible for the implementation of the ECHR depends on changing conditions and the historical process determining whether or not a European consensus is established accordingly. On the other hand, the interpretation of the ECHR depends on other international mechanisms related to human rights, comparative law and sometimes, in certain cases, practices of the US Supreme Court are taken into consideration. Contrarily, we cannot say the same thing for the US Supreme Court. This court has never made use of neither comparative law nor practices of the international human rights mechanisms in its hundred years of history. Therefore, its approach to the freedom of speech and hate speech has always progressed in a unique way different than other systems.

The study is roughly composed of three parts and the main issue is discussed in the third part called “the approach of the Supreme Court and the European Court of Human Rights to the freedom of speech,” the first two parts being a preparation to this last part.

In the first part called “The Freedom of Expression and Hate Speech,” both concepts are explained in general terms. Although the concept, freedom of expression, was developed in the 18th century Enlightenment, this freedom became a universal law especially as a result of the explicit human rights violations during the Second World War. This freedom regulates access to different opinions, not being judged for having and being free to express them. This freedom is generally based on three approaches, “the approach based on the importance of discovering the truth,”

“the approach based on self- fulfillment” and “the approach stemming from citizen participation in a democracy.” The concept, hate speech, is defined in the advisory jurisdiction of the Committee of Ministers of the European Council. According to this definition, hate speech is about all expressions spreading, triggering and justifying religious intolerance and all other types of intolerances, in the form of discrimination and enmity; aggressive nationalism and ethnocentrism towards minorities, immigrants and people from different origins; racist hatred, xenophobia, anti-Semitism. The concept has its historical origin in “the sedition laws” in British customary law. Nevertheless, the discourse has come to have the meaning it now has as part of laws regulating racist discourses in the European states after the Second World War as crimes in the criminal law. The historical development around the regulation of hate speech in the US has had a different course, though. Hate speech is restricted in various international human rights documents.

The second part of the study includes an examination on the scope and limitations of the freedom of speech in general in the US and European contexts. The First Amendment of the US Constitution regulates freedom of belief, freedom of organization and right of petition, apart from the freedom of expression. The Supreme Court might even consider noise, apart from political, academic, artistic obscenity and pornography; expressions against morality and insults as expression. Besides, it is believed that political expressions require a special protection. Again in the ECtHR, many types of expressions are normalized and political expressions have a special significance. The Supreme Court regulates concrete norms in almost all applications, meaning that it regulates the abidance of the controversial arrangement to the constitution. According to the Supreme Court, some forms of expressions require less protection than others. One of such expressions is “incitement to violation of law.” Significant measures historically applied to such expressions are the bad tendency test and clear and present danger test. The Supreme Court takes into consideration certain features of the regulation. The fact that the regulation related to the freedom of speech is not on the content of the expression, in other words, it being restricting the expression only by a time, place and manner regulation or randomly having an impact on its content though not having an explicit purpose to do so requires an intermediate scrutiny mechanism. On the other hand, provisions restricting the content of the expression are subjected to a strict scrutiny test. In case of restricting the freedom of expression in the ECHR, article 15 regarding the suspension of the ECHR in states of exception, article 17 regarding the abuse of the right and the article 10/2 regarding the measures for restricting the freedom are applied. According to the article 10/2, the restriction shall be prescribed by law, be in accordance with the legitimate aims stated in article 10/2 and necessary in a democratic society. The concept “necessity” means that the intervention responds to a pressing social need and is proportionate with the legitimate aims concerned. While the Court evaluates whether this proportionality is provided, it takes into consideration “the margin of appreciation” doctrine. The margin of appreciation doctrine based on the principle that the protection of the human rights by the ECtHR is “secondary” and the main task relies on the national legal system of states parties, accepts that they have different systems regarding human rights and therefore it is the authorities of the state parties mastering conditions of their own country that can at best define what the pressing social need is. However, it is believed that this area is not exempted from the supervision of the ECtHR there must be a minimum standard regarding human rights.

The last part of the study examines approaches of these two legal systems to hate speech. It is possible to examine the approach of the Supreme Court to hate speech in two different periods. In the first period, the concept is considered as a part of “fighting words doctrine” and “group libel”. In the older jurisprudence of the Supreme Court, it was decided that fighting words defined as “expressions that are liable to disturb the peace immediately after their utterance” was not within the normative domain of the freedom of speech. The Supreme Court having a similar stance with respect to the act of libel also decided once that the hate speech could cause “group libel” being a special case of hate speech. Therefore, arrangements regulating such discourse would not violate the First Amendment. The current attitude of the Supreme Court regarding hate speech is highly different, though. In a decision taken in 1969, hate speech was not considered a different type of expression and the regulation regarding hate speech was subjected to a very severe supervision. This supervision was conducted based on the clear and present danger test. Today, the Supreme Court does not accept that an expression can be restricted just because it is against common humanitarian values. Moreover, restricting an expression accordingly is “a sort of ideological tyranny” and neither the legislator nor the judicial bodies are authorized to commit “ideological tyranny.” What is more, this also means that the legislator restricts an expression just because it does not like it; such a restriction can by no means abide by the First Amendment. Again, a possible severe trauma the expression can cause on the listeners grant the legislator to intervene in it only in very limited cases according to the Supreme Court.

It is possible to examine the approach of the bodies implementing the ECHR to hate speech in two periods. In the first period, related organs considered hate speech as part of the abuse of the right defined in the article 17. Therefore, such expressions were considered outside the normative domain of the article 10 of the ECHR, meaning that they were not even accepted as “expressions.” According to the European bodies implementing the Convention, hate speech is against the values of justice and peace defined at the introduction of the ECHR. In this period, the ECtHR mostly dealt with racist discourses denying genocide and religious hate speech. Although, the bodies of the ECHR avoid giving opinions on historical issues as a principle, the denial of the Holocaust is an exception to this principle. According to the European Commission for Human Rights and the ECtHR, Holocaust is an historical reality that cannot be denied. Denial and revisionism are hate speeches. With respect to historical events whose reality is controversial, the Court avoids a similar approach. In this period, some decisions were taken in line with both the article 17 and the article 10. While the necessity of a possible intervention was evaluated as part of the article 17, the article was considered as a guiding principle. In cases when racist expressions come at odds with the freedom of press, a subtly arranged mechanism was adapted. Nowadays, the ECtHR has a similar approach to hate speech. However, there is a different method to follow once an expression is deemed to be hate speech. The ECtHR avoids any compliance with the article 17, while evaluating the restriction as part of the article 10/2 of the ECHR. Currently, the Court also deals with hate speech related to exalting terrorism and against sexual orientation apart from racist hatred, religious hatred and xenophobia. The ECtHR attempts to find a balance between the place of the freedom of expression in a democratic society and the hazardous consequences of the propaganda of hatred. According to the Court, hate speech causes humiliating certain groups, damaging their pride and security. Besides, spreading opinions with hate content causes or triggers enmity in the society.

Current approach of the Court of towards hate speech has nothing to do with the clear and present test implemented by the US. It resembles the bad tendency test. It is rather investigated whether the expression poses a real threat for the public order in concrete cases. The criminal arrangements of state parties regarding hate speech are considered within their margin of appreciation, which in itself causes decisions that might narrow the scope of the freedom of expression. The ECtHR stated that for an expression to be hate speech there is no need for an explicit intent on the side of the perpetrator to provoke hatred. According to the Court, it is sufficient for the expression itself to have a similar tendency. However, the Court has a different measure of examination regarding the expressions inciting violence. It evaluates the expressions within its own context considering the identity of the perpetrator, time and place where the expression is uttered, features of the listeners, means by which the expression is uttered. This evaluation also expands the protection of the domain of the freedom of speech. Although the court explicitly has referred to the measure of explicit and present thread in a recent decision, it is still early to say that the case law has been amended accordingly.

ÖZET

Günümüzde nefret söylemi ifade özgürlüğünün istisnalarından biri olarak kabul edilmektedir. Batı demokrasilerini hemen tümünde yaptırıma bağlanmakta ve bu durum uluslararası insan hakları hukuku mekanizmaları tarafından taraf devletin takdir alanı içerisinde kabul edilmektedir. Bu genel geçer tutumun tek istisnası ise Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) görülmektedir. Çalışmada nefret söylemine ve bununla bağlantılı olarak ifade özgürlüğüne ilişkin iki temel farklı yaklaşım olan ABD ve Avrupa sistemi karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

ABD'de ifade özgürlüğü ve nefret söylemine ilişkin bu kendine özgü bakış açısını ortaya koymak amacıyla ABD Anayasası'nda ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Değişiklik (*First Amendment*) ve onun uygulayıcısı olan ABD Yüksek Mahkemesi'nin (*US Supreme Court*) bu konudaki içtihadı dikkate alınmıştır. Karşılaştırmanın diğer tarafı olan Avrupa sistemi için ise “İnsan Hakları Avrupa Anayasası” kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve onun uygulayıcıları olan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) içtihatları incelenmiştir.

Çalışmanın amacı yukarıdaki iki yaklaşım arasındaki keskin farkı ortaya koymaktır. İHAS organlarının ifade özgürlüğü içtihadı, onların İHAS'ı yorumlama biçimi, değişen koşullara ve değişen koşullar sonucunda bir Avrupa konsensüsünün oluşup oluşmamasına göre tarihsel süreç içerisinde değişiklik göstermektedir. Bunun yanında İHAS yorumlanırken insan haklarına ilişkin diğer uluslararası mekanizmalar, karşılaştırmalı hukuk ve hatta kimi zaman kimi konularda ABD Yüksek Mahkemesi'nin belirli bir konuya yaklaşımı dikkate alınmaktadır. Buna karşın aynı yorumu ABD Yüksek Mahkemesi için yapmak mümkün değildir. Bu mahkeme ifade özgürlüğüne ilişkin yaklaşık yüz yıllık içtihadının hiçbir döneminde karşılaştırmalı hukuktan ve uluslararası insan hakları mekanizmalarının içtihatlarından yararlanmamış, tamamen kendi yolunda ilerlemiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne, bununla birlikte nefret söylemine yaklaşımı tamamen kendisine özgü ve diğer sistemlerden oldukça farklı biçimde gelişmiştir.

Çalışma kabaca üç bölümden oluşmakta, esas konu “Yüksek Mahkeme ve İHAM'ın nefret söylemine yaklaşımı” isimli üçüncü bölümünde incelenmekte, ilk iki bölüm bu son bölüme hazırlık niteliği taşımaktadır.

“İfade özgürlüğü ve nefret söylemi kavramları” adlı ilk bölümde bu iki kavram genel özellikleriyle açıklanmıştır. İfade özgürlüğü kavramı 18. yüzyılda Aydınlanma Çağı süresince gelişen bir kavram olmakla birlikte bu özgürlüğün evrensel bir ilke haline gelmesi özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen açık ihlallerin sonucunda mümkün olmuştur. Söz konusu özgürlük düşüncelere ulaşabilme,

bunlardan ötürü kınanamama ve bunları açıklama serbestisini içermektedir. Söz konusu özgürlük siyaset felsefesinde esas olarak “gerçeğe ulaşmaya dayanan yaklaşım”, “bireysel özerkliğe yaklaşım” ve “demokrasiye işlerlik kazandırmaya dayanan yaklaşım” olarak temellendirilmiştir. Nefret söylemi kavramı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin nefret söylemine ilişkin tavsiye kararında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre nefret söylemi kavramı; ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık biçiminde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsar. Kavram tarihsel kökenini İngiliz teamül hukukundaki “isyana teşvik yasalarından” almaktadır. Ancak söylem günümüzdekine yakın anlamına İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa devletlerinde ırkçı söylemleri ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenleyen yasalarla ulaşmıştır. ABD’de nefret söylemi düzenlemelerinin tarihsel gelişimi ise farklı bir seyir izlemiştir. Nefret söylemi çeşitli uluslararası insan hakları belgeleri tarafından sınırlanmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ABD’de ve İHAS sisteminde genel özellikleriyle ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları incelenmiştir. ABD Anayasası Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünün yanı sıra inanç özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve dilekçe hakkını da düzenlemektedir. Yüksek Mahkeme siyasal, akademik, sanatsal, müstehcen, pornografik, ticari ifadelerin yanı sıra zaman zaman hakaret, genel ahlaka aykırı ifadeler ve hatta gürültüyü bile özgürlüğün norm alanı içerisinde görebilmektedir. Bununla birlikte siyasi ifadelerin özel bir koruma gördüğü kabul edilmektedir. İHAM’da pek çok ifade türünü norm alanından yararlandırmakla birlikte siyasi ifadelere özel önem atfetmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, önüne gelen başvuruda somut norm denetimi yapmaktadır, yani önüne gelen başvuruda çekişmeli düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre bazı ifade türleri, diğerleriyle kıyaslandığında daha düşük bir korumadan yararlanmalıdır. Bu ifade türlerinden birisi “hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler”dir. Tarihsel süreçte bu tip ifadelere uygulanan ölçütlerden dikkat çekici olanları zararlı eğilim ölçütü ile açık ve mevcut tehlike ölçütüdür. Yüksek Mahkeme somut norm denetimi yaparken çekişmeli düzenlemenin belirli özelliklerini dikkate almaktadır. İfade özgürlüğünü sınırlayan düzenlemenin aslında ifadenin içeriğine ilişkin olmaması, yani ifadeyi yalnızca zaman, yer ve yöntem bakımından sınırlandırıyor olması veya böyle bir amaç gütmemesine rağmen ifadenin içeriğine tesadüfen bir etkide bulunuyorsa, düzenlemenin anayasaya uygunluğu orta ölçekli denetime tabi tutulmaktadır. Buna karşın ifadenin içeriğine sınırlama getiren düzenlemelerde katı bir denetim uygulanmaktadır. İHAS sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olduğunda ise olağanüstü hallerde İHAS’ın askıya alınmasını düzenleyen 15. madde, hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen 17. madde ve özgürlüğün sınırlama ölçütlerini düzenleyen 10. maddenin 2. fıkrası akla gelmektedir. 10. maddenin 2. fıkrasına göre taraf devletin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahale hukukilik, meşru amaçlara uygunluk ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerine uygunluk göstermelidir. “Gereklilik” kavramı müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığına cevap vermesini ve öngörülen meşru amaçla orantılı bir ilişki içinde olmasını gerektirmektedir. Bu orantılılığın sağlanıp sağlanmadığı Mahkemece değerlendirilirken “takdir alanı doktrini” göz önünde tutulmaktadır. İnsan haklarını koruma görevinin “ikincil nitelikte olduğu”, bu konudaki esas görevin ise taraf devletlerin ulusal hukuk

sistemlerinde olduğu ilkesine dayanan takdir alanı doktrini taraf devletlerin insan haklarına ilişkin birbirinden farklı sistemlere sahip olduğunu kabul etmekte, bu sebeple her ülkenin koşullarına yakından hakim olan ve zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığını en uygun şekilde saptayabilecek olanın o ülkenin yetkili makamları olduğu görüşüne dayanmaktadır. Bununla birlikte insan haklarına ilişkin asgari bir standardın İHAS'a taraf tüm ülkeler açısından geçerli olması gerektiğinden bu alanın İHAM denetiminden muaf olmadığı kabul edilmektedir.

Çalışmanın son bölümünde iki hukuk sisteminin nefret söylemi kavramına yaklaşımı incelenmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu ifade türüne yaklaşımını iki döneme ayırarak incelemek mümkündür. Birinci dönemde kavram “kavgacı sözler öğretisinin” ve “topluluğa hakaret fiilinin” bir parçası olarak görülmektedir. Yüksek Mahkeme eski içtihatlarında “söylenir söylenmez zarar veren huzuru ani biçimde bozmaya elverişli ifadeler” biçiminde tanımladığı kavgacı sözlerin ifade özgürlüğünün norm alanından yararlanamayacağına karar vermiştir. Hakaret fiili konusunda da aynı görüşte olan Mahkeme, bir kararında nefret söyleminin bunun özel bir türü olan “topluluğa hakaret” fiili oluşturabileceğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla bu tür söylemleri yaptırma bağlayan düzenlemelerin Birinci Değişiklik'e aykırılığı söz konusu olmayacaktır. Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin günümüzdeki tutumu ise oldukça farklıdır. 1969 tarihinde verilen bir kararda nefret söylemleri ayrı bir ifade türü olarak ele alınmamış ve nefret söylemini yaptırma bağlayan düzenleme oldukça katı bir denetime tabi tutulmuştur. Bu inceleme açık ve mevcut tehlike ölçütü esas alınarak yapılmıştır. Günümüzde Yüksek Mahkeme bir ifadenin insanlığın ortak değerlerine aykırı olmasını sınırlama için haklı bir sebep olarak kabul etmemektedir. Dahası bir ifadenin bu gerekçeyle sınırlanması bir tür “ideolojik tiranlıktır” ve ne yasa koyucunun ne de yargı organlarının ideolojik tiranlık yapma yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca bu, yasa koyucunun bir ifadeyi kendisinin hoşuna gitmediği için sınırladığı anlamına da gelmektedir ve bu gerekçeyle yapılan sınırlama Birinci Değişiklik'e hiçbir şekilde uygunluk gösteremez. Yine Mahkemeye göre ifadenin dinleyicilerde yaratabileceği olası ağır travma da yasa koyucuya ifadeye müdahale yetkisini ancak çok istisnai durumlarda vermektedir.

İHAS organlarının nefret söylemine yaklaşımını da iki döneme ayırarak incelemek mümkündür. İlk dönemde İHAS organları nefret söylemini İHAS'ın 17. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanımı kapsamında ele almıştır. Böylelikle bu tür ifadeler İHAS 10. maddenin norma alanı dışında tutulmuş yani ifade özgürlüğü anlamında “ifade” dahi kabul edilmemiştir. İHAS organlarına göre nefret söylemi İHAS'ın başlangıç bölümündeki adalet ve barış değerlerine aykırıdır. Bu dönemde İHAS organlarının önüne soykırım inkârı ırkçı söylemler ve dinsel nefret söylemleri konuları gelmiştir. İHAS organları kural olarak tarihsel konularda görüş bildirmekten kaçınsa da Holokost inkârı konusu bunun istisnasını oluşturmaktadır. İHAK ve İHAM'a göre Holokost tarihsel bir gerçektir ve yadsınamaz. Negasyonizm ve revizyonizm birer nefret söylemidir. Gerçekleşip gerçekleşmediği halen tarihçiler arasında tartışma konusu olan tarihi olaylar hakkında ise İHAM yukarıdaki tutumu takınmaktan kaçınmaktadır. Bu dönemde kimi kararlarda 17. madde 10. madde ile birlikte ele alınmaktadır. Burada müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği sorunu 17. Madde kapsamında değerlendirildiğinden, bu madde yol gösterici hüküm olma görevini sürdürmektedir. İrkçı söylemler ile basın özgürlüğünün karşı karşıya geldiği durumlarda ise ince ayarlanmış bir yaklaşım benimsenmiştir. Günümüzde ise

İHAM, nefret söylemine yönelik tutumunu aslında terk etmemiştir. Bununla birlikte bir ifadenin nefret söylemi oluşturduğunu tespit ettikten sonra farklı bir yöntem izlemektedir. İHAM, artık 17. madde ile herhangi bir bağlantı kurmaktan kaçınmakta, sınırlamayı İHAS 10/2 kapsamında değerlendirmektedir. Bu dönemde ırkçı nefret, dinsel nefret ve yabancı düşmanlığına ilişkin söylemlerin yanı sıra terörün yüceltilmesi ve cinsel yönelime ilişkin nefret söylemleri de İHAM'ın önüne gelmiştir. İHAM, ifade özgürlüğünün demokratik tolumdaki yeri ile nefret propagandasının zararlı sonuçları arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Mahkeme'ye göre nefret söylemi belirli grupların aşağılanmasına neden olur, onların kişi onurunu ve güvenliğini zedeler. Bunun yanında nefret içerikli görüşlerin yayılması toplumda düşmanlığa yol açar veya onu pekiştirir.

İHAM'ın günümüzde nefret söylemine yaklaşımı ABD'nin uyguladığı açık ve mevcut tehlike ölçütüne hiçbir benzerlik göstermemektedir. Esas olarak zararlı eğilim ölçütünü andırmaktadır. İfadenin somut olayda kamu düzeni açısından gerçekten bir tehlike oluşturup oluşturmadığı incelenmemektedir. Nefret söylemine ilişkin taraf devletlerin cezai düzenlemeleri onların takdir alanı içerisinde görülmektedir. Bu ise ifade özgürlüğünün alanını daraltıcı kararların verilmesine yol açmaktadır. İHAM, bir kararında bir ifadenin nefret söylemi olması için konuşmacının nefrete tahrik etme gibi bir kastının bulunmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre ifadenin kendisinin böyle bir eğilimi taşıması yeterlidir. Oysa İHAM şiddete teşvik eden ifade türlerinin sınırlanmasında farklı bir denetim ölçütü kullanmaktadır. İfadeyi bağlamıyla değerlendirmekte; konuşmacının kimliği, ifadenin sarfedildiği yer ve zaman, dinleyici topluluğunun özellikleri, ifadenin aktarıldığı araç gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Bu değerlendirme ifade özgürlüğünün koruma alanını da genişletmektedir. Yakın tarihli bir kararda Mahkeme açık ve mevcut tehlike ölçütüne atıf yaptıysa da henüz içtihadını bu yönde değiştirdiğini söylemek için erkendir.

GİRİŞ

Günümüzde düşüncelere serbestçe ulaşabilme, bunlardan ötürü kınanamama ve bunları yayabilme serbestisini içeren ifade özgürlüğü demokratik toplumun olmazsa olmaz unsuru ve bireyin kendisini gerçekleştirmesinin araçlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Bu özgürlüğün olabildiğince geniş tutulması gerektiği konusunda bir görüş birliği bulunmakla birlikte, onun farklı değerlerle çatışması durumunda hangi değerlerin öne çıkacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Nefret söylemi kavramı ırk, din, etnik kimlik ya da ulusal kökene bağlı olarak bir kişi veya gruba yöneltilen şiddet, düşmanlık ya da ayrımcılığı kışkırtan ve/veya kötüleyici, aşağılayıcı, caydırıcı, taciz edici ifade biçiminde tanımlanabilir. Bu kavramın ayrımcılık yasağı ve insan onurunun korunması gibi insan hakları değerlerine aykırılık oluşturduğu konusunda ortak bir kanaat bulunmaktadır. Nefret söylemi de bir ifade türü olduğundan, onun bu özgürlükten yararlanıp yararlanamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorun temelde değerlerin, yani ifade özgürlüğü ile insan onuru ve ayrımcılık yasağının çatışması halinde hangisinin üstün geleceği tartışması olarak özetlenebilir.

Uluslararası insan hakları hukukunda bu çatışma aşılmış görünmektedir. Nefret söyleminin sınırlanabileceğine dair yaygın bir kanaat bulunmaktadır. Bu ifade türünü açıkça yasaklayan belgeler bir kenara bırakıldığında insan haklarını koruyan uluslararası hukuk mekanizmaları taraf devletlere nefret söylemini sınırlamak gibi bir yükümlülüğü açıkça getirmemektedir. Bununla birlikte ifade özgürlüğünün bu nedenle sınırlanması konusunda taraf devletlere bir takdir alanı tanındığı göze çarpmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde ırkçı ve dinsel nefreti yasaklayan ve yaptırıma bağlayan düzenlemeler demokratik devletlerin iç hukuklarında da yer almaya başlamıştır.

Günümüzde nefret söylemine ilişkin genel geçer yaklaşım; bunlarla eğitim, bilinçlendirme gibi hukuk dışı yollarla mücadelenin yanı sıra yasaklama ve yaptırıma bağlama gibi hukuksal mücadeleyi de içermektedir. Gerçekten gerek Kara Avrupası gerek Anglosakson hukuk sistemlerinde bugün bu söylem türü ceza hukuku bakımından bir suç olarak düzenlenmektedir. Bu eğilimin tek istisnası Amerika Birleşik Devletleri'dir (ABD). ABD'de bu söylem türü ifade özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmekte ve sınırlanması ancak çok istisnai koşullarda mümkün olmaktadır.

Dolayısıyla günümüzde ifade özgürlüğü nefret söylemi ilişkisinde iki eğilimin olduğunu söylemek mümkündür. Bu iki eğilim arasındaki fark oldukça keskin, bir o kadar da incelemeye değerdir. Keskindir çünkü bir sistemin "ifade" dahi kabul etmediği söylem türünü diğer sistem sıkı biçimde korumaktadır. İncelemeye değerdir çünkü nefret söylemine ilişkin bu farklı tutum, farklı tarihsel deneyimlerin buna bağlı olarak da ifade özgürlüğüne ilişkin farklı yaklaşımların yansımasıdır.

Çalışmada genel olarak ifade özgürlüğü özel olarak nefret söylemi konularında ABD ve Avrupa yaklaşımının arasındaki fark ortaya konmaktadır. Konuya ilişkin ABD yaklaşımı ABD Anayasası'nın ifade özgürlüğünü düzenlediği Birinci Değişiklik (*First Amendment*) ve onun uygulayıcısı olan ABD Yüksek Mahkemesi'nin (*US Supreme Court*) içtihadı çerçevesinde ele alınmıştır. Avrupa yaklaşımı ise "İnsan Hakları Avrupa Anayasa'sı" kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ve onun uygulayıcısı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadı kapsamında incelenmiştir.

Bu iki örneğin seçilmesi iki eğilimin açık biçimde yansıtılmasını kolaylaştırmıştır. Elbette ki bu karşılaştırma Kara Avrupası sisteminden herhangi bir (veya birkaç) ülke ile ABD hukuk sistemi arasında da yapılabilirdi, çünkü bu durumda da şüphesiz aradaki keskin fark yansıtılabilirdi. Ancak bu durumda seçilen Kara Avrupası sistemine dâhil ülkenin hukuk sisteminin kendine has özellikleri ve kendi tarihsel deneyimleri değerlendirilmiş olacağından karşılaştırma iki ülkenin hukuk sistemiyle sınırlı kalacak tam anlamıyla nefret söylemi konusundaki genel geçer Avrupa yaklaşımıyla ABD'deki yaklaşımın bir karşılaştırması

yapılamayacaktı. Oysa İHAS, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan ve bu savaşın Avrupa devletlerindeki ortak tarihsel deneyimini yansıtan bir belgedir. Bununla birlikte İHAS'ın uygulayıcısı İHAM içtihatlarını oluştururken Avrupa deneyimiyle kendisini sınırlamamaktadır. Uluslararası insan hakları belgelerinden ve bu belgelerin uygulayıcı organlarının yaklaşımlarından (hatta zaman zaman ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarından) yararlanmaktadır. Dolayısıyla bu mahkeme günümüzde nefret söylemine ilişkin genel geçer yaklaşımı yansıtmak bakımından oldukça uygundur. Konuya ilişkin genel geçer bakış açısını yansıtmak bakımından karşılaştırmanın taraflarından birisi olarak Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHS) uygulayıcı organı olan Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi de seçilebilirdi. MSHS'nin İkinci Dünya Savaşı tarihsel deneyimini yansıtan bir diğer belge olması da nefret söylemine ilişkin genel geçer anlayışın ortaya konmasına yine hizmet ederdi. Ayrıca belgenin Avrupa Konseyi üye devletleri dışında çok sayıda devlet tarafından kabul edilmesi ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin yargılama yetkisini kabul eden devletlerin hem daha fazla sayıda hem de kültürel olarak daha çeşitli olması anlayışın genel geçerliğinin altını çizmeye şüphesiz katkı sağlayacaktı. Ancak İHAM'ın İHAS'ı yorumlarken MSHS de dâhil oldukça çeşitli insan hakları belgelerinden yararlanıyor olması bu eksikliği gidermiş görünmektedir. Ayrıca İnsan Hakları Komitesi ile karşılaştırıldığında İHAM'ın bu konudaki içtihadının oldukça zengin olması, konunun pek çok yönüyle ele alınabilmesini sağlamaktadır.

Sistemlerin incelemesi karşılaştırmalı biçimde yapılmaya çalışıldıysa da bu bazı zorlukları beraberinde getirmiştir. İlk olarak her iki mahkemenin yaptığı inceleme yönündeki farklılık karşılaştırmayı zorlaştırmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi somut norm denetimi yapmakta, yani önüne gelen bir uyuşmazlıkla çekişmeli düzenlemenin anayasaya uygunluğu sorununu incelemektedir. İHAM ise bilindiği üzere olay temelli bir inceleme yapmakta, yani önüne gelen başvuruda taraf devletin müdahalesinin İHAS'a uygunluğunu incelemekte, kural olarak bir iç hukuk düzenlemesinin İHAS'a uygunluğunu denetlememektedir. Bu yöntem farklılığı tam anlamıyla bir karşılaştırma yapılmasını zorlaştırırsa da konuya ilişkin yaklaşımların aşırı derecede farklı olması konunun çalışılmasını ilginç hale getirmektedir. Bunun yanında Yüksek Mahkeme'nin somut norm denetimi yaparken olay temelli bir

inceleme yapmaktan da tümüyle kaçınmaması karşılaştırma yapılmasını bir ölçüde kolaylaştırmaktadır.

Çalışmada iki hukuk sisteminin ifade özgürlüğüne yaklaşımı da incelendiyse de çalışmanın ana temelini nefret söylemine ilişkin iki içtihadın farklılığı olduğunun burada belirtilmesinde yarar görülmektedir. Bilindiği üzere ifade özgürlüğü oldukça geniş ve çok yönlü bir konudur. İki hukuk sisteminin ifade özgürlüğüne yaklaşımını tüm yönleriyle ele almak bu çalışmanın konusunu gereğinden fazla genişletecekti. Dolayısıyla farklı bir yöntem izlenmesi tercih edilmiştir. İki sistemin ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin yaklaşımları incelenmekle birlikte, ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasından kaçınılmıştır. Bu bağlamda ikinci bölümde iki sistemin ifade özgürlüğü koruması hakkında genel bilgiler verilmiş, ancak örneğin (akademik, sanatsal, ticari, müstehcen gibi) farklı ifade türlerinin özelliklerine ve iki sistemin bunları ne ölçüde koruduğu konusuna özel olarak değinilmemiştir. Yine ifade özgürlüğünün sınırlanmasında tüm ifade türleri için ortak olan sınırlama ölçütlerine yer verilmiş, bunun yanında nefret söylemi konusuyla doğrudan bağlantılı olan özel sınırlama ölçütleri incelenmiştir. Örneğin ikinci bölümde yer alan hukuka aykırı eylemlerin kısıktırılmasına ilişkin ABD Yüksek Mahkemesi incelemesi ile şiddeti teşvik eden ifadelerde İHAM'ın yaklaşımı konuları nefret söylemi ile yakından ilgili oldukları için ele alınmıştır. Bununla birlikte diğer ifade türlerine getirilen özel sınırlama ölçütleri incelenmemiştir. Esasen iki sistemin ifade özgürlüğüne yaklaşımı, nefret söylemlerine yaklaşımlarından yola çıkılarak oluşturulmuş ve bu kapsamda bir değerlendirme yapılmasıyla yetinilmiştir.

Çalışmada yapılan bir diğer sınırlama ise Birinci Değişiklik'in kapsamına ilişkindir. Birinci Değişiklik esasen ifade özgürlüğünün yanı sıra inanç özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını da düzenlemektedir. Çalışmanın konusu ifade özgürlüğüne ilişkin bir karşılaştırma olduğundan ve İHAS sisteminde yukarıda sayılan haklar ayrı sözleşme maddelerinde düzenlendiğinden bunun dışındaki konular ayrıca incelenmemiştir. Dolayısıyla çalışmada Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü boyutu ve İHAS 10. madde ile sınırlı bir inceleme yapılmıştır. Bununla birlikte temel konu nefret söylemi kavramını incelemek olduğundan bu kavram ile doğrudan ilgili olan kararlarda böyle bir sınırlama yapılmasından kaçınılmıştır. Böylelikle gerek Yüksek Mahkeme'nin gerek İHAM'ın nefret söylemi ile doğrudan

ilişkili kararlarında örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yapılan bir sınırlamanın Birinci Değişiklik'e ve İHAS'a uygunluğu da incelenmiştir.

Çalışmada ayrı bir başlık altında Türkiye'de ifade özgürlüğü ve nefret söylemine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Bunun nedeni ise yine konunun ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM içtihadı ile sınırlanmış olmasıdır. Ayrı bir başlık altında yapılacak ulusal mevzuat ve karar incelemesi çalışmanın başlığıyla çelişki yaratma tehlikesi taşımaktaydı. Bunun yerine konuya ilişkin İHAM'a Türkiye'den yapılan başvurular biçiminde ayrı bir başlık şüphesiz açılabilirdi. Ancak bu durumda da İHAM yaklaşımı bir ölçüde derinlemesine incelenirken aynı derinlik ABD Yüksek Mahkemesi için geçerli olamayacak ve iki bölüm arasında da açık bir dengesizlik bulunacaktı. Tüm bu koşullar düşünülerek çalışmanın ana bölümünde iç hukuktaki duruma ilişkin bir başlık açılmaması tercih edilmiştir. Bununla birlikte sonuç bölümünün bir kısmı Türkiye'de nefret söylemine ilişkin iç hukuk düzenlemesi, İHAM'a bu konuda Türkiye'den yapılan başvurular ve nefret söylemi konusunda Türk Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru konularına ayrılmıştır.

Son olarak çalışmanın planı konusunda bilgi verilmesinde yarar görülmektedir. Çalışma kabaca üç bölümden oluşmaktadır. Temel konu "Yüksek Mahkeme ve İHAM'ın nefret söylemine yaklaşımı" başlığı altında üçüncü kısımda ele alınmaktadır. Ancak bu konunun yerli yerine oturması öncesinde birtakım kavramların açıklanmasını gerektirmektedir. Birinci ve ikinci bölümler bu işlevin görülmesi için üçüncü bölüme hazırlık aşaması oluşturması amacına hizmet etmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde "İfade özgürlüğü ve nefret söylemi kavramları" başlığı altında her iki kavram hakkında teorik ve tarihsel bilgiler verilmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple ilk olarak ifade özgürlüğünün tarihsel gelişimi, tanımı, mahiyeti ve siyaset felsefesinde bu özgürlüğün temellendirilmesi üzerinde durulmuştur. İkinci olarak nefret söylemi kavramının Avrupa ve ABD sistemindeki tarihsel gelişimi, kavramın tanımı ve son olarak uluslararası hukukta ne ölçüde korunduğu incelenmiştir.

“ABD’de ve İHAS sisteminde ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları” başlığını taşıyan ikinci bölüm iki sistemin ifade özgürlüğüne yaklaşımını genel biçimde açıklamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda ilk olarak Birinci Değişiklik ile İHAS’ın 10. maddesi birlikte değerlendirilmiştir. Ardından bu özgürlüğün ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM’a göre koruma alanı ayrı ayrı açıklanmıştır. Son olarak söz konusu özgürlüğün her iki sistemde de genel olarak nasıl sınırlandığı üzerinde durulmuştur. ABD sisteminde belirli ifade türlerinin kategorik olarak ya hiç koruma görmeyeceği ya da oldukça sınırlı koruma göreceği kabul edilmektedir. Çalışmada bu türlerin tamamı değil, yalnızca nefret söylemi konusuyla doğrudan ilişkili olan “hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler” (*incitement to violation of law*) konusu açıklanmıştır. Ardından bu sistemde ifade özgürlüğünü sınırlayan bir normun anayasaya uygunluğu denetlenirken normun özelliklerine göre belirlenen ölçütler incelenmiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme ifadenin içeriğini sınırlamayan düzenlemeler ile içeriği sınırlayan düzenlemeler arasında bir ayrıma gitmektedir. İçeriği sınırlamayan düzenlemelere -ki bunlar zaman, yer ve yöntem düzenlemeleri ile ifadeye ikincil etkide bulunan düzenlemelerdir- orta ölçekli denetim uygularken, ifadenin içeriğine müdahalede bulunan düzenlemeler katı denetime tabi tutulmaktadır. İHAS sistemine göre ifade özgürlüğünün sınırlanması ise İHAS’ın 15. maddesinde yer alan olağanüstü hallerde askıya alma, 17. maddede yer alan hakların kötüye kullanımının yasaklanması ve 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama biçimi kapsamında incelenmiştir. Bunlardan hukukilik, sınırlamanın meşru amaçlara dayanması ve demokratik toplumda gerekliliği koşulları açıklanmıştır. Bu bölümde son olarak nefret söylemi konusunu yakından ilgilendirdiğinden İHAM’ın “şiddete teşvik eden ifadeleri” (*incitement to violence*) sınırlamada kullandığı ölçüt üzerinde durulmuştur.

“Yüksek Mahkeme’nin ve İHAM’ın nefret söylemine yaklaşımı” başlıklı üçüncü bölüm yukarıda da belirtildiği üzere çalışmanın ana konusudur. Bu bölümde her iki sistemin nefret söylemi kavramına yaklaşımı ayrı ayrı incelenmekle birlikte yeri geldiğinde karşılaştırma yapılmasından da kaçınılmamıştır. İlk olarak Yüksek Mahkeme’nin bu kavrama yaklaşımı iki döneme ayrılarak incelenmiştir. İlk dönemde kavgacı sözler öğretisinin bir parçası olarak ele alınan kavramın yasama organınca yaptırımı bağlanmasının anayasaya nasıl uygun görüldüğü ortaya konmuştur. Ardından Yüksek Mahkeme’nin 1969 tarihli *Bradenburg v. Ohio* kararıyla ortaya

atılan gerek açık ve mevcut tehlike ölçütünü gerekse nefret söylemine ilişkin tutumunu kökünden değiştiren yaklaşımı, yani günümüzdeki yaklaşımı karar örnekleriyle açıklanmıştır. İHAM'ın bu kavrama ilişkin tutumu da yine iki döneme ayrılmıştır. İlk dönem İHAS organlarının nefret söylemini doğrudan hakkın kötüye kullanımını kapsamında değerlendirdiği eski yaklaşımıdır. Bu dönemde kavram İHAS'ın başlangıç bölümündeki temel değerlere aykırılık gösterdiği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün norm alanının tamamen dışında tutulmuştur. Bu bölümde söz konusu dönemde İHAS organlarının önüne gelen Holokost inkârı, ırkçı nefret söylemleri, dinsel nefret söylemleri ve yabancı düşmanlığı konularına ilişkin yapılan başvurular incelenmiştir. Yine nefret söylemi ile basın özgürlüğü arasında çekişme olması durumunda İHAM'ın tutumuna değinilmiştir. İkinci dönem ise bu kavrama ilişkin yapılan başvuruların hakkın kötüye kullanımını kapsamında değil 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama ölçütlerine dayanılarak incelenmesidir. Bu bölümde ise ırkçı, dinsel nefret ve yabancı düşmanlığının yanı sıra terörün yüceltilmesi ve cinsel yönelime ilişkin nefret söylemleri de İHAM'ın önüne gelmiştir. Çalışmanın bu kısmında İHAM'ın günümüzdeki bu dönemi açıklanmıştır.

Sonuç kısmı konuya ilişkin genel bir değerlendirmeyi ve Türkiye'de nefret söylemine yaklaşımı içermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMLARI

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ

İfade özgürlüğünün neden korunması gerektiği siyaset felsefesindeki farklı yaklaşımlarla cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Aslında modern demokrasilerin tamamı ifade özgürlüğünün korunmasının önemi konusunda uzlaşmaya varmış görünmektedir. Bu özgürlüğünün temellendirilmesindeki esas amaç, ifadenin iyilikten ziyade kötülük getireceğine inanılan istisnai durumlarda dahi onun neden yüksek bir korumadan yararlanması gerektiğini açığa vurmaktır.¹

Temellendirmeler dinleyici topluluğunun da çıkarlarını gözetse de yaklaşımların tamamına yakını ifade özgürlüğünü konuşmacının perspektifinden tartışmaktadır.²

Yaklaşımların oldukça kısıtlı uygulama etkisine sahip soyut teoriler olduğu kabul edilmekle birlikte bunlar ifade özgürlüğünün korunmasına ya da sınırlanmasına yönelik yargısal içtihatların temellendirilmesinde önemli işlevlere sahip olmuştur. Söz konusu temellendirmelerin ABD Yüksek Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarına etkisine yeri geldikçe değinilecektir.

¹ Frederick Schauer, "Free Speech in a World of Private Power", **Freedom of Communication**, Ed. Tom D. Campbell, Wojciech Sadurski, Aldershot: Dartmouth, 1994, s. 1.

² András Sajó, **Freedom of Expression**, Warszawa: Institute of Public Affairs, 2004, s.19, 20.

1. Gerçeğe Ulaşmaya Dayanan Yaklaşım

Gerçeğe ulaşmaya dayanan yaklaşım, gerçekliği ulaşılması arzu edilen bir amaç olarak görmekte ve ifade özgürlüğünü bu amaca ulaşmada bir araç olarak tanımlamaktadır. Diğer bir söylemle bu yaklaşıma göre ifade özgürlüğü bilginin artması, yaşamın keşfedilmesi ve doğrunun belirlenmesinin bir aracı olduğu için özellikle değerlidir.³

Bu yaklaşım esas olarak John Stuart Mill ile özdeşleştirilmektedir.⁴ “Özgürlük Üstüne” (*On Liberty*) adlı eserinin⁵ ikinci bölümü ifade özgürlüğüne ilişkindir ve Mill bu bölümde her türlü düşünce açıklamasının gerçeğe ulaşmada sağlayacağı katkıdan hareketle bu özgürlüğün sınırlandırılmaması gerektiğini temellendirmektedir. Mill’e göre ifade, gerçeklere ulaşmaya iki şekilde katkı sağlayabilir. Bir kere ifade doğru bir ifade olabilir, bu durumda onun susturulması yanlış bilginin doğru ile değiştirilmesini engeller. Bununla birlikte ifade kesin olarak yanlış da olabilir; ancak bu durumda da ifadenin korunması gerekir. Bunun sebebi, yanlış bilgilerin de bir kısım doğruları içerebilmesi ve yanlış bilginin doğru bilgi ile karşı karşıya getirildiğinde doğru bilginin sahip olduğu dayanakları güçlendirmesidir. Böylelikle doğru bilgiye de sürekli şüpheyle bakılacak ve onun bir dogmaya dönüşmesinin önüne geçilecektir.⁶

Bununla birlikte Mill her türlü ifadenin her koşulda eşit derecede koruma göremeyeceğini de “buğday satıcısı” örneğinden yola çıkarak kabul etmektedir. Şöyle ki Mill’e göre bir kimsenin bir buğday satıcısının yoksulları aç bıraktığına ilişkin görüşlerinin basında yer almasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

³ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 21.

⁴ Söz konusu yaklaşım aslında ilk olarak John Milton’un 1644 yılında bildiri biçimindeki eseri *Areopagitica* ile karşımıza çıkmıştır. Bu eserde dönemin İngiliz Presbiteryen hükümeti yazılı tüm eserleri hükümet temsilcilerinin onay koşuluna ve sansüre tabi tutması sebebiyle eleştirilmektedir. Milton’a göre hükümetin bu uygulaması dini veya dini olmayan bilgilere ulaşılmasını engellediği için tüm öğrenme sürecini olumsuz etkilemektedir. Yayıncılık üzerinde siyasi iktidar kısıtlamalarının bulunmaması halinde toplum, kendiliğinden doğruyu bulacaktır. Eser için bkz. John Milton, **Areopagitica**, Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

⁵ Eser için bkz. John Stuart Mill, **Özgürlük Üstüne**, Çev. Alime Ertan, İstanbul: Belge Yayınları, 2000. Ayrıca Spinoza ve Mill’in ifade özgürlüğü yaklaşımları ile bu yaklaşımların İHAM içtihadıyla ilişkisi için bkz. Melike Batur Yamaner, Birden Güngören, “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den AIHM’e İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/2, s. 25- 46.

⁶ Mill, **op.cit.**, s. 28- 30.

Buna karşın aynı görüşlerin ilgili buğday satıcısının evinin önünde toplanmış öfkeli bir kalabalığa söylenmesi durumunda ifadenin konusu olan buğday satıcısı açısından ciddi bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan ikinci durumda ifadenin ilk durumdakine kıyasla daha düşük bir korumadan yararlanması gerekmektedir.⁷

Mill'in somut olarak geliştirdiği bu yaklaşım İHAM içtihadında dikkate değer bir rol oynamamasına karşın 20. yüzyılın ilk yarısında ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Holmes'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadını ve hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin (*incitement to violation of law*) sınırlandırılmasında ölçüt olarak kabul ettiği "açık ve mevcut tehlike ölçütünü" (*clear and present danger test*) temellendirmesinde oldukça etkili olmuştur.

Yargıç Holmes, ifade özgürlüğüne ilişkin önüne gelen ilk başvurulardan 1919 tarihli *Abrams v. United States* kararında⁸ yazdığı karşı oyda bu özgürlüğü Mill'in yaklaşımına oldukça benzeyen "fikirler piyasası" (*marketplace of ideas*) argümanı ile temellendirmiştir. Yargıca göre devletin karşıt görüşlerin savunulmasına izin vermesi kendi kesin görüşlerinden kuşku duyduğu izleniminin uyanmasına sebep olabilir, ancak tarihsel deneyimler insanoğluna çarpışan fikirlerin birbirini ortadan kaldırdığını göstermiştir. Yargıca göre gerçekliğin en iyi testi fikirlerin özgürce birbiriyle çarpıştırılması sonucu elde edilir. Gerçeğe en yakın düşünce ancak fikirler piyasasında kendisini kabul ettirebilir.⁹

Holmes aynı tarihli *Schenck v. United States* kararında¹⁰ Yüksek Mahkeme'nin kararını açıklarken, her türlü ifadenin her koşulda eşit koruma göremeyeceğini belirterek, bu konuda Mill'in yukarıda açıklanan "buğday satıcısı" örneğine benzer bir örnekleme gitmiştir. Holmes'a göre her ifadenin ortaya çıkardığı etki, onun açıklandığı yer ve zamana göre farklılık gösterebilmekte, böylelikle bir ifade normal koşullarda ve zamanlarda koruma görebilirken aynı ifade koşullar değiştiğinde aynı korumadan yararlanmayabilmektedir. İfade özgürlüğünün en geniş koruması bile bir kimsenin kalabalık bir tiyatro salonunda yalan yere "yangın var" diye bağırarak panik yaratmasını korumamaktadır. Her başvuruda, ilgili ifadenin sarfedildiği

⁷ **Ibid.**, s. 77.

⁸ *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919).

⁹ *Abrams v. United States*, 250 US 616, 630 (1919).

¹⁰ *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

koşullar altında yasa koyucunun önleme yetkisi kapsamında olan ciddi zararları ortaya çıkarabilecek açık ve mevcut tehlike yaratma niteliğine sahip olup olmadığı incelenmelidir.¹¹

2. Bireysel Özerkliğe Dayanan Yaklaşım

Bu yaklaşımda ifade özgürlüğü ya herhangi başka bir amaca ulaşmada bir araç değil kendiliğinden iyi olarak görülerek nihai bir amaç olarak kabul edilmekte; ya da buna alternatif olarak özgürlük ile birey arasında bir bağlantı kurulmaktadır. İkinci durumda özgürlük ile “insan doğası” (*human nature*), “insan onuru” (*human dignity*) veya “bireysel özerklik” (*individual autonomy*) gibi kavramlar arasında bağlantı kurulmakta, yukarıda açıklanan yaklaşımın aksine toplumun çıkarlarına değil, “bireyin kendini gerçekleştirme” ne (*self-fulfillment*) vurgu yapılmaktadır. Buna göre ifade özgürlüğü her bireyin kendini geliştirme ve gerçekleştirme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu özgürlüğe getirilecek herhangi bir sınırlama ise bu gelişimi olumsuz etkileyecektir.¹²

Bu yaklaşımın etkilerini pozitif hukukta görmek mümkündür. Gerek ABD Yüksek Mahkemesi gerekse İHAM ifade özgürlüğünü temellendirirken bu yaklaşımdan yola çıkmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme yargıçlarından Brandeis, Whitney v. California kararındaki¹³ ayırık oyunda ABD bağımsızlık mücadelesini yürütenlerin devletin temel amacının insanoğlunu kendi görüşlerini özgürce oluşturmasını gerçekleştirmek olduğuna inandıklarını; ifade özgürlüğüne hem bir araç hem de bir amaç olarak değer verdiklerini belirtmektedir. Buna ek olarak İHAM ifade özgürlüğüyle ilgili olarak sıklıkla atıf yaptığı 1979 tarihli Handyside v. UK kararında¹⁴ ifade özgürlüğünün her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşulu olduğuna işaret etmektedir.

¹¹ Schenck v. United States, 249 US 47, 52 (1919).

¹² Bu yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü...**, s. 79.

¹³ Whitney v. California, 274 US 357 (1927).

¹⁴ Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

3. Demokrasiye İşlerlik Kazandırmaya Dayanan Yaklaşım

Yaklaşım ifade özgürlüğünün gerçek demokrasiyi sağlamada oynadığı önemli role işaret ederek bu sebeple söz konusu özgürlüğün korumadan yararlanması gerektiğini savunmaktadır.

Bu yaklaşım ilk olarak ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Brandeis'in Whitney v. California kararındaki ayrık oyunda ortaya atılmıştır. Brandeis'e göre ABD bağımsızlık mücadelesini yürütenler, özgürlüğe karşı en büyük tehdidin ülke yönetiminden pasifleştirilmiş bir halk olduğuna, kamuoyunu ilgilendiren bir konunun tartışılmasının siyasi bir görev olduğuna ve ifade özgürlüğünün iktidarın temel esaslarından biri olması gerektiğine inanmıştır.¹⁵

Alexander Meiklejohn, Yargıç Brandeis'in yukarıdaki yaklaşımını geliştirmiştir. Maiklejohn'a göre ABD Anayasası'nda ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Değişiklik toplumun temsili öz-yönetime bağlılığını yansıtmaktadır. Bu maddenin temel amacı, demokrasinin işlerliğine etkin katılımı sağlamak amacıyla toplumun tümünün kamusal konuları anlama haklarını korumaktır.¹⁶

Modern ifade özgürlüğü düzenlemelerinin gelişiminde bu yaklaşımın oldukça etkili olduğu söylenebilir. İHAM da ifade özgürlüğü temellendirmesini yaparken bu yaklaşımdan yola çıkmaktadır. İHAM'a göre bu özgürlük demokratik toplumun en önemli temellerindedir. Bu nedenle bu özgürlük yalnız lehte kabul edilen, zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen "haber" ve düşünceleri değil, devletin veya toplumun büyük bir bölümünün aleyhine olan; çarpıcı veya rahatsız edici haber veya düşünceleri de korumaktadır.¹⁷

B. POZİTİF HUKUK DÜZENİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü kavramı, Avrupa ve Amerika kıtasında 18. yüzyılda Aydınlanma Çağı sürecinde gelişmiştir. Aslında tarihsel süreçte 15. yüzyılda

¹⁵ Yargıç Brandeis'in ayrık oyu, Whitney v. California, 274 US 375 (1927).

¹⁶ Alexander Meiklejohn, "The First Amendment Is An Absolute", **The Supreme Court Review**, The University of Chicago Press publication, Vol. 1961, (1961), s. 255.

¹⁷ Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

matbaanın icadı, okuryazarlık oranının toplumda artmasına yol açmış, bu durum ise iktidarın düşünceler üzerinde tekel kurmasını zorlaştırmıştı. Bunun üzerine iktidarı eleştiren düşüncelerin önüne geçilmesi amacıyla her türlü yayın devlet ya da kilise otoritesinin iznine yani sansüre; buna aykırı eylemler ise yaptırıma bağlanmıştır. Böylelikle yayın kraliyet ya da kiliseye ait bir ayrıcalık halini almıştır. Özellikle 18. yüzyılda bireyciliğin yükselmesi ve dönemin iktidarlarına karşı tutum geliştirilmesi, demokratik toplumun evrilmesinde kilit rol oynamış, toplumun farklı kesimlerinin kendini ifade edebilmesinin önünü açmıştır. Kavramın ilk olarak Birleşik Devletler'in Britanya Krallığı'na karşı bağımsızlığını ilan ettiği dönemde ele alınan 1787 Birleşik Devletler Anayasası'nda; sonrasında ise Fransız Devrimi'nin akabinde 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer alması bu bağlamda değerlendirilmelidir. Söz konusu özgürlük dinsel ya da din dışı baskılarla mücadele etmede, iktidarın gücünü kötüye kullandığını teşhir etmede ve bilimsel gerçekliği araştırmada oldukça önemli bir araç olarak kabul edilmiştir.¹⁸

Bu özgürlüğün evrensel bir ilke haline gelmesi ise Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sırasında gerçekleşen açık ihlallerin sonrasında mümkün olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan uluslararası örgütler her bireyin uyruğundan bağımsız olarak devredilmez haklara sahip olduğu görüşünde uzlaşmıştır. Bu uzlaşma ise yukarıda belirtilen liberal özelliğe sahip iki metinde sayılan ilkelerin uluslararası insan hakları hukukunun temelini oluşturmaya neden olmuştur. Böylelikle bu özgürlük İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan uluslararası mekanizmaların hazırladığı evrensel ve bölgesel, bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan metinlerle korunmuştur. Birleşmiş Milletler (BM) belgelerinden İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si (İHEB) ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHS) 19. maddeleri, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 9. maddesi, İnsan Hakları Arap Şartı'nın 32. maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 10. maddesi buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca söz

¹⁸ András Sajó, *op.cit.*, s. 13, 14; Michel Verpeaux, **Freedom of Expression in Constitutional and International Case Law**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, s. 12.

konusu özgürlüğün anayasal demokrasilerin tamamında güvence altına alındığı da belirtilmelidir.¹⁹

İfade özgürlüğünün mahiyeti konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. En geniş anlamıyla bu özgürlük; “insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika, vb.) çeşitli yollardan (söz, basın, resim, sinema, tiyatro, vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir”.²⁰ Diğer bir söylemle bu özgürlüğün en geniş hali bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yöntemlerle dışa vurulmasının serbest bırakılmasıdır.²¹ Bu tanımın bir gereği olarak söz konusu özgürlüğün sözlü ve yazılı anlatımın yanında bir inanç veya kanaatin ifadesi ile gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsadığı görülmektedir. Nitekim ABD Anayasası Birinci Değişiklik’te yukarıda belirtilen özgürlükler de ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Bununla birlikte yukarıda sayılan toplantı, gösteri ve örgütlenme özgürlüğü ile inanç özgürlüğü günümüzde uluslararası insan hakları belgeleri ve demokratik ülkelerin anayasalarının büyük bir kısmında ayrı birer özgürlük olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla genellikle bu özgürlükler ifade özgürlüğünden bağımsız olarak da, kendi başlarına korunmayı hak eden özgürlükler olmaları itibariyle ayrıca evrensel kabul görmüş durumdadır.²²

Son olarak belirtilmelidir ki günümüzde ifade özgürlüğünün sözlü veya yazılı ifadelerin ötesinde iletişimsel eylemleri veya sembolik ifadeleri de koruduğu kabul edilmektedir. Günlük konuşma dilinde ifade kabul edilmeyen fakat ifade özgürlüğü kavramı içerisinde kabul edilen örneğin bayrak sallamak, siyasi bir içeriğe sahip

¹⁹ Bu özgürlüğün Avrupa Konseyi üye devletlerinde düzenlenme biçimi, kapsamı ve sınırları için bkz. Verpeaux, **passim**.

²⁰ Tanör, bu tanımlı düşünce özgürlüğü kavramına ilişkin olarak yapmıştır; ancak çalışmanın ilerleyen kısımlarında düşüncelere ulaşabilme, düşüncelerinden ötürü kınanmama ve bunları serbestçe yayabilme hakkının “düşünce özgürlüğü”, “düşünce ve açıklama özgürlüğü” ya da sadece “açıklama (ifade) özgürlüğü” gibi formüllerle anlatıldığını belirtmektedir, Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, İstanbul: BDS Yayınları, 1994, s. 59. Ayrıntı hakkında ayrıca bkz. Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969, s. 15, 24-26.

²¹ Verpeaux, **op. cit.**, s. 11.

²² Mustafa Erdoğan, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2007, s. 20.

rozet taşımak veya yağlı boya resim sergilemek gibi davranış biçimleri de yer almaktadır.²³

II. NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMI

A. KAVRAMIN TARİHSEL EVRİMİ VE TANIM GÜÇLÜĞÜ

1. Kavramın Tarihsel Evrimi

Günümüzde nefret söylemi olarak kabul edilen düzenlemelerin tarihsel kökeni sırasıyla isyana teşvik eden ifadeleri yaptırıma bağlayan “isyana teşvik yasaları” (*sedition libel laws*) ve sosyalist görüşlere getirilen yasaklamalar ile İkinci Dünya Savaşı’nın ardından ırkçı söylemleri ve “Holokost inkârını yaptırıma bağlayan düzenlemeler” (*Holocaust denial laws*) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nefretin yaptırıma bağlandığı en eski yasal düzenlemelerin “Anglosakson hukuk sistemi”nde (*English common law*) yer alan isyana teşvik yasaları olduğu kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler uyarınca kralı, hükümeti ya da genel olarak düzeni aşağılama ya da nefret uyandırma amacı güden tüm metinler yasaklanmıştır. Bu özelliklere sahip metinlerin yasaklanmasının amacının, yönetenlere karşı nefret ya da aşağılama uyandırılmasının önlenmesi olduğu belirtilmektedir.²⁴

19. yüzyılda Avrupa devletlerinin sosyalist görüşlere ilişkin getirdiği yasaklamalar nefret söylemiyle ilişkili bir diğer düzenleme türü olarak ele alınabilir. Çoğu Avrupa devletinde 19. yüzyılda sosyalist hareket ve propaganda; başarıya ulaşmak amacıyla servete dayalı nefret propagandası yaptığı ve devleti yıkmak amacıyla halkı şiddete teşvik ettiği gerekçesiyle bir dizi düzenlemeyle yaptırıma bağlanmıştır.²⁵

²³ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü...**, s. 18, 19.

²⁴ Robert Post, “Hate Speech”, **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, s. 124, 125.

²⁵ Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I- Amerika Birleşik Devletleri**, Ankara: Seçkin, 2004, s. 88.

Nefret söyleminin bir türü olan ırka dayalı nefret ifadelerin bastırılmasına ilişkin olarak Birinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından uluslararası hukuk çerçevesinde birtakım adımlar atılmaya çalışıldıysa da bu konuda başarıya ulaşılamamıştır. Örneğin 25 Ocak 1919 tarihinde Milletler Cemiyeti'nin kurulma kararının alındığı Paris Barış Konferansı sırasında Japon İmparatorluğu, kuruluş sözleşmesine ırksal eşitliğin kabul edildiği bir madde eklemek istediysede koloniciliği sürdüren devletler bu talebe olumlu yanıt vermemiştir.²⁶

Nefret söyleminin günümüzdeki anlamına yakın düzenlemeler İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki döneme rastlamaktadır. Irkçı propaganda ile savaş ve Holokost²⁷ arasında var olan açık ilişki Nazi deneyiminin reddedilmesi ve anti demokratik ideolojilerin yeniden dirilmesinin önüne geçilmeye çalışılmasıyla sonuçlanmıştır. İlk olarak bu savaşın ardından kaybeden devletler kendi ülke sınırları içerisinde ırkçı veya faşist propaganda faaliyetlerini engellemeyi taahhüt etmiştir.²⁸ Bunu takiben hazırlanan uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde taraf devletlere özellikle ırkçı nefret söylemlerine ilişkin önlemler alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bununla birlikte nefret söylemlerini yasaklayan iç hukuk düzenlemelerinin yaygınlaşması için 1960'lı yılların beklenmesi gerekmiştir.²⁹ Günümüzde nefret söylemlerinin cezai yaptırıma bağlanacağı yönünde genel geçer bir eğilim bulunmaktadır.³⁰

Nefret söyleminin genel geçer olarak kınanan bir söylem türü haline gelmesindeki tarihsel gecikme; yani bunun ancak İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan trajik deneyimlerden sonra söz konusu olmasının sebebi bu söylem türünün yüzyıllar boyunca iktidarın egemen dili olması iddiasına dayandırılmaktadır. Bu görüşe göre nefret söylemi, Avrupa kültüründe bir dönemin resmi ideolojik ve hâkim söylemidir. Yahudilere ilişkin önyargılar ve nefret Holokost süresince yüceltilmiş olsa da bu

²⁶ Kevin Boyle, "Hate Speech: the United States Versus the Rest of the World?", **Maine Law Review**, Vol. 53, 2001, s. 492.

²⁷ "Holokost" (*holocaust*) terimi 1941- 1945 tarihleri arasındaki dönemde Alman Nazi rejimi tarafından Yahudilerin uğradığı soykırımı tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır. Söz konusu terim Nazi Soykırımı ya da Yahudi Soykırımı kavramları ile aynı anlama gelmektedir. Gerek ABD Yüksek Mahkemesi gerek İHAM içtihatlarında bu terime yer verdiği gözetilerek çalışmada Holokost teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁸ Robert Kahn, "Holocaust Denial and Hate Speech", **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 80

²⁹ Bu yönde görüş için bkz. Kahn, **loc. cit.**

³⁰ Farklı ülkelerin nefret söylemini yaptırıma bağlayan iç hukuk düzenlemelerine ilişkin bir çalışma için bkz. Sandra Coliver, "Hate Speech Laws: Do They Work?", **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination**, Ed. Sandra Coliver, London; Article 19- International Centre against Censorship, 1992, s. 363- 374.

eğilimler aslında Hristiyanlığın yarattığı önyargıların sonucudur. Bunun yanı sıra Güney Afrika'daki ırk ayrımı da Avrupa ve Amerika'da yüzyıllar boyunca devam eden beyaz ırk üstünlüğünü savunan teorilerin sonucudur. Kölelik, sömürgecilik ve emperyalizm ırk üstünlüğü ve ayrımcılığına ilişkin fikirler etrafında gerekçelendirilmiştir.³¹

ABD'de nefret söylemine ilişkin hukuksal gelişim Avrupa'dakinden farklı bir seyir izlemiştir. Aslında nefret söylemlerini yaptırıma bağlayan düzenlemelerin tarihsel gelişiminin ve tarihsel süreçte Amerikan toplumunun eğilimlerinin Avrupa devletlerindekiyle benzerlik taşıdığı görülmektedir. Bir kere özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında sosyalist hareket ve propaganda devletin varlığı için bir tehdit unsuru olarak görülmekte ve Avrupa'da olduğu gibi yaptırıma bağlanmaktaydı. Bununla birlikte aynı dönemde toplumdaki Yahudi düşmanlığı da küçümsenemeyecek bir boyuttaydı. Bunun yanında Avrupa'daki eğilimlerden farklı olarak siyah halka yönelik toplumdaki düşmanlık köleliğin kaldırılmasından sonra da uzun süre devam etmiştir. Burada 19. yüzyılda federal yasalarla sosyalist propagandanın ve ırkçı eğilimlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda köleliğin kaldırılmasını takiben federal düzeyde ırklararası eşitliği sağlamaya yönelik pek çok düzenleme yapılmıştır. Avrupa'daki ırkçılık karşıtı düzenlemelerin ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında hayata geçirildiği göz önüne alındığında ABD'nin ırk eşitliğine yönelik düzenlemelerinin daha eski bir geçmişi olduğu söylenebilir.³²

Nefret söylemi konusunda ABD ve Avrupa yaklaşımı arasındaki farklı eğilimin belirginleşmesi esas olarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa devletlerinin ırkçı söylemleri diğer ifade türlerinden ayırarak özel bir yaptırıma bağlaması sonucunda gerçekleşmiştir. Aynı dönemde ABD'de bu tür söylemlere ilişkin özel bir kategori oluşturulmamış; bunlar “hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler” (*incitement to violation of law*) çerçevesinde değerlendirilmiştir. Böylelikle sosyalizm propagandası yapma eylemi ile ırkçı söylemde bulunma eylemi aynı kategori altında yer almış ve benzer yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu farklılık zaman içerisinde nefret söylemi konusunda Avrupa ile Amerikan yaklaşımı arasındaki farklılığın daha da derinleşmesi sonucunu doğurmuştur. Avrupa'da ırkçı söylemler ile

³¹ Boyle, **op. cit.**, s. 491, 493.

³² Aydın, **op. cit.**, s. 89- 96.

sosyalizm propagandası yapan ifadelerin kategorik olarak birbirinden ayrılması, sosyalist tehdidin ortadan kalktığı kanaatine varıldığı noktada, sosyalizm propagandası yapan ifadelerin ifade özgürlüğünden yararlanabilmesine yol açmıştır. Bununla birlikte ırkçı söylemler bu özgürlüğün koruması dışında kalmayı sürdürmüştür. Oysa ABD’de her iki ifade türünün aynı kategoride ele alınması, bu iki ifade türünün kaderinin aynı olması sonucunu doğurmuştur. Böylelikle tarihsel süreç içerisinde gelişen ifade özgürlüğünden yana yaklaşımlar ve sosyalizm tehlikesinin ortadan kalktığına ilişkin kanaatler sosyalizm propagandasının, Avrupa’dakine benzer biçimde, özgürlük alanına girmesini sağlarken; nefret söylemlerine ilişkin özel bir düzenlemenin olmaması onların da aynı korumadan yararlanmasına yol açmıştır.³³

Nefret söylemleri konusunda Avrupa devletleri ile ABD arasındaki bu farklılaşmanın nedeni şüphesiz İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan Holokost deneyimidir. Avrupa devletleri İkinci Dünya Savaşı ile bu savaşa neden olan ve savaş sırasındaki Holokost’un temeli olan ideolojinin travmasını yaşamıştır. Bu ise Avrupa’da İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan yasaların ırkçılığı bastırmaya yönelik olmasına yol açmıştır. Buna karşın ABD’de Holokost’un etkileri ikinci planda kalmıştır.

Bununla birlikte ABD’de de, Avrupa’da savaş sonrası eğilime benzer şekilde ırkçı söylemleri yasaklayan düzenlemelerin yapıldığı ve bunların ABD Anayasası’na uygun bulunduğu bir döneme rastlanmaktadır. Yahudi düşmanlığının tırmandığı 1930’lu yıllarda, toplum içerisinde düşmanlıklara maruz kalan gruplara karşı girilen sözlü tacizlere yönelik eyaletler düzeyinde çeşitli yasal düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemeler ilerleyen yıllarda Yüksek Mahkeme tarafından Birinci Değişiklik’e uygun bulunmuştur. Hatta söz konusu söylemler Avrupa’dakine benzer biçimde “insanlık onuru” (*human dignity*) kavramı çerçevesinde ele alınarak “topluluğa hakaret” (*group libel*) eylemi olarak tanımlanmıştır. Böylelikle bu tip söylemler hakaret eyleminin yaptırımına tabi tutulmuştur, nefret söyleminin anayasal korumadan yararlanmasının önüne geçilmiştir. Bununla birlikte bu anlayış ifade özgürlüğüne ilişkin özgürlükçü bir yorum geliştikçe terkedilmiştir. Nefret söyleminin

³³ **Ibid.**

ABD Yüksek Mahkemesi içtihadı kapsamında geçirdiği bu evrime çalışmanın üçüncü bölümünde kapsamlı olarak değinilecektir.

2. Kavrama İlişkin Tanım Güçlüğü

Nefret söylemi kavramı ilk olarak 1980'li yılların ortasında Amerikan öğretilerine girmiştir.³⁴ Bununla birlikte kavramın halen evrensel olarak kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Gerek pozitif hukukta gerek öğretide kavramın tanımı ve kapsamı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu tür söylemleri yaptırma bağlayan devletlerin düzenlemeleri incelendiğinde ciddi farklılıklar bulunduğu da göze çarpmaktadır.³⁵

Bu konuyu düzenleyen uluslararası belgelerin tamamı çeşitli türlerdeki nefret söylemlerini yasakladıklarını belirtmekle birlikte kavrama ilişkin herhangi bir tanım yapmaktan genellikle kaçınmaktadır. İstisnai olarak kavram Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin nefret söylemine ilişkin tavsiye kararında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre nefret söylemi kavramı; ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık biçiminde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsar.³⁶ Bu anlamda nefret söylemi mutlaka belirli bir kişi veya gruba yönlendirilmiş yorumları içermektedir.

Öğretide de kavrama ilişkin çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Bir tanıma göre bu kavram en basit haliyle hedef gösterilen grubun üyeleri tarafından paylaşıldığı kabul edilen bir özellik esas alınarak birey veya grup hakkında düşmanca ifadelerde

³⁴ Boyle, *op. cit.*, s. 489; Uladzislau Belavusau, **Freedom of Expression: European and American Constitutional Models for Central and Eastern Europe**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, European University Institute, 2011), s. 43.

³⁵ Kavramın Birleşik Krallık, Fransa, Almanya, Hollanda, Kanada ve ABD'deki iç hukuk düzenlemeleri için bkz. Dragoş Cucureanu, **Aspects of Regulating Freedom of Expression on the Internet**, Antwerpen: Intersentia, 2008, s. 34-44.

³⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.10.1997 tarihli (97) 20 Sayılı "Nefret Söylemi"ne ilişkin Tavsiye Kararı, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp), 08.08.2015.

bulunulması anlamına gelmektedir.³⁷ Başka bir tanıma göre nefret söylemi; ırk, din, etnik kimlik ya da ulusal kökene bağlı olarak bir kişi veya gruba yöneltilen şiddet, düşmanlık ya da ayrımcılığı kışkırtan ve/veya kötüleyici, aşağılayıcı, caydırıcı, taciz edici ifadedir.³⁸

Nefret söyleminin bir yönüyle siyasi ifade türüne dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bunun sebebi bu tür ifadelerle demokratik mücadelenin bozguna uğrattığı görüşlerin savunuluyor olmasıdır. Eşit yurttaşlık gibi demokratik fikirler reddedilmekte ve nefret, demokratik mücadelenin hak sahiplerine yönelmektedir. Burada herkesin eşit insanlık onuruna sahip olduğunu savunan fikirlerle beyaz üstünlüğünü yeniden kurmayı amaçlayan fikirler arasında bir çatışma bulunduğu iddia edilmektedir.³⁹

Nefret söyleminin kapsamının belirlenmesi öğretide oldukça sorunludur. Kimin, hangi davranışının, hangi koşullar altında nefret söylemi tanımına gireceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak konuşmacının ve hedef alınan topluluğun kimliği ifadenin nefret söylemi olup olmadığını belirlemede önemlidir. Örneğin konuşmacının toplumda etkin role sahip bir siyasetçi olması veya toplumu etkilemesine imkansız gözüyle bakılan marjinal bir grubun üyesi olması durumunda konuşmanın yaratacağı etki bakımından bir fark şüphesiz bulunmaktadır. Bunun yanında hedef gösterilen grubun toplumda kırılğan yapıdaki bir azınlık grup olması ile nefretin nüfusun çoğunluğunu oluşturan gruba yöneltilmesi durumunda iki söylem eşdeğer mi kabul edilecektir? Örneğin ABD’de çoğunluğu oluşturan beyaz nüfusun kırılğan azınlık olarak kabul edilebilecek siyah nüfusuna yönelik nefret ifadeleri, siyah nüfusun beyaz nüfusa yönelttiği ifadelerle aynı yaptırıma mı tabi tutulacaktır? Bu tip sorulara genel geçer bir cevap bulmak mümkün değildir.⁴⁰

³⁷ James Weinstein, Ivan Hare, “General Introduction: Free Speech, Democracy and the Suppression of Extreme Speech Past and Present”, **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, s. 4.

³⁸ Sandra Coliver, Editorial Note, **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination**, Ed. Sandra Coliver, London: Article 19-International Center Against Censorship, 1992, s. v.

³⁹ Boyle, **op. cit.**, s. 493.

⁴⁰ Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, **Cardozo Law Review**, 2002- 2003, s.1525-1529.

Bunun yanında hangi davranışların nefret söylemi olarak kabul edileceği sorunu da önem arz etmektedir. Kaba ırkçı aşağılamalar ya da hakaretler içeren açık nefret söylemleri “biçimsel nefret söylemi” olarak nitelendirilebilir. Bunun yanında “içeriksel nefret söylemi” olarak nitelendirilebilecek Holokost inkârı ya da açıktan aşağılama içermeyen bununla birlikte nefret yaymak için tasarlanan üstü kapalı ifadeler de bulunmaktadır. Tarih tartışması görünümünde Holokost’u tümünden reddetmek ya da bunun Yahudi toplumu tarafından abartıldığını ileri sürmek, yine bilimsel araştırma görünümü altında siyah nüfusun beyaz nüfusa oranla daha çok suç işlediğini öne sürmek buna örnek olarak gösterilebilir. Gerçek akademik, bilimsel veya siyasi tartışma ile üstü kapalı nefret üretiminin ayırt edilmesi oldukça zor olduğundan içeriksel nefret söyleminin sınırlarının nereden çizileceği bir sorun oluşturmaktadır. Bununla birlikte biçimsel nefret söylemlerini ayırt etmek de görüldüğü kadar kolay olamayabilir; çünkü kimi durumlarda biçimsel nefret söylemi söylemin yöneltildiği grubu aşağılama veya alçaltma amacı gütmüyor olabilir. Örneğin “zenci” (*negro/nigger*) sözcüğü ABD’deki siyah nüfusa yönelik aşağılayıcı ve alçaltıcı bir ifadedir. Bu ifade beyaz nüfus tarafından siyah nüfusa yönelik olarak kullanıldığında kuşku götürmeyecek biçimde biçimsel nefret söylemi türüdür. Buna karşın aynı ifade siyah nüfus içerisinde de kullanılmaktadır ki bu durumda sözcük genellikle toplum içi dayanışmayı ve beyaz ırkçılığını üstü kapalı kınamayı ifade eden sevecen bir kavram işlevini görmektedir.⁴¹

Son olarak nefret söyleminin nerede ve hangi koşullarda ifade edildiği sorusunun da onun yasaklanmasının gerekliliğine karar vermede önemi bulunmaktadır. Nefret söylemi ifade edildiği ülke, toplum veya kültüre bağlılık gösterir. Bu bakımdan örneğin Nazi propagandasının her türüsünün yapılmasının yasaklanması (yaşadığı tarihsel deneyim dikkate alınarak) Almanya’da rahatlıkla gerekçelendirilebilirken, aynı gerekçelendirmenin ABD’de yapılması bu derece mümkün olamayabilir.⁴²

Çalışmanın bu bölümünde son olarak zaman zaman karıştırılabilen iki kavram olan nefret söylemi ile nefret suçu (*hate crime*) arasındaki farkın açıklanmasında yarar görülmektedir. Nefret suçu kavramının uluslararası alanda ortaya atılmış ve

⁴¹ **Ibid.**

⁴² **Ibid.**

kabul gören tanımlarından biri Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılmıştır. Buna göre nefret suçu önyargıyla işlenen bir suç türüdür. Kişilere ya da mala karşı işlenebilir. Mağdur, ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engel, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir gruba gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçilmiştir.⁴³ Bu bağlamda bir suçun nefret suçu olabilmesi iki unsurun varlığına bağlıdır. İlk olarak ortada fail tarafından gerçekleştirilen ceza hukukuna göre suç olarak düzenlenen bir fiil olmalıdır. Bu suç; yaralama, öldürme, tehdit, mala zarar verme, cinsel saldırı, hakaret, hırsızlık, yağma gibi herhangi bir suç olabilir. Buna ek olarak bu suçun mağdurun veya mağdurun ait olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici karakteristik özelliklerinden dolayı, yani bir önyargı (*bias*) ile işlenmiş olması gerekmektedir.⁴⁴ Gerçekten de nefret suçlarını diğer suçlardan ayıran en önemli fark, bu suçların diğer suçlardan farklı bir önyargı ile işlenmiş olmasıdır. Diğer bir söylemle nefret suçlarında önyargı olmasa da ortada ceza hukukunca tanımlanan bir suç bulunmaktadır; ancak bu suçun bir gruba yönelik önyargı ile işlenmesi onu nefret suçu haline getirmektedir. Dolayısıyla nefret suçunu ayrı bir suç yapan unsur, failin önyargılı saikidir. Bu bağlamda örneğin yaralama eylemi ceza hukukunca tanımlanmış bir suç olmakla birlikte bu suçun bir gruba üye olduğu gerekçesiyle mağdura yöneltilmesi halinde bu eylem nefret suçu niteliği kazanmaktadır. Başka bir önemli nokta bu tür suçlar açısından mağdurun bir gruba gerçekten mensup olmasının veya olmamasının önemsizliğidir; burada belirleyici olan mağdurun o gruba üye olduğunun varsayılması sonucunda kendisine yönelik gerçekleştirilen bir eylemin varlığıdır.⁴⁵ Dolayısıyla örneğin Çin Halk Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına duyulan önyargı sebebiyle, (Çin vatandaşı olduğu varsayılan) bir Güney Kore Cumhuriyeti vatandaşına yöneltilen yaralama eylemi de nefret suçu oluşturacaktır. Mağdurun önyargı duyulan gruba gerçekten mensup olması gerekli değildir; onun bu gruba ait olduğu varsayılarak ilgili eylemin mağdura yöneltilmesi yeterlidir.

⁴³ **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE ODIHR: Warsaw, Poland, 2009, s. 16. <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>, 08.08.2015

⁴⁴ Hall Nathan, **Hate Crime**, Oregon: Willan Publishing, 2009, s. 8; aktaran: Asuman Aytekin İnceoğlu, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 104.

⁴⁵ Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 85, 86.

B. ULUSLARARASI HUKUKTA NEFRET SÖYLEMİ

İfade özgürlüğü uluslararası insan hakları mekanizmalarının tamamı tarafından korunmasına karşın nefret söylemini açıkça yasaklayan insan hakları metinleri sınırlı sayıdadır.

1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi nefret söylemi ile bağdaştırılabilecek ilk uluslararası belgelerdendir. Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca bir ifadenin soykırımda bulunmayı doğrudan ve alenen kışkırtmasının suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir.⁴⁶

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHS) 20. maddesinin 2. fıkrası ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasının taraf devletlerin yapacakları iç hukuk düzenlemeleriyle yasaklanacağını öngörmektedir.⁴⁷ Söz konusu iç hukuk düzenlemesinin niteliği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla taraf devletler ulusal, ırksal ya da dinsel nefreti kışkırtan söylemleri suç kabul ederek cezai yaptırıma tabi tutabileceği gibi bu söylemleri yasaklayıcı hukuki veya idari düzenlemeleri de tercih edebilecektir.

Sözleşme'nin uygulanmasını denetleme amacıyla kurulan İnsan Hakları Komitesi bilindiği üzere bu görevini taraf devletlere Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin direktifler içeren Genel Yorumlar ile hükümet raporları hazırlayarak ve taraf devletler bakımından doğrudan bağlayıcılığa sahip bireysel başvuru mekanizması⁴⁸ aracılığıyla yerine getirmektedir. Komite; 1983 yılında nefret söylemini içeren maddeye ilişkin Genel Yorumu'nda taraf devletlerin madde 20/2 hakkında yeterli bilgilendirmede bulunmadıklarına dikkat çekmiştir. Buna ek olarak maddenin etkin uygulamasının sağlanması için devletlerin hukuk sistemlerinde uygun yaptırımlar oluşturmasını talep etmiş ve halen ilgili maddenin gereklerini yerine getirmekten

⁴⁶ **Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>, 08.08.2015.

⁴⁷ **International Covenant of Civil and Political Rights**, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, 08.08.2015.

⁴⁸ Bu mekanizma MSHS'nin Birinci İhtiyari Protokolü'ne taraf olan devletler bakımından işlemektedir. Protokole taraf devletlerin MSHS'de düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal ettikleri iddiaları Komite tarafından değerlendirilmekte, alınan karar davalı devlet bakımından doğrudan bağlayıcı sonuç doğurmaktadır.

kaçınan devletleri yükümlülüklerini yerine getirmeye çağırıştır.⁴⁹ Bunun yanında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla kendisine yapılan bireysel başvuruları değerlendiren Komite, kimi kararlarında başvuruya konu olan ifadenin nefret söylemi oluşturuyor olması nedeniyle taraf devletin başvurucuya uyguladığı yaptırımın madde 20/2'nin gereği olduğunun altını çizmiştir.⁵⁰

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5. maddesi ırk ayrımcılığını tüm biçimleriyle yasaklamaktadır. Ayrıca 4. madde ırk ayrımcılığının, ırkçı nefret savunusunun yasaklanması, bu nefret söylemi türünün hukuk sistemlerince cezalandırılması ve ırklararası eşitliği savunan eğitim sistemlerinin teşvik edilmesi aracılığıyla ırk ayrımcılığını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.⁵¹ Söz konusu sözleşme MSHS madde 20/2'yi bir adım ileriye götürmekte; eğitim, öğretim, bilgilendirme ve kültürel etkileşim yöntemleriyle ırk ayrımcılığına yol açan önyargılarla mücadele etmeyi; uluslar, ırklar ya da etnik topluluklar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğun geliştirilmesini hedeflemektedir. Bu yönüyle Sözleşme'nin ırkçılığı "tedaviden çok önlemeye çalıştığı" ileri sürülmektedir.⁵² Bunun yanında Sözleşme ile ırkçılığı teşvik eden örgütlerin yasadışı ilan edilmesi, bu tür örgütlere üyelik veya bu tür örgütlerin eylemlerine katılmanın da cezai yaptırıma bağlanması söz konusudur. Yine ırk üstünlüğünün savunan örgütlere yapılacak ekonomik veya diğer yardımlar da cezai yaptırıma bağlanacaktır.⁵³ Bu noktada Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme ile MSHS'nin nefret söylemini yasaklayıcı düzenlemesinin arasında yaptırımın niteliği bakımından da bir fark olduğu öne sürülebilir. Gerçekten de her iki sözleşme ırkçılığa ilişkin nefret söylemlerinin yaptırıma bağlanmasını öngörürken MSHS, bu yaptırımın niteliği konusunda herhangi bir hüküm içermediğinden yaptırım cezai, hukuki veya idari olabilecektir. Buna karşın Her Türlü Irk Ayrımcılığının

⁴⁹ **Human Rights Committee, General Comment No.11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20): 20.07.1983,** <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/CCPRGeneralCommentNo11.pdf>, 08.08.2015.

⁵⁰ BM İnsan Hakları Komitesi'nin nefret söylemine getirilecek sınırlamaları taraf devletin takdir alanında gördüğü örnek kararlar için bkz. Faurisson v. France, Comm. No. 550/1993, 08.11.1996, J.R.T and the W.G Party v. Canada, Comm. No. 104/1981, 06.04.1983; Ross v. Canada, Comm. No. 736/1997, 26.10.2000.

⁵¹ **International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,** <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, 08.08.2015.

⁵² Committee on the Elimination of Racial Discrimination, **Positive Measures Designed to Eradicate all Incitement to, or Acts of, Racial Discrimination: Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 4,** New York: United Nations, 1986, s. 37, para. 221.

⁵³ Bkz. madde 4.

Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme ilgili yaptırımın cezai olmasını; yani ırkçılığa teşvik eyleminin ceza hukuku bağlamında bir suç olarak düzenlenmesini emretmektedir.

Bu sözleşmenin 4. maddesi uyarınca taraf devletlerin ırkçılığa teşvik eylemini ortadan kaldırmak için alacağı önlemlerin İHEB’de yer alan ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bu durumda ifade özgürlüğü ile Sözleşme’nin çatışabileceği iddiasını Sözleşmenin uygulanmasını denetlemek üzere kurulan Irk Ayrımcılığının Giderilmesi Komitesi cevaplandırmıştır. Buna göre Beyannamenin ifade özgürlüğünü düzenleyen maddesinin, diğer hak ve özgürlükleri içeren maddeleri ile bütünsel olarak ele alınması durumunda, Beynamede yer alan ayrımcılık yasağı ile ifade özgürlüğü hakkının çatışması halinde ayrımcılık yasağı ilkesinin ağır basacağı öngörülmektedir.⁵⁴

Irk Ayrımcılığının Giderilmesi Komitesi Sözleşme’ye uygunluk denetimini verdiği Genel Tavsiye Kararları ve taraf devletlerin gönderdikleri periyodik raporlar aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Komite yayımladığı ilk tavsiye kararından⁵⁵ sonuncusuna⁵⁶ kadar Sözleşme’nin gerektirdiği yasal düzenlemeleri halen yapmayan devletleri gerekli düzenlemeleri yapmaya davet etmiştir.

Söz konusu Sözleşme en fazla sayıda devletin onayladığı insan hakları sözleşmelerinden biridir.⁵⁷ Bununla birlikte taraf devletlerin büyük bir kısmı Sözleşmeyi belirli önkoşullarla kabul etmiştir. Örneğin kimi devletler ifade ve örgütlenme özgürlüğünün önemine vurgu yaparak Sözleşme’yi İHEB’de kabul edilen

⁵⁴ Stephanie Farrior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 14, Issue: 1, 1996, s. 52.

⁵⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, **General Recommendation No.1**: states parties’ obligations, contained in document A/87/18, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_74_73_E.doc,

⁵⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, **General Recommendation No.35**: Combating racist hate speech, CERD/C/GC/35, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPrICAqhKb7yhssyN NtgI51ma08CMA6o7Bglz8iG4SuOjovEP%2bcqr8joDoVEbW%2bQ1MoWdOTNEV99v6FZp9aS SA1nZya6gtpTo2JUBMI0%2boOmjAwk%2b2xJW%2bC8e>, 08.08.2015.

⁵⁷ 2015 yılı itibariyle bu sayı 177’dir. Sözleşmeyi onaylayan devletlerin listesi için bkz. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx, 08.08.2015.

ilkeler çerçevesinde dikkate alacağını öne sürmüştür.⁵⁸ Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olan 22. maddeye bir çekince koymuştur.⁵⁹ 22. madde uyarınca sözleşmenin yorumlanması ya da uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Taraf Devletler'in diğer çözüm yollarında uzlaşamamaları halinde, tarafların birinin talebiyle uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) intikal ettirilmesi öngörülmüştür. Bu maddeye konulan çekince uyarınca ise sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlığın UAD'ye intikal ettirilebilmesi Türkiye Cumhuriyeti'nin açık muvafakatine bağlı olacaktır.

Tarafları açısından doğrudan bağlayıcılığa sahip bu konudaki diğer bir sözleşme Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin 13. maddesinin son fıkrası her türlü savaş propagandasını ve ırk, renk, din, dil veya ulusal köken dahil olmak üzere herhangi bir gerekçeyle herhangi bir kişiyi ya da grubu hedef alan yasadışı şiddete veya her türlü benzeri eyleme yönelik kışkırtmayı yasaklamaktadır.⁶⁰

Bilgisayar ve internet suçlarını konu alan ilk uluslararası sözleşme niteliğine sahip 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 2003 tarihli "bilgisayar sistemleri üzerinden işlenen ırkçılık ve yabancı düşmanlığı niteliğindeki suçların cezalandırılmasına yönelik" Ek Protokolü nefret mesajlarının internet aracılığıyla yayılmasını konu almaktadır. Protokole taraf devletler, bilinçli olarak ve haksız yere gerçekleştirilmesi halinde bazı eylemleri iç hukukta suç olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almayı taahhüt etmektedir. Bu eylemler; ırkçılık ve yabancı düşmanlığı içeren materyallerin bilgisayar sistemleri üzerinden kamuoyuna yayılması; ırk, renk, soy veya ulusal, etnik köken ya da dini aidiyet bakımından ayırt edilebilen bir gruba üye olması nedeniyle kişilere veya yukarıda sayılan özellikleriyle ayırt edilebilen bir gruba karşı iç hukukta ağır bir suç olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleştirileceğinin bilgisayar sistemleri üzerinden

⁵⁸ Avusturya, Belçika, Fransa, İtalya ve Papua Yeni Gine bu devletler arasındadır. ABD ise Sözleşmeyi aşağıdaki çekince ile kabul etmiştir: "Birleşik Devletler Anayasası ve kanunları bireylerin ifade ve örgütlenme özgürlüğünü koruyucu kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla ABD, ABD Anayasası ve kanunları ile korundukları ölçüde bu özgürlükler bakımından Sözleşmenin, özellikle de 4. ve 7. maddelerinin öngördüğü, hukuki düzenleme veya diğer önlemlerle bu hakları sınırlanma konusunda herhangi bir yükümlülüğü kabul etmemektedir." Taraf devletlerin Sözleşmeye getirdiği çekinceler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en, 08.08.2015.

⁵⁹ 4750 sayılı ve 03.04.2002 tarihli kanun (Resmi Gazete), 09.04.2002, S. 24721.

⁶⁰ **American Convention on Human Rights**, <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=25&>, 08.08.2015.

duyurulması ve yukarıda sayılan özellikleriyle ayırt edilebilen bir kişinin veya grubun bilgisayar sistemleri üzerinden alenen aşağılanmasıdır. Son olarak soykırım ya da insanlığa karşı suçların inkâr eden, ağır biçimde azımsayan, onaylayan veya meşrulaştıran materyallerin bilgisayar sistemleri üzerinden kamuoyuna yayılması da yaptırıma bağlanmaktadır.⁶¹

Taraf devletler bakımından doğrudan bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte uluslararası teamüllerin oluşumuna katkı sağlaması bakımından araçsal nitelik taşıyan, nefret söylemini çeşitli boyutlarıyla ele alan uluslararası ve bölgesel düzeyde araçlar bulunmaktadır. Yukarıda ele alınan sözleşmelerin uygulayıcı organlarının aldıkları tavsiye niteliğinde kararlar bu kapsama girmektedir.⁶² Yine bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi organlarının belgeleri nefret söylemini yasaklamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları⁶³ Parlamenterler Meclisi'nin kararları⁶⁴ ve tavsiye kararları⁶⁵, Avrupa Konseyi'nin anayasa hukuku konularındaki danışma organı konumundaki Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) Parlamenterler Meclisi'nin talebi üzerine

⁶¹ **Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems**, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/189.htm>, 08.08.2015.

⁶² Örneğin bkz. Human Rights Committee, **General Comment 10: Article 19 (Freedom of opinion)**, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6627_E.doc, 08.08.2015.

⁶³ Örneğin bkz. CoE Committee of Ministers, **Recommendation on hate speech**, Rec. (97) <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1658005&SecMode=1&DocId=582600&Usage=2>, 08.08.2015; **Recommendation on the media and the promotion of a culture of tolerance**, Rec. (97) 21, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=568159&SecMode=1&DocId=582590&Usage=2>, 08.08.2015; **Recommendation on the right of reply in the new media environment**, Rec. (2004) 16, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2004\)16&Sector=secCM&Language=lanEnglish&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2004)16&Sector=secCM&Language=lanEnglish&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679), 08.08.2015.

⁶⁴ Örneğin bkz. Parliamentary Assembly, **Safeguarding human rights in relation to religion and belief, and protecting religious communities from violence**, Resolution 1928 (2013), <http://www.refworld.org/pdfid/51c2b8554.pdf>, 08.08.2015.

⁶⁵ Örneğin bkz. Parliamentary Assembly, **Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on ground of their religion**, Rec. 1805 (2007), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en>, 08.08.2015.

hazırladığı ön rapor⁶⁶, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) çalışmaları⁶⁷ bu bağlamda dikkate değerdir.

Gerek sözleşmelere gerekse tavsiye niteliğindeki kararlara ve diğer kararlara bakıldığında bunların daha ziyade ırksal, dini ya da ulusal nefret söylemleriyle mücadeleye yönelik olduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte istisnai de olsa bazı kararlarda başka kategorilerdeki nefret söylemlerine de kapı aralanmıştır. Örneğin; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “nefret söylemi” kavramını tanımladığı Tavsiye Kararı'nda geçen “(...) hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi” ibaresi bu niteliklere sahip ancak dini, ırkçı veya ulusal olmayan (örneğin homofobik, cinsiyetçi⁶⁸ vb.) nefret ibarelerinin de nefret söylemi olarak değerlendirilebileceği sinyalini vermektedir.⁶⁹

Çalışmanın ilgili bölümünde de değinildiği üzere ifade özgürlüğü uluslararası insan hakları mekanizmalarının tamamı tarafından korunmaktadır. Buna karşın nefret söylemini (belirli kategoriler çerçevesinde) metinlerinde açık olarak yasaklayan uluslararası belgeler yukarıda açıklananlarla sınırlıdır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü koruma altına alan İHEB ya da İHAS gibi insan hakları belgelerin metinlerinde açık biçimde belirtilmese bile nefret söyleminin söz konusu özgürlüğün koruma kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir. Yine de yukarıda açıklanan belgelerin aksine bu belgelerde taraf devletlere nefret söylemini yasaklayıcı düzenlemeler yapmaları konusunda doğrudan bir çağrıda bulunulmamakta, fakat devletlerin bu söylem biçimini yasaklamaları ifade özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilmemektedir. Diğer bir söylemle, burada taraf devletler nefret söylemini sınırlayıcı düzenlemeler yapma serbestisine sahip olmaktadır.

⁶⁶ Venice Commission, **Blasphemy, insult and hatred: Finding answers in a democratic society**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(2010\)047-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(2010)047-e), 08.08.2015.

⁶⁷ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun çalışmaları için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp, 08.08.2015.

⁶⁸ Cinsiyetçi nefret söyleminin hiçbir uluslararası insan hakları mekanizması tarafından açıkça yasaklanmamış olması dikkate değerdir. Özellikler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Giderilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye büyük ölçüde benzer özellikler gösteren Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Giderilmesi Sözleşmesi'nde bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması çarpıcı bir çelişki olarak değerlendirilmektedir, Farrior, **op. cit.**, s. 10.

⁶⁹ Anne Weber, **Manual on Hate Speech**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, s. 4.

Taraf devletlere böyle bir serbesti tanınmasının ifade özgürlüğünün sınırlarının varlığına ilişkin günümüzde hemfikir olunan bir önkabule dayandığı kabul edilmektedir. Bu sınırlamanın başlıca temellendirmesi kimsenin başkalarının haklarını ortadan kaldıracı bir eylemde bulunma özgürlüğünün olmamasıdır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün ilgili insan hakları belgelerinde sıralanan diğer hak ve özgürlüklerin, özellikle ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ile bağlantılı olarak incelenmesi gerekir. İfade özgürlüğünün kullanılması başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa bu davranışın hukuk düzenince yaptırıma bağlanması uluslararası insan hakları hukukuna aykırılık oluşturmayacaktır.⁷⁰

⁷⁰ Farrior, **op. cit.**, s. 4-9.

İKİNCİ BÖLÜM

ABD'DE VE İHAS SİSTEMİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE SINIRLARI

Çalışmanın bu bölümünde ABD Yüksek Mahkemesi (Yüksek Mahkeme) ile İHAM'ın ve ifade özgürlüğüne yaklaşımları genel olarak incelenecektir.

İncelemeye geçmeden önce giriş bölümünde de belirtilen birkaç noktanın tekrar açıklanmasında yarar görülmektedir. Bilindiği üzere sahip olduğu diğer yetkilerin yanı sıra Yüksek Mahkeme'nin temel görevi federal yasaların ve eyalet yasalarının ABD Anayasası'na uygunluğunu denetlemektir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme esas olarak norm temelli bir denetim yapmaktadır. Buna karşın İHAM'ın yaptığı inceleme kural olarak olay temellidir. İHAM, zaman zaman taraf devlete ait bir iç hukuk düzenlemesinin İHAS ile çeliştiğini kararlarında belirtse de kural olarak İHAM'ın ulusal yasaların ve uygulamaların İHAS'a uygunluğunu denetleme yetkisi yoktur. İHAM, yalnız devletlerarası veya bireysel başvuru yoluyla önüne getirilen somut olaylarla ilgili olarak taraf devletlerde İHAS'ın uygulanmasını denetleyebilmektedir.

İki mahkeme arasındaki bu farklılık, karşılaştırmanın tüm yönleriyle yapılmasını güçleştirmektedir. Olay temelli veya norm temelli iki yargılama merciin yaklaşımlarını karşılaştırmak şüphesiz daha kolay olurdu. Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaparken önüne gelen somut olayı göz ardı etmemekte hatta onu en ince ayrıntısına kadar değerlendirmektedir.⁷¹ Yüksek Mahkeme'nin bu tutumu iki mahkeme arasında bir karşılaştırma yapılmasını bir ölçüde kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme ile İHAM'ın özellikle nefret söylemine yaklaşımlarının birbirinden ciddi ölçüde farklı olması böyle bir incelemeyi özellikle ilginç kılmaktadır.

⁷¹ Aydın, *op.cit.*, s. 36, 37.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUMA ALANI

A. BİRİNCİ DEĞİŞİKLİK VE İHAS 10. MADDE METNİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1787 tarihli ABD Anayasası'na 1791 tarihinde eklenen Birinci Değişiklik şu şekildedir:

“Kongre; bir dinin kurumsallaşmasına ilişkin, ya da onun gereklerinin yerine getirilmesini yasaklayıcı, ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve şikayetlere çözüm bulması için hükümete dilekçe verme hakkını kısıtlayıcı yasalar yapamaz.”⁷²

Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünün yanı sıra inanç özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve dilekçe hakkını da kapsamaktadır.

Anayasa'nın sözü dikkate alındığında, maddenin yalnız Kongre'nin yaptığı federal yasaları kapsadığı yorumu yapılabilir. Buna karşın Yüksek Mahkeme, eyaletlerin, idare ve yürütmenin de Federal Anayasa'nın hak ve özgürlükleri koruyan maddeleri ile bağlı olduğunu kabul etmiştir.⁷³ Dolayısıyla madde vatandaşları devletten gelebilecek her türlü saldırıya karşı korumaktadır.⁷⁴

Anayasa'nın sözünden anlaşıldığı kadarıyla ifade özgürlüğüne müdahalede bulunan herhangi bir yasa mutlak surette yapılamayacaktır. Bu bağlamda maddedeki korumanın mutlak olduğu iddia edilebilir. Aksinin savunulduğu görülmekle birlikte⁷⁵, Yüksek Mahkeme bu özgürlüğü mutlak bir hak olarak kabul etmemiştir.⁷⁶

⁷² “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁷³ Yüksek Mahkeme ilk kez 1925 tarihli Gitlow v. New York kararıyla eyalet yasalarının Birinci Değişiklik'e ihlallerini incelemiştir, bkz. Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925).

⁷⁴ Şule Özsoy, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBB Dergisi**, S. 56, 2005, s. 30.

⁷⁵ Yargıç Black ve Douglas Birinci Değişiklik'te belirtilen özgürlüğün mutlak olduğunu savunmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme yargıçlarından Black'e göre “Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının yasak olduğuna ilişkin kesin buyruğu Haklar Bildirgesi'ni kaleme alanların yapılabilecek tüm 'dengelemeyi' yaptıklarını göstermektedir” dolayısıyla bu konuda başkaca bir kısıtlamaya gidilemez, Yargıç Black'in karşı oyu, Konigsberg v. State Bar of

Maddenin herhangi bir istisnaya yer vermeyişi Yüksek Mahkeme’yi sınırlamaları ikna edici teoriler üreterek değerlendirme yoluna sevk etmiştir.⁷⁷ Bu teoriler oluşturulurken çalışmanın birinci bölümünde açıklanan ifade özgürlüğünü “gerçeklik”, “demokrasi” ve “özerklik” kavramları ile koruyan yaklaşımlardan yararlanılarak çeşitli ölçütler geliştirilmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (“İHAS”) aynı özgürlüğü düzenleyen 10. maddesi ise şu şekildedir:

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

İHAS’ın 8., 9. ve 11. maddelerine benzer biçimde, ifade özgürlüğü 10. maddenin ikinci fıkrasındaki üç koşulu sağladığı ölçüde sınırlanabilir: Sınırlama, yasa ile yapılmalı, maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerine dayanılmalı ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. Mutlak olmayan hakların uygulanmasında dengeleme mekanizmasının uygulanması özgürlük ilkesinin karşılığı olarak görülmektedir.⁷⁸ Öte yandan 10. maddenin kendisi, ifade özgürlüğünü “kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen” bir özgürlük olarak nitelenmektedir.

California, 366 US 36, 56 (1961). Ayrıca bkz. Yargıç Black’in karşı oyu, *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250 (1952).

⁷⁶ “*Birinci Değişiklik, ifade özgürlüğüne aykırı yasa yapılmasını yasaklarken, ifadenin her türüsüne dokunulmazlık tanımış veya bu amaçla hareket etmiş olduğu sonucu çıkarılamaz*”, *Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919).

⁷⁷ Özsoy, **loc. cit.**

⁷⁸ Pierre- François Docquir, **Variables et variations de la liberté d’expression en Europe et aux Etats-Unis**, Bruxelles: Bruylant, 2007, s. 39.

Madde metni incelendiğinde ifadenin içeriği bakımından *a priori* olarak bir sınırlama içermediği yalnızca ifadenin kullanılış biçimine dair sınırlamaya gittiği görülmektedir. Şu haliyle maddenin kendisi ilk fıkrada yer alan “radyo, televizyon yayıncılığının ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanması” ile ikinci fıkrada yer alan söz konusu özgürlüğü kullanan kişilerin “ödev ve sorumluluklarına” yapılan gönderme ve “meşru amaçlara dayalı sınırlama” ile ilgili olabilecek düzenlemelerdir. Dolayısıyla içerik yönünden mevcut sınırlamaların İHAM içtihatlarıyla ortaya çıktığı görülmektedir.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NE GÖRE KORUMA ALANI

Yüksek Mahkeme'nin kararlarında çalışmanın birinci bölümünde incelenen ifade özgürlüğü temellendirmelerinden tamamını kullandığı görülmektedir. Mill ve Milton'un geliştirdiği gerçeğe ulaşmaya dayanan yaklaşım Yüksek Mahkeme tarafından bazen doğrudan⁷⁹ bazen de “fikirler piyasası” (*marketplace of ideas*) argümanına dönüştürülerek⁸⁰ kullanılmıştır. Bunun yanında Birinci Değişiklik'e ilişkin içtihatla özgür ifadenin siyasi fonksiyonu dile getirilmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Birinci Değişiklik'in temel amacının yönetime ilişkin konuların özgürce tartışılması olduğuna ilişkin genel geçer bir anlayış bulunmaktadır.⁸¹ Tüm bunların ötesinde bu özgürlüğün “bireysel özerklik” (*autonomy*), “kişisel özgürlük” (*individual liberty*) ve “bireylerin kendini gerçekleştirme” (*self-fulfillment*) gerekçelendirmeleriyle korunmasının sonucu olarak Yüksek Mahkeme'nin siyasi ifade dışındaki ifade türlerini de koruduğu belirtilmektedir.⁸²

Birinci Değişiklik sansürü (*prior restraints*) kesin olarak yasakladığı gibi, ifadeyi sarf edilmesinden sonra karşılaştığı yaptırımlara karşı da korumaktadır.⁸³

⁷⁹ Yaklaşımın doğrudan kullanımı için bkz. Yargıç Brandeis'in ayırık oyu, *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927).

⁸⁰ Yaklaşımın fikirler piyasası argümanı biçiminde kullanımı için bkz. Yargıç Holmes'in karşı oyu, *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919).

⁸¹ *Mills v. Alabama*, 384 US 214, 218 (1966). Başka bir örnek için bkz. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 270 (1964).

⁸² Kathleen M. Sullivan, Gerald Gunther, **First Amendment Law**, New York: Foundation Press, 1999, s. 7.

⁸³ *Lovell v. Griffin*, 303 US 444 (1938); *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 US 58 (1963).

Yüksek Mahkeme'nin ifade kapsamında değerlendirdiği davranışlar oldukça geniştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme'nin günümüzdeki içtihadına göre hakaret (*libel*)⁸⁴, ticari sırların ifşası⁸⁵, genel ahlaka aykırı ifadeler⁸⁶, gerçeğe aykırı ifadeler⁸⁷, hatta gürültü⁸⁸ bile zaman zaman ifade kabul edilebilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin Birinci Değişiklik'in norm alanı içerisinde gördüğü ifade türleri oldukça çeşitlidir. Bu bağlamda siyasal, akademik⁸⁹, sanatsal⁹⁰, (belirli ölçüde) müstehcen, pornografik⁹¹ ifadeler ve ticari ifadeler⁹² korunan ifade türleri arasındadır. Bununla birlikte ifade türlerinin tamamının ifade özgürlüğü korumasından aynı ölçüde yararlandığını söylemek mümkün değildir. Tarihsel süreçte bu özgürlüğün temel amacının farklı siyasi düşünceleri korumak olduğu göz önüne alındığında, siyasal ifadelerin diğer ifade türlerinden daha geniş bir korumaya sahip olduğu kabul edilmektedir. Yine Yüksek Mahkeme, belirli ifade kategorilerinin sınırlı bir korumadan yararlanacağını kabul etmektedir. Bu bağlamda örneğin hukuka aykırı eylemleri teşvik eden ifadeler açık ve mevcut tehlike ölçütü kapsamında sınırlanmaktadır. Yüksek Mahkeme 1942 tarihli *Chaplinsky v. New Hampshire* kararıyla⁹³ başka bir takım ifade biçimlerinin de sınırlı ölçüde koruma görebileceğini belirtmiştir. Bunlar; “kontrolsüz biçimde tacizkar şehvet içeren, bayağı olan müstehcen ifadeler”, “kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan sözler” ve “söylenir söylenmez zarar veren veya huzuru ani olarak bozmaya elverişli kavgacı sözler”dir. *Chaplinsky* kararında sayılan ifadelerin düşük koruma görmesi, bu tür ifadelerin düşüncelerin dışı vurumunun önemli bir parçasını oluşturmamaları, gerçeğe ulaşmada çok küçük bir değere sahip olmaları, bu tür ifadelere getirilecek bir sınırlamada önemli “kamu menfaatleri”nin (*state interests*) bulunması gibi gerekçelere dayandırılmıştır.⁹⁴ Bununla birlikte yukarıda koruma alanı dışına çıkarılan kategoriler Yüksek Mahkeme'nin sonraki içtihatlarında büyük ölçüde tekrar

⁸⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

⁸⁵ *Landmark Communications v. Virginia*, 435 US 829 (1978).

⁸⁶ *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 US 205, 212-14 (1975).

⁸⁷ *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

⁸⁸ *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 US 328 (1986).

⁸⁹ *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 (1957).

⁹⁰ *Joseph Burstyn v. Wilson*, 343 US 495 (1952).

⁹¹ *Miller v. California*, 413 US 15, 25-28 (1973); *Hamling v. United States*, 418 US 87, 114 (1974).

⁹² *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Communication*, 447 US 557 (1980).

⁹³ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

⁹⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, 571- 572. (1942).

koruma alanı içerisine dâhil edilmiştir.⁹⁵ Yüksek Mahkeme bu ifade türlerinin bu kategorilerden birine girmeyen ifadelerden daha düşük bir koruma alanından yararlanmasını “içerik ayrımcılığı” (*content discrimination*) olarak nitelemekte ve bunu Birinci Değişiklik’e aykırı bulmamaktadır.⁹⁶

Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünün olumsuz edimi olan sessiz kalma hakkını da korumaktadır.⁹⁷ Yüksek Mahkeme’ye göre çoğunluğun benimsediği davranış biçimlerini benimsememe özgürlüğü ifade özgürlüğünün negatif çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu özgürlüğün özünü, istememeleri durumunda, kişilerin bir düşünceyi yaymaya veya kabul etmeye zorlanamamaları oluşturmaktadır.⁹⁸

İfade özgürlüğü “salt ifadeler”in (*pure speech*) yanı sıra “iletişimsel eylemler”i (*expressive conduct*) de korumaktadır. İlk durumda ifade kelimelerle açıklanmakta; ikinci durumda ise düşünce eylemler aracılığıyla belirtilmektedir ve bu daha düşük bir koruma alanından yararlanmaktadır. İletişimsel eylemlere gösteri yürüyüşleri örnek gösterilebilir.⁹⁹

Birinci Değişiklik kamu makamlarına yalnızca ifade özgürlüğüne müdahale etmeme biçiminde negatif bir yükümlülük getirmekte; bu özgürlüğü koruması için pozitif herhangi bir yükümlülük yüklememektedir. Ayrıca bu madde üçüncü kişilerin müdahalesini önlemeye yönelik olarak kamu makamlarını görevlendirmemektedir. Dolayısıyla Birinci Değişiklik yalnızca kamu makamları ile bireyler arasındaki uyumsuzluklara uygulanmaktadır.¹⁰⁰

⁹⁵ Örneğin “tacizkar ve şehvet içeren ifadeler” Cohen v. California ve Hustler Magazine, Inc. v. Falwell kararlarında koruma görmüştür, bkz. Cohen v. California, 403 US 15 (1971), Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 US 46 (1988). Kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan sözler de Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson kararıyla artık koruma görmektedir, Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 US 495 /1952). Yine New York Times Co. v. Sullivan kararıyla hakaret oluşturabilecek ifadeler de özgürlük alanı içerisinde kabul edilmiştir, New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964).

⁹⁶ Bu yönde karar için örneğin bkz. R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 383, 384 (1992).

⁹⁷ Bu konunun incelendiği davalar için bkz. West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943); Minnerville School District v. Gobitis, 310 US 586 (1940); Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 US 241 (1974); NAACP v. Alabama, 357 US 449 (1958); Wooley v. Maynards, 430 US 705 (1977).

⁹⁸ Özsoy, **op. cit.**, s. 41.

⁹⁹ Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

¹⁰⁰ Docquir, **op. cit.**, s. 70, 71. Bu konuda örnek karar için bkz. West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943).

Yüksek Mahkeme kamu makamlarının ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı düzenlemelerinin Birinci Değişiklik'e uygunluğunu denetlerken tarihsel süreçte belirli esaslar geliştirmiştir. Bu bağlamda kamu makamlarının farklı fikirlere eşit mesafede durması gerekmektedir. Kamu makamları bir düşünceyi rahatsız edici, yaralayıcı ya da kabul edilemez bulduğu gerekçeyle yasaklayamamaktadır. Bu düşüncenin evrensel olarak kınanıyor olması da Yüksek Mahkeme'nin tutumunu değiştirmemektedir.

Yüksek Mahkeme, tanısal ifadelerin yanı sıra coşku, öfke veya yoğun duyguyla açığa vurulmuş ifadeleri de norm alanı içerisinde kabul etmektedir. Bunun sebebi bir ifadenin salt duygu yüklü olması sebebiyle yasaklama yetkisinin kamu makamlarına verilmesinin kötüye kullanılabilmesi yani çoğunluğun beğenmediği düşünceleri bastırmada kullanılabilmesi endişesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰¹

Bunun yanında Yüksek Mahkeme salt ifadelerin yanı sıra “sembolik ifadeler”i (*symbolic speech*) de Birinci Değişiklik kapsamında değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre ifade konuşma ve yazılı metinlerden ibaret değildir. Buna göre davranışlar “yeterli iletişimsel nitelik” (*sufficient communicative element*) taşımaları halinde ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır.¹⁰² Bu bağlamda Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklarda bayrak¹⁰³ ve haç yakma eylemlerini¹⁰⁴ ifade olarak değerlendirmiştir. Yine kızıl bayrağın teşhir edilmesi,¹⁰⁵ ABD bayrağını selamlama eyleminin reddedilmesi¹⁰⁶, savaş protestosu için siyah kol bantlarının takılması¹⁰⁷ ve geçit töreni¹⁰⁸ “iletişimsel eylem” (*expressive conduct*) kabul edilmiş ve bunlar Birinci Değişiklik korumasından yararlanmıştır.

Yüksek Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğünü düzenleyen yasalar konuşmacının otosansür ihtiyacı hissetmeden ifadesini yasada belirlenene göre ayarlayabilmesini sağlayacak ölçüde belirli olmalıdır. Diğer bir söylemle yasalar makul olarak anlaşılabilir olmalı ve vatandaşlara neyin yasal neyin yasadışı olduğunu

¹⁰¹ Örneğin bkz. *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971).

¹⁰² *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989).

¹⁰³ *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989).

¹⁰⁴ *R.A.V v. St. Paul*, 505 US 377 (1992).

¹⁰⁵ *Stromberg v. California*, 283 US 359 (1931).

¹⁰⁶ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

¹⁰⁷ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 US 503 (1969).

¹⁰⁸ *Hurley v. Irish- American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 US 557 (1995).

açıkça belirtmelidir.¹⁰⁹ Buna ek olarak ilgili yasanın uygulanması konusunda asgari ölçütlerin ortaya konması gerekmektedir. Böylelikle yasanın uygulayıcıları idari makamlar, kendi kişisel tercihlerine göre hareket edebilecekleri ölçüsüz bir yetkiye sahip olmayacaktır.¹¹⁰ Tüm bunların yanında yapılacak düzenleme, ciddi ve önemli ölçüde geniş bir kapsama sahip olmamalıdır. “Aşırı geniş kapsamlı bir sınırlama”nın (*overbreadness*) sınırları aynı zamanda “belirsizdir” (*vagueness*). Bu durum ifade özgürlüğünü kullanmak isteyenleri yıldırabilir ve yukarıda da belirtildiği üzere otosansüre neden olabilir. Dolayısıyla aşırı geniş kapsamlı bir sınırlama da Birinci Değişiklik’e aykırı kabul edilmelidir.

C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İHAM’A GÖRE KORUMA ALANI

İHAM, ifade özgürlüğünün temellendirmesini demokratik toplum ve bireylerin kendini gerçekleştirme üzerinden yapmaktadır. İHAM’a göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun en önemli temellerinden biridir; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. Bu nedenle bu özgürlük yalnız lehte kabul edilen, zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve görüşleri değil, devletin veya toplumun büyük bir bölümünün aleyhine olan; çarpıcı veya rahatsız edici haber veya görüşleri de korumaktadır.¹¹¹ Bu ön kabul ise 10. maddenin kural olarak, içeriğine veya konuşmacıya bakılmaksızın, her ifadeye uygulanabilmesi sonucunu doğurur.

10. madde taraf devletlere ilk bakışta negatif bir yükümlülük getirmektedir. Bu bağlamda taraf devletler madde 10/2’deki koşulların bulunmaması durumunda ifade özgürlüğüne müdahale etmemekle yükümlüdür. Bunun yanında İHAM’ın istikrar kazanmış içtihadı uyarınca aynı madde kamu makamlarına bu özgürlüğü korumaları yönünde pozitif bir yükümlülük de getirmektedir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili koruması tek başına kamu makamlarının bu özgürlüğe

¹⁰⁹ Papachristou v. Jacksonville, 405 US 296 (1972).

¹¹⁰ Kolender v. Lawson, 461 US 352 (1963).

¹¹¹ Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49; Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

müdahale etmemesi ile sağlanmaz; kamu makamlarının buna ek olarak koruyucu tedbirler alması da gerekebilir.¹¹²

10. madde bir görüşe sahip olma, bilgi ve görüş alma, verme ve yayma özgürlüklerini kapsar. Ancak, aynı madde her türlü bilgiye erişim hakkını güvenceye almamaktadır. Bilgiye erişim hakkı, kişinin kendi hakkında devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı, kişinin kendisi hakkında olmayan ve devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı ve kişinin kendisi ile ilgili olmayan, devlet tarafından tutulan ancak kamu yararı taşıyan konularda bilgiye erişim hakkı gibi görünümlere sahiptir.¹¹³ İHAM ise yalnızca mevcut erişilebilir bilgiye ulaşmanın devlet eliyle engellenmesini ihlal olarak kabul etmektedir. Söz konusu madde, devlete gizli bir belge veya bilgiyi açıklama biçiminde pozitif bir yükümlülük getirmemektedir.¹¹⁴ Kişinin kendisiyle ilgili tutulan kayıtlara erişim hakkı ya da kamu makamlarının bu yolla tutulan bilgileri kişiye sunma biçiminde bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır.¹¹⁵ Buna karşın İHAM'ın son yıllarda verdiği kararlara bakıldığında özellikle medya organları ve sivil toplum örgütlerinin bilgi edinme hakkını tanıma ve devletler açısından bu yönde bir pozitif yükümlülüğü öngörme yönünde kararlar verdiği görülmektedir.¹¹⁶

Aynı madde sessiz kalma şeklinde, özgürlüğün olumsuz edimini de korumaktadır. İHAS'ın 6. maddesinin bir unsuru olarak kendini suçlayan ifade vermeme veya susma hakkı bu madde kapsamındadır.¹¹⁷

¹¹² İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin kararlar için örneğin bkz. Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, Appl. No. 10126/82, 21.06.1988; Özgür Gündem v. Turkey, Appl. No. 23144/93, 16.03.2000. Fuentes Bobo v. Spain, Appl. No. 39293/98, 29.02.2000; Dink v. Turkey, Appl. No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010; Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. Italy, Appl. No. 38433/09, 07.06.2012. Bu yönde görüş için bkz. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006, s. 784- 788.

¹¹³ Ulaş Karan, "İfade Özgürlüğü Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme)**, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta, 2013, s. 357.

¹¹⁴ Sirbu and others v. Moldova, Appl. No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/91, 15.06.2004, para. 18.

¹¹⁵ Leander v. Sweden, Appl. No. 9248/81, 26.03.1987, para. 74.

¹¹⁶ Bu yöndeki kararlar için bkz. Sdruzeni Jihoceske Matky c. Republique Tcheque, Req. No. 19101/03, 10.07.2006; Tarasag a Szabadsagjogokert v. Hungary, Appl. No. 37374/05, 14.04.2009.

¹¹⁷ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, İstanbul: Legal, 2013, s. 183.

İfade türlerinin yanı sıra 10. madde ifadenin aktarıldığı aracı da korumaktadır. Örneğin basılı belgeler (sürelî, süresiz yayın), radyo ve televizyon yayınları, internet, resim, heykel, film ve bunlar gibi, bilgi ve görüşlerin üretim ve iletilmesi, aktarılması ve dağıtılması için kullanılan araçların tamamı bu maddenin korumasından yararlanırlar.¹¹⁸

Bu özgürlük İHAS'ta yer alan tüm diğer haklar gibi hem gerçek hem de tüzel kişiler için söz konusudur. Devlet memurluğu ya da yargıçlık gibi görevlerde bulunan kişiler de bu haktan yararlanmaktadır. Yine de bu tür sıfatlar, ifade özgürlüğü rejiminin sınırlanmasında söz konusu olabilmektedir.¹¹⁹

Aynı madde ifade türleri arasında da bir ayrım yapmaz. Bu bağlamda siyasi ifadelerin yanı sıra sanatsal ifadeler¹²⁰, akademik ifadeler¹²¹, ticari ifadeler¹²² de 10. madde kapsamında kabul edilir. Bununla birlikte siyasi tartışma özgürlüğü tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi kabul edildiğinden siyasi ifadelerin diğer ifade türlerinden daha geniş bir korumadan yararlanması gerektiği İHAM tarafından kabul edilmektedir.¹²³ Hükümetler yalnızca yasama ve yargı organları tarafından değil toplum ve basın organları aracılığıyla da denetlenmelidir. Bu denetim yapılırken sert ve ağır bir üslubun kullanılması da mümkündür. Hükümetler kendilerine yöneltilen ağır ve sert eleştirilere cevap verebilecek konumdadır. Dolayısıyla hükümetler kendilerine yöneltilen ağır eleştirilere hoşgörü göstermeli ve öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin özgürlük üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemelidir.¹²⁴ İfadeyi sarfedenin siyasetçi olması da onun daha geniş bir koruma alanından yararlanmasını gerekli kılmaktadır.¹²⁵

¹¹⁸ İfadenin aktarıldığı aracı koruyan örnek kararlar için bkz. *Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986; *Gropper Radio and others v. Switzerland*, Appl. No. 10890/84, 28.03.1990, *Yıldırım v. Turkey*, Appl. No. 3110/10, 18.12.2012.

¹¹⁹ Van Dijk, van Hoof, van Rijn, Zwaak, **op. cit.**, s. 776.

¹²⁰ Örneğin bkz. *Müller and others v. Switzerland*, Appl. No. 10737/94, 28.05.1988.

¹²¹ Örneğin bkz. *Sorguç v. Turkey*, Appl. No. 17089/03, 23.06.2009; *Lunde v. Norway*, Appl. No. 38318/97, 13.02.2001; *Başkaya and Okçuoğlu*, (Grand Chamber), Appl. No. 23536/94, 24408/94, 08.07.1999.

¹²² Örneğin bkz. *Barthold v. Germany*, Appl. No. 8734/79, 25.03.1985.

¹²³ *Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 41, 42.

¹²⁴ *Şener v. Turkey*, Appl. No. 26680/95, 18.07.2000, para. 41, 42.

¹²⁵ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 629, 630.

Siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırı özel kişiler için olandan daha geniştir. Siyasetçilerin özel yaşamlarına ilişkin eleştiri ve haberlerin durumu bu noktada önem taşımaktadır. Normal bir durumda kişinin özel yaşamı kapsamında görülebilecek bazı durumlar, siyasetçiler söz konusu olduğunda kamu yararı bulunan konular olarak görülebilmektedir.¹²⁶ Bunun sebebi siyasetçilerin özel kişilerin aksine basın ve toplumun yakından denetimine açık olmayı bilerek tercih etmiş olmalarıdır.¹²⁷

Yine ifadenin içeriği bakımından da kural olarak bir ayrıma gidilmemektedir. Bir ifadenin “değerli-değersiz”, “topluma yararlı- yararlısız” veya “ticari yarar amacıyla yapılması-yapılmaması” biçiminde ayrıştırılması ifade özgürlüğü bakımından önemli değildir.¹²⁸ Kural bu olmakla birlikte şiddete teşvik, nefret söylemi, kin ve düşmanlığa tahrik, soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkârı gibi ifade kategorilerinin 10. madde kapsamında yer alıp almadığı tartışmalıdır.

İfade özgürlüğü olguların yanı sıra kanaatleri de korumaktadır. Her iki kavram arasında bir ayrıma giden İHAM, olguların varlığının kanıtlanabileceğinin ancak kanaatler için bunun mümkün olmadığını çünkü bunların bir bakış açısını yansıttıklarının veya kişisel bir değerlendirme içerdiklerinin altını çizmektedir. Dolayısıyla değer yargıları açısından bunu talep etmenin gerçekleştirilemeyecek bir şey istemek anlamına geleceğini, bunun ise ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini belirtmektedir.¹²⁹ Sonuç olarak doğruluğunun kanıtlanması mümkün olmayan kanaatler de 10. madde koruması altındadır. Yine de bunların da yeterli bir olgusal zemine yaslanması beklenmektedir.¹³⁰

İHAM basını “kamu bekçisi” (*public watchdog*) olarak nitelemekte ve basın özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemini vurgulamaktadır. Basın özgürlüğünü

¹²⁶ Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, **Çoğulcu Demokrasi- Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Ankara: TBB Yayınları, 2011, s. 313.

¹²⁷ *Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 42; *Prager and Oberchlick v. Austria*, Appl. No. 12974/90, 26.04.1995, para. 57-59; *Incal v. Turkey*, Appl. No. 22678/93, 09.06.1998, para. 54.

¹²⁸ Osman Can, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara: LTD, 2003, s. 379.

¹²⁹ *Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 46, *Cumpana and Mazare v. Romania*, Appl. No. 33348/96, 17.12.2004, para. 98.

¹³⁰ Bu yönde kararlar için bkz. *Jerusalem v. Austria*, Appl. No. 26958/95, 27.02.2001; *Dichand and others v. Austria*, Appl. No. 29271/95, 26.02.2002.

değerlendirirken “basının görevleri” ile “toplumun bilgi alma hakkı” arasındaki karşılıklı ilişkiden hareket eden İHAM’a göre basının kamu yararını ilgilendiren olgu ve kanaatleri yayma görevi ve toplumun da bu tür haber ve kanaatleri alma hakkı vardır.¹³¹ Özellikle siyasal haber ve kanaatler bağlamında basının rolü oldukça büyüktür. İHAM’a göre basın özgürlüğü, siyasi liderin düşünce ve tutumları hakkında toplumun görüşlerinin oluşmasının en iyi araçlarından biridir; özellikle kamuoyunun zihnini meşgul eden konularda siyasilerin görüşlerini ve yorumlarını yansıtma olanağı vermektedir. Böylelikle basın özgürlüğü, demokratik toplumun özünde yatan kavramlardan biri olan herkesin kamusal tartışma ortamına katılımını da olanaklı hale getirmektedir.¹³²

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

A. ABD ANAYASA YARGILAMASINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Yüksek Mahkeme, her türlü ifadeye eşit derecede bir koruma öngörmemekte, kimi ifade türlerini ayırarak, onlara daha düşük bir koruma sağlamaktadır. Bunlar “hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler” (*incitement to violation of law*) ile Chaplinsky kararında belirttiği “kontROLSÜZ biçimde tacizkar şehvet içeren, bayağı olan müstehcen ifadeler”, “kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan sözler” ve “söylenir söylenmez zarar veren veya huzuru ani olarak bozmaya elverişli kavgacı sözler”dir.¹³³ Nefret söylemine yaklaşımı ile yakından ilişkili olduğundan Yüksek Mahkeme’nin hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelere tutumu aşağıda incelenmiştir.

Yüksek Mahkeme somut norm denetimi yaparken ifadeyi sınırlandıran düzenlemenin özelliklerine göre de bir ayrıma gitmektedir. İkinci kısımda ise bu konu ele alınmıştır.

¹³¹ *Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08.07.1996, para. 41. Bu konuda örnek karar için *Sunday Times v. UK*, Appl. No. 6538/74, 25.04.1979.

¹³² Bu yönde örnek karar için bkz. *Castells v. Spain*, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

¹³³ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, 571-572 (1942).

1. Hukuka Aykırı Eylemleri Kışkırtan İfadeler (*Incitement to Violation of Law*)

Yüksek Mahkeme'nin Birinci Değişiklik içtihadı tarihinde ifade özgürlüğüne belirli ölçülerde kategorik yaklaştığı ve belirli kategorilere giren ifadeleri daha düşük bir korumadan yararlandığı söylenebilir. Bu bağlamda ilk kategorik sınırlama hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelere (*incitement to violation of law*) getirilmiştir.

Yüksek Mahkeme hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelere tarihsel süreçte sırasıyla “açık ve mevcut tehlike ölçütü”nü (*clear and present danger test*), “zararlı eğilim ölçütü”nü (*bad tendency test*), “dengeleme ölçütü”nü (*balancing test*) ve son olarak açık ve mevcut tehlike ölçütünün günümüzdeki versiyonu kabul edilen “Bradenburg ölçütü”nü uygulamıştır.¹³⁴ Açık ve mevcut tehlike ölçütünün 20. yüzyılın başında geliştirilen ilk versiyonu günümüzdekinden bir hayli uzak olup kamu makamlarının eleştirel ifadeleri Birinci Değişiklik'e uygun olarak sınırlayabilmesini sağlamış, ölçütün zaman içerisinde giderek daha yoğun bir biçimde sınırlamayı meşrulaştırıcı biçimde yorumlanması ise zararlı eğilim ölçütünü doğurmuştur. Yüksek Mahkeme'nin nefret söylemi oluşturan ifadelere yaklaşımı ile ilişkili görüldüğünden aşağıda sırasıyla kısaca zararlı eğilim ölçütü ve açık ve mevcut tehlike ölçütleri incelenmiştir.¹³⁵

Zararlı eğilim ölçütüne göre hükümeti yasadışı yöntemlerle ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler bizzat devleti güvenliğini ve kamu barışını tehlikeye düşürmektedir. Bu tür ifadeler ifade özgürlüğünün kötüye kullanımınıdır. Bu ifadelerin bastırılması için ayrıca kamu barışını bozucu eylemlerin ortaya çıkmasını beklemek yersizdir. Yasa koyucu, kamu güvenliğini tehlikeye sokacak bir ayaklanmanın çıkmasını beklemeden, olası bir ayaklanmaya karşı acil tedbirleri alma hakkına sahiptir. Bu tedbirler keyfi veya haksız olarak nitelenemez.¹³⁶ Yine Yüksek

¹³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sait Güran, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1337, 1969, s. 81- 190.

¹³⁵ Tarihsel gelişim sırasının farklı olmasına karşın konu bütünlüğünün sağlanması ve özellikle açık ve mevcut tehlike ölçütünün farklı yönlerini ortaya koyabilmek amacıyla böyle bir sıralama izlenmesi tercih edilmiştir. Dengeleme ölçütü konu ile doğrudan ilişkili olmadığından ayrıca incelenmesine gerekli görülmemiştir.

¹³⁶ *Gitlow v. New York*, 268 US 652, 666-668 (1925).

Mahkeme'ye göre yasa koyucunun kanaatine ağırlık verilmelidir. Yasa koyucu belirli türdeki ifadelerin ciddi zarar tehlikesi doğurduğunu (*danger of substantive evil*) tespit etmişse, yargı organı somut olayda önüne gelen ifadenin yasa koyucunun zararlı olduğunu tespit ettiği ifade türüne dâhil olup olmadığını incelemekle yetinmelidir. Bunun dışında ifadenin somut olayın şartları altında gerçekten açık ve mevcut tehlike doğurup doğurmadığı araştırılmayacaktır. Yasa koyucu yaptığı düzenlemeyle ifade ile önlenmeye çalışılan zarar arasındaki nedensellik bağıını zaten kurmuştur.¹³⁷

Sonuç olarak zararlı eğilim ölçütünde bir ifadenin soyut bir tehlike yaratıyor olması ve bu durumun yasa koyucu tarafından tespiti ilgili ifadenin sınırlanabilmesini meşru hale getirmektedir. İfadenin sarfedildiği somut olayda yakın bir zarar tehlikesi doğurup doğurmadığı ayrıca incelenmemektedir.¹³⁸

Açık ve mevcut tehlike ölçütünün ilk versiyonu Yargıç Holmes tarafından 1919 tarihli *Schenck v. United States* kararı¹³⁹ ile atılmıştır. Bu ölçüte göre her ifadede kullanılan kelimelerin yasa koyucunun önleme yetkisi kapsamında olan ciddi zararları ortaya çıkarabilecek açık ve mevcut tehlike yaratacak koşullar altında kullanılıp kullanılmadığı ve bu tehlikeyi yaratan niteliğe sahip olup olmadığı sorunu incelenmelidir. Bunun anlaşılması için ise ifadeyi bağlamı içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. İlgili ifadenin yasa koyucunun önleme yetkisi kapsamına giren ciddi zararları doğurmaya ne ölçüde elverişli olduğu bir yakınlık ve derece sorunudur. Bu kapsamda hem ifadenin sarfedildiği yer ve zaman gibi dışsal koşullar hem de konuşmacının ifadeyi açığa vurduğu andaki amacı dikkate alınmaktadır. Buna göre birtakım ifadeler normal zamanlarda (*ordinary times*) ve pek çok yerde anayasal bir

¹³⁷ *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927).

¹³⁸ Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı *Whitney v. California* kararında Yargıç Brandeis'in ayrık oyu ile eleştirilmiştir: “*Devrim yoluyla ülkemizin bağımsızlığını kazananlar (...) siyasal değişimden korkmuyordu. Özgürlükleri daraltma pahasına düzeni yüceltmediler. (...) Yanlılık ve sefaletleri tartışma yoluyla ortaya çıkarma ve zararı eğitim süreci ile önlemek için yeterli zaman varsa, uygulanacak yöntem kamu gücünü kullanarak sessizliği sağlamak değil daha fazla tartışmaktır. Sadece acil bir durumun varlığı baskı altında tutmayı haklılaştırır*” Yargıç Brandeis'in ayrık oyu, *Whitney v. California*, 274 US 357, 377 (1927). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, der. Zühtü Arslan, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 78- 103, Çev. Faruk Çakır.

¹³⁹ *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

hak olarak değerlendirilebilir. Ancak aynı ifadelerin savaş halindeki bir ülkede açığa vurulması o ülkenin menfaatleri açısından olumsuz etki doğurabilir.¹⁴⁰

Ölçütün Schenck kararında ortaya atılan biçimi zarar doğurucu ifade ile önlenmeye çalışılan zarar arasındaki nedensellik bağına çok geniş tuttuğu için eleştirilebilir. Ölçütün bu halinde ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için zarara yol açma yönündeki niyetin varlığı ve bu yolda basit bir eğilim yeterli görülmektedir. Somut davranışın önlenmeye çalışılan zararı doğurmaya ne oranda elverişli olduğu sorunu tartışmaya açılmamaktadır. Aynı tarihte verilen Abrams v. United States kararında¹⁴¹ Yargıç Holmes, Yargıç Brandeis'in katıldığı karşı oyda eylem ile önlenmek istenen zarar hakkındaki “yakınlığa” (*proximity*) ve bu yakınlığın dar anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Önceki kararlarda geliştirdiği açık ve mevcut tehlike ölçütüne ifade ile zarar arasında “gerçek bir yakınlığın olması” (*genuine immediacy*) koşulunu eklemiştir. Doğması engellenmeye çalışılan zararın ağırlığının ifadenin kısıtlanmasında tek başına bir etkisi olmamalıdır.¹⁴²

Açık ve mevcut tehlike ölçütü son halini Bradenburg kararıyla¹⁴³ almıştır. Bu kararda ifadenin Birinci Değişiklik'e uygun biçimde sınırlanabilmesi kümülatif iki koşula bağlanmıştır: İlk olarak ifade yakın bir zararı doğurmaya veya kışkırtmaya yönelmiş olmalıdır. İkinci olarak ifade bu tür bir zararı doğurmaya veya kışkırtmaya kuvvetle elverişli olmalıdır. Bu bağlamda herhangi bir zarar doğurmaya elverişli olmayan ifadelerin korumadan yararlanması gerekir. Dolayısıyla bir ifadenin zarar doğurmasının olası ya da ifadenin bu yönde bir eğilime sahip olması onun sınırlanmasını haklı kılmaz. Bu koşulları sağlamayan bir düzenleme anayasaya aykırı olacaktır.

Bradenburg kararında ifade ile zararın birbirine yakınlığı oldukça dar anlaşılmaktadır. Bu tutum Yüksek Mahkeme'nin sonraki kararlarında da kendisini göstermiştir. Buna göre ifade sahibinin bir kitleyi yasa dışı bir eylemde bulunmaya yönlendiren ifadesi, yasa dışı eylem “gelecekteki belirsiz bir zamanda” (*indefinite*

¹⁴⁰ Schenck v. United States, 249 US 47, 52 (1919).

¹⁴¹ Abrams v. United States, 250 US 616 (1919).

¹⁴² Zaman içerisinde açık ve mevcut tehlike ölçütünün unsurları konusunda değişikliğe gidilmiştir. Dennis v. United States, 341 US 494 (1951); Yates v. United States, 354 US 298 (1957); Scales v. United States, 367 US 203 (1961); Noto v. United States, 367 US 290 (1961).

¹⁴³ Bradenburg v. Ohio, 395 US 444 (1969).

future time) gerçekleşecekse, Birinci Değişiklik'ten yararlanacaktır. Bunun sebebi zararın yeterince yakın bir zamanda gerçekleşmiyor olmasıdır.¹⁴⁴

2. İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Düzenlemelerin Özellikleri

ABD Yüksek Mahkemesi Birinci Değişiklik'e ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu incelerken ilgili düzenlemenin düşüncenin içeriğine yani onun "iletişimsel yönüne" (*communicative impact of speech*) ilişkin olup olmadığı ayrımını yapmaktadır. Bu ayrımın yapılması uygulanacak denetim ölçütünün belirlenmesinde önem taşımaktadır.

"İfadenin içeriğini esas alan sınırlama" (bundan sonra içerik sınırlaması) (*content-based restriction*) ile "içeriği esas almayan düzenleme" (bundan sonra içerik dışı düzenleme) (*content-neutral regulation*) arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı sorunu iki şekilde çözümlenmektedir. İlk olarak yasa koyucunun, düzenlemeye ilişkin gerekçesi incelenebilir. Buradan anlaşıldığı kadarıyla, yasa koyucunun amacı herhangi bir düşüncenin içeriğine, ilettiği mesajla ilişkin bir rahatsızlıkla bağlantılı ise, düzenlemenin içeriğinin göz önünde tutulduğu anlaşılır. Ya da düzenlemenin lafzından bu yönelim anlaşılabilir.¹⁴⁵

a. İçerik Dışı Düzenlemeler (*Content- Neutral Regulations*)

İçerik dışı düzenlemeler ifadenin iletişimsel yönü ile yani ifadenin ilettiği mesaj ile ilişkili olmayan düzenlemelerdir. Yüksek Mahkeme bunları "zaman, yer ve yöntem düzenlemeleri" (*time, place and manner regulations*) ve "ifadeye ikincil etkide bulunan düzenlemeler" (*secondary effects*) olarak ikiye ayırmaktadır.

¹⁴⁴ Hess v. Indiana, 414 US 105 (1973).

¹⁴⁵ Sullivan, Gunther, **op. cit.**, s. 192- 201.

aa. Zaman, Yer ve Yöntem Düzenlemeleri (*Time, Place and Manner Regulations*)

Bu tür düzenlemeler, ifadenin içeriğinden bağımsız olarak onun ne zaman, nerede ve nasıl açıklandığıyla ilgilendirler. Belirli bir desibelin üzerine çıkan anonslara sınırlama getiren veya kamu düzenini korumak amacıyla kürtaj yapılan sağlık merkezlerinden belirli bir mesafede kürtaj karşıtı gösterilere izin vermeyen düzenlemeler ifadenin iletişimsel yönü ile ilgili olmadığından buna örnek olarak gösterilebilir.¹⁴⁶

Bu tür düzenlemeler “orta ölçekli denetim”e (*intermediate scrutiny*) tabi tutulmaktadır. Bu incelemenin ön koşulu sınırlamanın ifadenin iletişimsel yönünden bağımsız olarak meşru gösterilebilmesidir (*justified without reference to the content of the regulated speech*). İfade özgürlüğünü sınırlayan düzenlemenin bu denetimden geçebilmesi üç koşulun kümülatif varlığına bağlıdır. Buna göre düzenleme ilk olarak önemli veya dikkate değer bir kamusal menfaati (*significant or substantial governmental interest*) gerçekleştirmeye yönelmiş olmalıdır. Örneğin kamu düzenini ve güvenliğini korumak¹⁴⁷, çevreyi korumak¹⁴⁸, görüntü veya gürültü kirliliğini önlemek¹⁴⁹, trafiği düzenlemek¹⁵⁰ gibi menfaatler Yüksek Mahkeme’ce önemli kabul edilmektedir. Bununla birlikte düzenlemenin kapsamının bu kamusal menfaati gerçekleştirme amacıyla sıkı sıkıya bağlantılı olması (*to be closely tailored to serve a “substantial” or “significant” governmental interest*) gerekmektedir. Bu koşul ile amaçlanan kamu makamlarına denetimsiz bir takdir yetkisi tanınmasının önüne geçmektir. Bu incelemenin üçüncü koşulu ise düzenleme ile düşünce açıklaması için geniş bir ortam sağlayan diğer seçimlik yolların (*ample alternative channels of communication*) açık bırakılmış olmasıdır. Bu koşul ile bir yer, zaman ve yöntem düzenlemesiyle ifade özgürlüğünün kullanılabileceği her türlü ortamın yok edilmesinin önüne geçilmektedir. Diğer bir söylemle bu tür bir düzenleme ile ifadeye toptan bir yasak (*a total ban*) getirilmesi engellenmeye çalışılmaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁶ Sullivan, Gunther, **op. cit.**, s. 198, 199.

¹⁴⁷ Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

¹⁴⁸ Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 US 288 (1984).

¹⁴⁹ Schneider v. State, 308 US 147 (1939).

¹⁵⁰ Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490 (1981).

¹⁵¹ United States v. O’Brien, 391 US 367, 376- 386.

bb. İfadeye İkincil Etkide Bulunan Düzenlemeler (*Secondary Effects*)

Burada düzenleme düşüncesinin içeriği ile bağlantılı olmaksızın çıkarılmış olmasına karşın tesadüfi biçimde (*incidental*) düşüncesinin içeriğine etkide bulunmaktadır.

İfadeye ikincil etkide bulunan düzenlemeler Yüksek Mahkeme'nin önüne özellikle sembolik ifadeler ile ilgili olarak gelmiş ve bu yöndeki içtihadını bu tür ifadeleri sınırlayan düzenlemelerin Birinci Değişiklik'e uygunluğunu incelerken oluşturmuştur. Bu bağlamda örneğin United States v. O'Brien kararı¹⁵² askerlik hizmetine ilişkin belgelerin yakılmasına, Street v. New York¹⁵³, Smith v. Goguen¹⁵⁴ ve Texas v. Johnson¹⁵⁵ kararları bayrak yakma eylemlerine ilişkindir.

Bu tür düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun denetimi yukarıda açıklanan orta ölçekli denetime büyük ölçüde benzemektedir. İlgili denetim United States v. O'Brien kararında¹⁵⁶ ortaya konmuştur. Buna göre ilgili düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun olabilmesi için düzenlemenin ilk olarak yasa koyucunun anayasal yetkileri içine girmesi gerekir. İkinci olarak düzenleme, önemli ya da dikkate değer bir kamu menfaatini gerçekleştirmelidir. Üçüncü olarak gerçekleştirilmeye çalışılan kamu menfaati ifadenin bastırılmasından bağımsız olmalıdır. Son olarak, ilgili düzenleme kamu menfaatinin gerçekleşmesi için gerekli olandan daha geniş olmamalıdır.¹⁵⁷

O'Brien incelemesinin belirleyici noktası üçüncü koşuldur. Burada kastedilen, korunmak istenen kamu menfaatinin ifadenin iletişimsel yönü ile ilgili olmamasıdır. Bu koşul uyarınca düzenlemenin altında yatan temel amaç araştırılmalıdır. Örneğin kamu makamları çevreyi koruma ya da yangın çıkmasını önleme amacıyla belirli yerlerin veya nesnelerin yakılmasını yasaklayabilir. Bu durumda yangın çıkarma eylemiyle mücadele edilmektedir ve bu eylemin iletişimsel yönüyle ilgilenilmemektedir. Yine de böyle bir düzenleme tesadüfen de olsa ifade

¹⁵² United States v. O'Brien, 391 US 367 (1968).

¹⁵³ Street v. New York, 394 US 576 (1969).

¹⁵⁴ Smith v. Goguen, 415 US 566 (1974).

¹⁵⁵ Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989).

¹⁵⁶ United States v. O'Brien, 391 US 367 (1968).

¹⁵⁷ United States v. O'Brien, 391 US 367, 376 (1968)

özgürlüğüne müdahale edebilmektedir. Yani örneğin yangın çıkarma eyleminin hükümeti protesto amacıyla yapılıyor olması, bu ifadenin yukarıdaki sınırlamaya tabi tutulmasını engellemeyecektir. Böylelikle yangın çıkmasını önleme amacıyla tüm yakma eylemlerini yasaklayan bir düzenleme ister istemez siyasi amaçla bayrak yakılmasına da sınırlama getirmektedir. Ancak burada düzenlemenin korumaya çalıştığı menfaatle yakma eyleminin iletişimsel yönü arasında herhangi bir bağ bulunmadığından ilgili düzenleme (diğer şartlar da sağlandığında) Birinci Değişiklik'e herhangi bir aykırılık oluşturmayacaktır. Buna karşın her türlü nesneyi yakma eylemini değil örneğin yalnız bayrak yakma eylemini cezalandıran düzenlemeler yukarıdaki koşulu sağlamamaktadır, çünkü burada korunmaya çalışılan menfaat ile ifade sınırlaması arasında tesadüfi bir ilişki bulunmamaktadır. Burada tam aksine kamu makamları ifadenin iletişimsel yönünden dolayı doğacak tehlikelere karşı önlem almaktadır. Bunun sebebi kamu makamlarının düzenleme ile doğrudan bayrak yakma eyleminin doğuracağı siyasi sonuçlarla yani ifadenin içeriği ile mücadele etmeyi amaçlamış olmasıdır. Dolayısıyla aslında düzenleme içerik dışı değil, ifadenin içeriği ile ilgili bir düzenlemedir ve düzenlemenin anayasaya uygun kabul edilmesi için O'Brien incelemesini değil çok daha ağır bir anayasaya uygunluk denetim olan ve aşağıda incelenen "katı denetim"den (*strict scrutiny*) geçmesi gerekmektedir.¹⁵⁸

b. İçerik Sınırlamaları (*Content- Based Restrictions*)

Yüksek Mahkeme yaptığı anayasaya uygunluk denetiminde yasa koyucunun yaptığı düzenlemenin ifadenin içeriğine ilişkin olup olmadığını denetlemektedir. Mahkeme içeriğe müdahale eden düzenlemeleri farklı kategorilere ayırmaktadır.

Bu kategorilerden ilki yasa koyucunun düzenlemesiyle ifadenin içerdiği mesaja baktığı, yani "bakış açısı ayrımcılığı" (*viewpoint discrimination*) yaptığı düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemelerde ifade ile iletilen mesaj yasa koyucunun savunduğu görüşlere uygunsu serbest bırakılırken, bu görüşlere aykırı ise ifade sınırlanmaktadır. Yüksek Mahkeme bu noktada "içerik ayrımcılığı" (*content discrimination*) ile bakış açısı ayrımcılığı arasında bir ayrıma gitmektedir. İçerik ayrımcılığı, çalışmanın ilgili bölümünde açıklanan hukuka aykırı eylemi kışkırtan

¹⁵⁸ Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989); United States v. Eichman, 496 US 310 (1990).

ifadeler, kavgacı sözler, hakaret, müstehcen ifadeler ve ticari ifadeler gibi ifade türlerinin içeriklerinden kaynaklı olarak diğer ifadelerden daha sınırlı koruma görmeleri anlamına gelmektedir ve Yüksek Mahkeme yapılan bu ayrımı Birinci Değişiklik'e uygun bulmaktadır.¹⁵⁹ Buna karşın bakış açısı ayrımcılığı içerik ayrımcılığının ötesine geçecek şekilde yasa koyucunun belirli görüşlere başkaları aleyhine imtiyaz tanınmasıdır. Yüksek Mahkeme bu tür düzenlemelerin Birinci Değişiklik'e aykırı olduğuna hükmetmektedir. Böylelikle örneğin bir düzenlemenin hakaret eylemine sınırlama getirmesi içerik ayrımcılığı yaratmakla birlikte anayasaya uygun olabilir, buna karşın bir düzenlemenin yalnızca hükümeti eleştiren hakaret eylemlerini sınırlaması bakış açısı ayrımcılığı yaratacağından bu düzenleme anayasaya aykırı olacaktır.

Yüksek Mahkeme'ye göre içerik ayrımcılığının temelinde bir kategorideki tüm ifadelerin yasaklanabilirliği yattığı için, bakış açısı ayrımcılığının yaratılmadığı durumlarda, bu kategorilerdeki ifadeler arasında da bir ayırım yapılabilir. Bu bağlamda örneğin bir eyalet müstehcen ifadelerden yalnızca pornografik içeriğe sahip olanları yasaklamayı tercih edebilir. Burada zaten yasaklanabilir bir ifade kategorisinde (müstehcen ifade) içerik ayrımcılığı (yalnızca pornografik içerikli olan müstehcen ifadeler) yapılmıştır ve bu düzenleme anayasaya uygundur. Buna karşın aynı eyaletin müstehcen ifadelerden yalnızca saldırgan politik mesajlar içerenleri yasaklayıcı bir düzenlemeye gitmesi, uygulamada bakış açısı ayrımcılığı tehlikesini doğuracağından, bu düzenleme Birinci Değişiklik'e aykırılık oluşturacaktır.¹⁶⁰

İçeriğe ilişkin sınırlamaların bir diğer türü “konu sınırlaması”dır (*subject-matter restriction*). Bu sınırlama türüne örnek olarak bir düzenlemenin işçi- işveren anlaşmazlığına ilişkin barışçıl gösteriler dışındaki konulara ilişkin tüm gösterilerin ders saatleri boyunca okullardan belirli bir uzaklıkta yapılabilmesine ilişkin olması verilebilir.¹⁶¹ Böyle bir düzenleme içerik bakımından tarafsız değildir çünkü açıkça işçi-işveren anlaşmazlığını içeren gösterileri diğer gösterilerden ayırmakta ve bunlara farklı bir muamele uygulamaktadır. Yüksek Mahkeme konu sınırlamalarını genellikle titizlikle incelemekte ve bunlara katı denetim (*strict scrutiny*)

¹⁵⁹ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 US 377, 383, 384 (1992).

¹⁶⁰ The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 902 F.2d 513, 517 (1990); Kucharek v. Hanaway, 498 US 1041 (1991).

¹⁶¹ Police Dept. v. Mosley, 408 US 92 (1972). Benzer başka bir düzenlemeye ilişkin karar için bkz. Carey v. Brown, 447 US 455 (1980).

uygulamaktadır. Bu denetim, Yüksek Mahkeme'nin ifade özgürlüğü sınırlamaları konusunda kullandığı en sıkı anayasaya uygunluk denetimidir.¹⁶² Bu inceleme uyarınca konu sınırlaması yapan bir düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun olabilmesi için sınırlama nedeninin “zorunlu bir kamu menfaatine dayanması” (*compelling governmental interest*), “sınırlamanın dar bir çerçevede çizilmiş olması” (*narrowly tailored*) ve düzenlemede ilgili menfaate ulaşmak için “en az sınırlayıcı araçların kullanılmış olması” (*least restrictive means*) gerekmektedir. Tüm bu koşulların sağlandığını ispat yükü yasa koyucudadır.¹⁶³

Zorunlu kamu menfaati şiddetin veya suçun önlenmesi ya da başkalarının kişilik haklarının korunması gibi çeşitli konulara ilişkin olabilir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'ye göre düzenlemenin katı denetimi geçebilmesi için söz konusu düzenlemenin korunması amaçlanan menfaati gerçekleştirmeye elverişli olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Örneğin vatandaşların oy kullanacakları binaların girişinden belirli bir uzaklığa kadar siyasi parti posterlerinin asılmasının ve siyasi partilerin el ilanlarının dağıtılmasının yasaklandığı bir düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygunluğunun incelendiği *Burson v. Freeman* kararında¹⁶⁴ sınırlamanın bu yönü gündeme gelmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre tarihsel deneyimler, oylamanın yapıldığı alanda seçmenlerin tehdit edilmesinin ve olası seçim hilelerinin önlenmesinin önemini göstermektedir. Yapılan düzenleme, seçmenlerin tehdit edilmesinin ve seçim hilelerinin önlenmesi menfaatleri sağlamayı amaçlamaktadır ve bu menfaatleri gerçekleştirmeye elverişlidir.¹⁶⁵

Katı denetimin diğer unsuru olan sınırlamanın dar bir çerçevede çizilmesi koşulu, yasa koyucunun görünürde kamusal menfaate ulaşmak amacıyla ifade özgürlüğüne aşırı kapsamlı (*overbroad*) müdahalelerde bulunmasının önüne geçmeyi amaçlar.¹⁶⁶ Bununla birlikte Yüksek Mahkeme bu koşulu en az sınırlayıcı araçların kullanılmış olması koşulu ile birlikte değerlendirmektedir. Örneğin *Boos v. Barry* kararında¹⁶⁷ yabancı devlet büyükelçiliklerine belirli bir uzaklıkta ilgili devlet politikalarını eleştiren herhangi bir işaretin gösterilmesini yasaklayan bir

¹⁶² Aydın, **op. cit.**, s. 238.

¹⁶³ **Ibid.**, s. 231.

¹⁶⁴ *Burson v. Freeman*, 504 US 191 (1992).

¹⁶⁵ *Burson v. Freeman*, 504 US 191, 210, 211 (1992).

¹⁶⁶ Aydın, **op. cit.**, s. 254.

¹⁶⁷ *Boos v. Barry*, 485 US 312 (1988).

düzenlemeyi yukarıdaki iki koşulu sağlamadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Düzenlemenin yabancı diplomatik personelin kişilik haklarına müdahaleyi önlemeyi amaçladığı iddia edilse de bu kamusal menfaatin varlığı düzenlemeyi tek başına Birinci Değişiklik'e uygun hale getirmemektedir. Düzenleme yabancı devletleri eleştiren ifadelere kategorik olarak sınırlama getirdiğinden yeterince dar bir çerçeveye sahip değildir. İlgili kamusal menfaat daha az sınırlayıcı araçlarla da sağlanabilirdi.

Katı denetim konu sınırlamasının yanı sıra konuşmacıya ilişkin getirilen sınırlamalara da (*speaker restrictions*) uygulanmaktadır. Böylelikle örneğin bir düzenleme işçi-işveren anlaşmazlığına ilişkin değil ancak sendikaların gösterilerine ilişkin istisna getirecek bir gösteri sınırlaması getiriyorsa da aynı ölçüt uygulanacaktır.

Bununla birlikte içeriğinden dolayı dinleyici topluluğunun vereceği olumsuz tepkiye dayanılarak yapılan düzenlemelere Yüksek Mahkeme tarafından kuşkuyla yaklaşılmaktadır. Bu tip bir düzenleme de ifadenin içeriğine ilişkin bir sınırlama olarak kabul edilmekte ve bunlar da katı denetime tabi tutulmaktadır.¹⁶⁸

B. İHAS SİSTEMİNE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Yüksek Mahkeme'nin aksine İHAM'ın olay temelli bir denetim yaptığı çalışmanın ilgili bölümünde belirtilmişti. Gerçekten de İHAM, taraf devletin iç hukukundaki bir düzenlemenin İHAS'a uygunluğunu kural olarak denetlemez, önüne gelen bir başvuruyu bütünüyle inceleyerek somut olayda ifade özgürlüğüne müdahale edilip edilmediğini, edildiyse bunun İHAS'a uygunluğunu denetler.

İHAM'ın ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale olarak nitelendirdiği işlem ve eylemlerin yelpazesi oldukça geniştir. Birkaç örnek vermek gerekirse, cezai mahkûmiyet¹⁶⁹, tazminat¹⁷⁰, yayın yasağı¹⁷¹, yayınları toplatma¹⁷², yayıncılık

¹⁶⁸ Bkz. *Boos v. Barry*, 485 US 312 (1988); *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971); *R.A.V. v. St. Paul*, 505 US 377 (1992).

¹⁶⁹ *Tuşalp v. Turkey*, Appl. No. 32131/08; 41617/08, 21.02.2012.

ruhsatını vermeme¹⁷³, gazetecinin kaynağını açıklamaya zorlanması¹⁷⁴, bildiri dağıtırken yakalama ve gözaltına alma¹⁷⁵ bunlardan bazılarıdır. Yine İHAM'a göre müdahalenin mutlaka bir yaptırım biçiminde olması gerekli değildir. Kim durumlarda bir yaptırım tehdidi ya da sonuçlanmasa dahi bir müdahale sürecinin başlatılması da ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilebilmektedir.¹⁷⁶ Örneğin başlatılan bir soruşturmanın beraat veya takipsizlik kararıyla sonuçlanmış olması onun özgürlük alanına müdahale edilmediği anlamına gelmemelidir.¹⁷⁷ Yine bir yayın yapılmadan önce yapılan ön sınırlamalar da bu özgürlüğe müdahale oluşturabilmektedir.¹⁷⁸

1. Olağanüstü Hallerde Askıya Alma (İHAS 15. madde)

İHAS'ın 15. maddesi Sözleşme'ye taraf devletlerin “savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde”, “durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek kaydıyla” İHAS'ta öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilmesini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında “dokunulmaz haklar” kategorisine yer verilmektedir.¹⁷⁹ İfade özgürlüğü bu kategori içerisinde sayılmamaktadır dolayısıyla bu özgürlüğün olağanüstü hallerde askıya alınması İHAS'a aykırılık yaratmayacaktır.

2. Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması (İHAS 17. madde)

Hakkın kötüye kullanımını düzenleyen 17. madde uyarınca İHAS'ta yer alan temel hak ve özgürlüklerden hiçbiri “*bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha*

¹⁷⁰ Tolstoy Miloslavsky v. UK, Appl. No. 18139/91, 13.07.1995.

¹⁷¹ Ürper and Others v. Turkey, Appl. No. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20.10.2009.

¹⁷² Vereniging Weekblad Bluf! v. Netherlands, Appl. No. 16616/90, 09.02.1995.

¹⁷³ Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, Appl. No. 38433/09, 12.06.2012.

¹⁷⁴ Goodwin v. UK, Appl. No. 17488/90, 27.03.1996.

¹⁷⁵ Incal v. Turkey, Appl. No. 22678/93, 09.06.1998.

¹⁷⁶ Doğru, Nalbant, **op.cit.**, s. 226.

¹⁷⁷ Örneğin bkz. Bowman v. UK, Appl. No. 24839/94, 19.02.1998, para. 33.

¹⁷⁸ Association Ekin v. France, Appl. No. 39288/98, 17.07.2001.

¹⁷⁹ Bu kategori, İHAS'ın “meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında” yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, kölelik ve kulluğu yasaklayan 4. maddenin ilk fıkrası ve suç ve cezaların yasallığı ilkesini düzenleyen 7. maddesinden oluşmaktadır.

geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”

Metin dikkate alındığında 17. maddenin taraf devletlere karşı da ileri sürülebileceği iddia edilebilse de¹⁸⁰ madde, uygulamada kişilere ve gruplara karşı ileri sürülmüştür.¹⁸¹

17. maddenin öngörülmesinin nedeni İHAS'ta güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanarak; yine güvence altındaki hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan faaliyetleri önlemektir. Bu maddenin bu bağlamda İHAS'a bir sadakat yükümlülüğü yüklediğinden bahsedilmektedir.¹⁸² Esasen İHAS'ın ortaya çıkışının temel nedenlerine bakıldığında bunlardan ilki İkinci Dünya Savaşı süresince yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ve buna sebep olan totaliter rejimlerin varlığı; ikincisi ise savaş sonrasında kendisini iyice belli eden ideolojik çatışma, diğer bir söylemle komünizm tehlikesidir.¹⁸³

İHAS organlarının eski kararlarında Sözleşme hazırlayıcılarının yukarıdaki amaçlarına uygun hareket ettiği söylenebilir. 17. maddenin İHAS karşıtı faaliyetleri geliştirmeye elverişli olan örgütlenme ve ifade özgürlüğü hakları ile ilgili başvurulara uygulandığı görülmektedir. Bu dönemde totaliter rejimleri veya ırkçı düşünceleri savunan görüşler bakımından İHAS'ın ideolojisiyle bağdaşmadıkları gerekçesiyle doğrudan ve bağımsız olarak 17. madde uygulanmıştır. Böylelikle bu tür düşüncelerin örgütlenme ve ifade özgürlüğünden hiçbir şekilde yararlanamayacağı kabul edilmiştir. Örneğin bu dönemde bir siyasi partinin sırf komünist ideolojiyi savunması gerekçesiyle kapatılması İHAS'a uygun bulunmuş,

¹⁸⁰ Stephen Grosz QC (Hon), Jack Beatson, Peter Duffy, **Human Rights: the 1998 Act and the European Convention**, London: Sweet & Maxwell, 2000, s. 375.

¹⁸¹ Mark E. Villiger, “Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg Practice”, **Freedom of Expression: essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights**, Ed. Josep Casadevall (et. al.), Strasbourg: Council of Europe/European Court of Human Rights; Oisterwijk: Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, s. 323.

¹⁸² Jean François Flauss, “L’abus de droit dans le cadre de la Convention europeene des droits de l’homme”, **Revue universelle des droits de l’homme**, Vol. 4, 1992, s. 463; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Ankara: İmge Kitabevi, 2002, s. 102.

¹⁸³ Sözleşmenin hazırlanması sırasında İtalya Delegeesi Benevuti'nin ifadesi bu görüşü desteklemektedir: “Sözleşmedeki ilkelerin İnsan haklarını bu hakları yok etme amacıyla kendi çıkarları doğrultusunda kullanılarak totaliter akımların patlak verilmesinin önüne geçilmelidir.” DH (57) 4, European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 17 of the European Human Rights Convention, 1957, s. 6. Bu konudaki karşı görüş için bkz. Rona Aybay, **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.

siyasi partinin örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuru 17. madde uyarınca reddedilmiştir.¹⁸⁴ İHAK, bu ideolojiye sahip bir partinin programında da belirttiği temel amacının proletarya diktatörlüğü kurmak olduğunu ve bu amacın da İHAS'ta korunan temel değerlerle bağdaşmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Böylelikle siyasi partinin bu amacı gerçekleştirmeye yönelik somut eylemlerinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiş, salt sahip olduğu ilkelerden hareketle ileride doğabilecek olası bir tehlike durumu göz önüne alınarak genişletici; İHAS hazırlayıcılarının ilkeleri doğrultusunda da tarihsel bir yorum izlenmiştir.¹⁸⁵

İlerleyen yıllarda ise İHAS organları 17. maddeyi farklı biçimde değerlendirmiş, bu maddeyi doğrudan uygulamak yerine, sözleşmesel hakların yorumunda dolaylı biçimde, tamamlayıcı bir ölçüt olarak göz önünde bulundurma eğiliminde olmuştur.¹⁸⁶ Böylelikle İHAM, şiddeti yaymayı hedefleyen, yasadışı veya antidemokratik yöntemlerin kullanıldığı, şiddete başvurmayı özendirilen veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen faaliyetleri ya dolaylı olarak 17. madde kapsamında değerlendirmiştir ya da bu madde bağlamında hiçbir değerlendirme yapmadan doğrudan ifade veya örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen maddeler kapsamında bir inceleme yapmıştır.¹⁸⁷

Bunun yanı sıra İHAS sisteminde “tarihsel gerçekleri inkâr söylemi” olarak kabul edilen Holokost inkârı ile etnik ve dinsel temelli nefret söylemleri tarihsel süreçte kategorik olarak doğrudan 17. madde kapsamında kabul edilemez bulunarak bu süre boyunca 10. maddenin korumasının tamamen dışında tutulmuştur. Özellikle Holokost inkârına yönelik olarak İHAM'ın tutumu günümüzde de değişmemekle birlikte, diğer nefret açıklamalarına yönelik tutumu zaman içinde özgürlükçülüğe doğru evrilmiştir.¹⁸⁸ Nefret söylemlerinin 17. madde ile ilişkisi çalışmanın ilgili

¹⁸⁴ Communist Party (KPD) v. the Federal Republic of Germany, Appl. No. 250/57, 20.07.1957.

¹⁸⁵ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 94-103.

¹⁸⁶ Bkz. Refah Partisi and others v. Turkey, (Grand Chamber), Appl. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/89, 13.02.2003; Zdanoka v. Latvia, Appl. No. 58278/00, 16.03.2006.

¹⁸⁷ Bkz. The United Communist Party of Turkey others v. Turkey, (Grand Chamber), Appl. No. 19392/92, 30.01.1998; Socialist Party and others v. Turkey, Appl. No. 21237/93, 25. 5. 1998; Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, Appl. No. 23885/94, 08.12.1999.

¹⁸⁸ Yokuş, **op. cit.**, s. 113, 114.

bölümünde inceleneceğinden bu kısımda ayrıntılı bir açıklamaya gerek görülmemiştir.

3. İHAS Madde 10/2'ye Göre Sınırlama

İHAS madde 10/2, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını ve ilk fıkrada tanınan özgürlüğün kullanılma koşullarını belirtmektedir. Aslında madde 10/2'de belirtilen sınırlama rejimi, İHAS'ın 8-11. maddelerinde yer alan genel sınırlama rejimiyle aynıdır. Yani ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, meşru bir amaç izlemesi ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir.¹⁸⁹ Bu değerlendirmeyi yaparken İHAM taraf devletın kararını “ilgili olayın makul değerlendirmesi” ne dayanarak verip vermediğini de dikkate alacaktır.¹⁹⁰ Bunun saptanmasında meşru amacı korumak için yapılan müdahalenin orantılılığı önem taşımaktadır. Meşru amacı koruyan müdahalenin özgürlüğü ancak asgari düzeyde kısıtlaması gerekir. Özgürlük kısıtlamasının özünde toplumun bütün olarak çıkarlarının bireyinkilere ağır basması yatmaktadır. Değerler arasında denge kurulmasının gerekli olduğu davalarda, İHAM'ın önüne gelen soru genellikle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekenden fazla olup olmadığına düğümlenmektedir.¹⁹¹

a. Hukukilik Ölçütü

Hukukilik ölçütünden kastedilen taraf devletın, ifade özgürlüğüne müdahaleye yetki veren bir hukuki temelin varlığını göstermesidir.¹⁹² Burada önemli olan hukuki düzenlemenin kaynağı değil onun niteliğidir. Diğer bir söylemle buradaki ölçüt şekli anlamda değil fakat maddi anlamda yasadır. Hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici işleme düzenleneceği bir iç hukuk sorunu olarak görülmekte dolayısıyla hukukilik kavramı yasa kavramının ötesinde bir anlam taşımaktadır. Böylelikle bu

¹⁸⁹ Bununla birlikte İHAM önüne gelen her davada yukarıdaki üç aşamalı değerlendirmeyi yapmamakta, kimi durumlarda diğer aşamaları atlayarak doğrudan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir. Örneğin bkz. Christian Democratic People's Party v. Moldova, Appl. No. 28793/02, 14.02.2006.

¹⁹⁰ Bkz. Gorzelik and others v. Poland, Appl. No. 44158/98, 17.02.2004.

¹⁹¹ Francis G. Jacobs, Robin C. A. White, Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 309.

¹⁹² Silver and others v. UK, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25. 3. 1983, para. 86.

kavramın içerisine normlar hiyerarşisinde yasalardan daha alt düzeyde yer alan kararname¹⁹³, meslek örgütlerince hazırlanan kurallar,¹⁹⁴ üniversite yönetmelikleri¹⁹⁵ de girmektedir.

İHAM' a göre iç hukukun yanı sıra uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler de bu özgürlüğe müdahale için gerekli hukuki temeli oluşturabilir.¹⁹⁶ Bunun yanında hukuk kuralı yasama organınca çıkarılan yazılı bir düzenleme olabileceği gibi, yargıcın içtihat yoluyla yarattığı hukuk kuralı da olabilmektedir.¹⁹⁷

Hukukilik ölçütünün varlık nedeni şüphesiz kamu organlarının ifade özgürlüğünü kısıtlarken keyfi davranmasını önlemektir. Bununla birlikte tek başına bir hukuk kuralının varlığı keyfi davranışları önlemeyeceğinden İHAM bu ölçüte bir arada bulunması gereken iki unsur daha eklemiştir.¹⁹⁸ Buna göre ilk olarak söz konusu düzenleme “erişilebilir” olmalıdır. Bunun anlamı vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir hukuk kuralının varlığı konusunda yeterli bilgiye sahip olabilmesidir. Bu bağlamda örneğin mahkûmların yazışmalarına getirilen sınırlamaların yayınlanmamış hapisane yönetmeliğine dayanılarak yapılmasının hukukilik ölçütüne aykırı olduğuna karar verilmiştir.¹⁹⁹ İkinci olarak ilgili düzenleme davranışın yol açabileceği sonuçların makul olarak anlaşılabilir ölçüde “öngörülebilir” olmalıdır. Vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak tanımaya yönelik yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm hukuk kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar davranışlarının sonuçlarını, durumun makul saydığı ölçüde ve gerekiyorsa uygun bir danışma ile önceden görebilmelidir.²⁰⁰ Bu bağlamda özellikle yetkili makamların eylemlerinin gizli tutulduğu durumlarda genel ve sınırları belirsiz düzenlemeler bu ölçüte aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin *Kruslin v. France* başvurusunda²⁰¹ gizli telefon dinlemelerine izin veren yasal dayanak, açık olmadığı ve dinlemenin kişi veya zaman sınırı konusunda belirsiz olduğundan,

¹⁹³ Bu yönde karar için bkz. *De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Belgium*, Appl. No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18.06.1971, para. 93.

¹⁹⁴ Örneğin bkz. *Barthold v. Germany*, Appl. No. 8734/79, 25.03.1985, para.46.

¹⁹⁵ Bkz. *Leyla Şahin v. Turkey*, Appl. No. 44774/98, 10.11.2005.

¹⁹⁶ *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, Appl. No. 10890/84, 28.03.1990, para. 68.

¹⁹⁷ *Sunday Times v. UK (No. 1)*, Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, para. 47.

¹⁹⁸ *Sunday Times v. UK (No. 1)*, Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, para. 49.

¹⁹⁹ *Silver ve Diğerleri v. UK*, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983; *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, Appl. No. 27520/07, 25.10.2011.

²⁰⁰ Bkz. *Autronic AG v. Switzerland*, Appl. No. 12726/87, 22.05.1990, para. 55- 59.

²⁰¹ *Kruslin v. France*, Appl. No. 11801/85, 24.04.1990.

vatandaş için öngörülemez bulunmuştur. Yine bir düzenlemenin gizliliği öngördüğü durumlarda, aynı düzenlemenin bu gizliliğin sınırlarını çizmesi gerekmektedir.²⁰²

Bununla birlikte İHAM'a göre öngörülebilirliğin mutlak olarak sağlanması beklenmemelidir, çünkü tecrübeler bunun imkansız olduğunu göstermektedir. Hukuk kuralının belirgin olması arzu edilmekle birlikte bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az ya da çok kaçınılmaz biçimde muğlak terimlerle ifade edilir.²⁰³ Yine ifade türüne bağlı olarak da İHAM öngörülebilirlik koşulunu daha esnek biçimde denetleyebilmektedir. Örneğin İHAM değişen koşullara ayak uydurulabilmesini sağlamak adına müstehcenliğe ilişkin düzenlemelerin “mutlak öngörülebilirliğe” sahip olamayacağını ifade etmiştir.²⁰⁴

Bu ölçütün sağlanmadığı durumlarda İHAM, incelemeyi sonlandırmakta, bir sonraki ölçüte geçmemektedir.

b. Meşru Amaçlar

10. maddenin 2. fıkrasında ulusal güvenliğin korunması; toprak bütünlüğünün korunması; kamu emniyetinin korunması; düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi; sağlığın korunması; ahlakın korunması; başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması; gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi biçiminde dokuz adet amaca yer verilmiştir. Bu amaçlar sınırlı sayıdadır; genişletilmesi, yani başka sebeplere dayanılarak sınırlama yapılması söz konusu olamaz.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığını gösterme yükümlülüğü taraf devlete aittir.²⁰⁵ Başvurucular genellikle müdahalenin madde 10/2'de belirtilenden farklı sebeplere dayandığını ileri sürmekteyse de²⁰⁶ bu

²⁰² Silver and others v. UK, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983, para. 80.

²⁰³ Sunday Times (no.1) v. UK, Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, para. 49.

²⁰⁴ Bkz. Müller v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, 28.05.1988.

²⁰⁵ Harris, O'Boyle, Warbrick, **op. cit.**, 509.

²⁰⁶ Örneğin bkz. Campbell v. UK, Appl. No. 13590/88, 25.03.1992; Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, Appl. No. 68354/01, 25.01.2007.

iddia genellikle kabul edilmemektedir. Bunun nedeni başvuruçunun bu iddiasını kabul etmenin, taraf devletin öne sürdüğü müdahale sebebinin “gerçek” sebep olmadığını kabul etmek anlamına gelmesidir. Bu ise bir anlamda taraf devletin kötü niyetli hareket ettiğini kabul etmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla İHAM, birkaç istisna dışında, kural olarak meşru amaçları geniş yorumlamakta ve taraf devletin başka bir amaçla hareket ettiği yönünde şüphe duymak için herhangi bir neden olmadığını belirtmektedir. Aslında müdahalenin 10. maddeye uygunluğunu denetlerken hangi meşru amaca dayandığının belirlenmesi oldukça önemli bir aşamadır. Örneğin bir müdahale madde 10/2’de belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmeye elverişli olabilirken bir diğerini gerçekleştirmeye elverişsiz olabilir. Yine de İHAM bu konuda titiz bir inceleme yapmaktan kaçınmaktadır.²⁰⁷

Yine de yukarıdaki durum İHAM’ın meşru amaç yönünden hiçbir denetim yapmadığı anlamına gelmemektedir. Taraf devletler kimi zaman birden fazla meşru amaç gösterebilmektedir. Bu durumda İHAM, bu amaçlardan yalnız birini veya bir kısmını kabul edip diğerlerini yerinde bulmayabilmektedir.²⁰⁸

c. Demokratik Toplumda Gerekliklik

İfade özürlüğüne yapılan bir müdahalenin İHAS’a uygun olabilmesi için söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması koşulu aranmaktadır.

İHAM Handyside v UK kararında “gerekliklik” ölçütünün “zorunluluk” kavramıyla aynı anlama gelmediğine, yani bu denli kesin ve güçlü bir nitelik taşımadığına, bununla birlikte “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı” ya da “arzu edilir” anlamlarına gelecek bir esnekliği de içermediğine karar vermiştir.²⁰⁹ Böylelikle gerekliklik ölçütü aşırı derecede dar veya geniş yorumlanmayacaktır.

İHAM, gerekliklik ölçütünün orantılılık ilkesini de içerdiği görüşündedir. Mahkemeye göre gerekliklik kavramı, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”ın varlığına cevap vermesini ve öngörülen meşru amaçla orantılı bir ilişki içinde

²⁰⁷ Harris, O’Boyle, Warbrick, **op. cit.**, s. 510.

²⁰⁸ Örneğin bkz. Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Appl. No. 14234/88; 1435/88, 20.10.1992.

²⁰⁹ Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 48.

olmasını gerektirir.²¹⁰ Orantılılık, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale amacı ile müdahalede kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Burada amaçtan kastedilen yukarıda açıklanan meşru amaçlar, araçtan kastedilen ise hak ve özgürlüğe yapılan müdahaledir. Buna göre yapılan müdahalenin izlenen amaçla “orantılı” olması gerekmektedir.²¹¹

Amacın, somut olaydaki müdahale ile gerçekleşme olanağı bir noktadan sonra kalmamışsa, orantılılık bakımından ihlal sonucu doğmaktadır. Örneğin gizli bir bilginin korunması amacı ile ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi söz konusu olduğunda bu bilgiler daha önce zaten yayınlanmışsa bu müdahale anlamlı değildir, çünkü artık güdülen amaca ulaşmak bu aşamada mümkün olmayacaktır.²¹²

Müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” ile orantılı bir ilişki içinde olup olmadığı incelenirken “takdir alanı doktrini” (*margin of appreciation doctrine*) göz önüne alınır. Buna göre müdahalede bulunan devletin yetkili organları sınırlamaya ilişkin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığını değerlendirmek bakımından uluslararası makamlara kıyasla daha iyi bir pozisyonadırlar. Bu sebeple İHAM’a göre devletler gerek yasama organının yaptığı yasalar, gerekse mevcut hukuku uygulayan ve yorumlayan organlar bakımından belirli bir takdir alanına sahip olmalıdır. Bu doktrin, İHAS’ın insan haklarını koruma görevinin “ikincil” nitelikte olduğu, bu konudaki esas görevin ise taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde olduğu ilkesine dayanmaktadır. Dolayısıyla taraf devletlerin insan haklarına ilişkin birbirinden farklı sistemlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple her ülkenin koşullarına yakından hakim olan ve zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığını en uygun şekilde saptayabilecek olan o ülkenin yetkili makamlarıdır.²¹³ Bununla birlikte bu takdir alanının çok geniş tutulması, hak ve özgürlüklerin İHAS’ta öngörülenden daha geniş biçimde sınırlanması sonucunu doğurabilir. Öte yandan insan hakları bakımından asgari bir standardın İHAS’a taraf tüm ülkeler bakımından geçerli

²¹⁰ Olsson v. Sweden (No. 1), Appl. No. 10465/83, 24.03.1988, para. 67.

²¹¹ Sibel İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme)**, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 38, 39.

²¹² Observer and Guardian v. UK, Appl. No. 13585/88, 26. 11. 1991, para.68; Sürek v. Turkey (No. 2), Appl. No. 24122/94, 08.07.1999, para. 40.

²¹³ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükler...”, s. 32.

olması da gerektiğinden bu takdir alanının Avrupa denetiminden muaf olmadığı kabul edilmektedir.²¹⁴

İHAM'a göre takdir alanının genişliği çeşitli ölçütler çerçevesinde değişiklik gösterebilir. Bu bağlamda ifadenin türü taraf devletin müdahaledeki takdir alanını genişletebileceği gibi daraltadabilir. Örneğin siyasi ifadelerde kamu makamlarının takdir alanı oldukça sınırlıyken, ticari ifadelerde daha geniştir.²¹⁵

Yapılan müdahalenin 10. maddeye uygun olabilmesi için bu müdahalenin demokratik toplumun nitelikleriyle uyum içerisinde olması gerekmektedir. İHAM, demokratik toplumu tarif ederken “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirlilik” kavramlarına özellikle vurgu yapmaktadır.²¹⁶ Bu yaklaşıma göre, çoğunluğun düşünce, duygu ve inançlarına aykırı olan rahatsız edici veya şok edici haberler, görüşler ve diğer ifade biçimleri çoğulcu bir demokraside koruma görmek ve hoşgörüsüyle karşılanmak zorundadır, açık fikirlilik bunu gerektirir.²¹⁷ Yine demokratik toplum siyasi ifadelerin güçlü bir ifade özgürlüğü korumasından yararlanmasını gerektirirken belirli bir toplumsal gruba yönelik olarak düşmanlık veya hoşgürsüzlük içeren ifadeler, şiddeti teşvik eden veya destekleyen ifadeler demokratik toplum ile bağdaşmadığından, bu tür ifadelere getirilecek sınırlamalar 10. maddeye uygunluk gösterebilmektedir.²¹⁸

Demokratik toplum algısında İHAM bir “Avrupa standardı” oluşturmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme her somut olayda hak ve özgürlüklerin sınırını ayrı ayrı değerlendirmekte bu sırada somut olaydaki müdahalenin diğer Avrupa ülkelerinde nasıl ele alındığını da incelemektedir. Böylelikle önüne gelen konuda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını araştırmaktadır. Hakkın belirli bir somut kullanımına yönelik Avrupa devletlerinde geniş bir görüş birliği oluşmuş olabilir,

²¹⁴ Bkz. *Handyside v. UK*, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

²¹⁵ Bkz. *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, Appl. No. 16354/06, 13.07.2012; *Animal Defenders International v. UK*, Appl. No. 48876/08, 22.04.2013.

²¹⁶ Örneğin bkz. *Castells v. Spain*, Appl. No. 11798/85, 23. 4. 1992, para. 42; *Vogt v. Germany*, Appl. No. 17851/91, 26.09.1995, para. 52; *Incal v. Turkey*, Appl. No. 22678/93, 09.06.1998, para. 46.

²¹⁷ İnceoğlu “Hak ve Özgürlükler...”, s. 33.

²¹⁸ Bu konuda örnek karar içi bkz. *Sürek (No.1) v. Turkey*, Appl. No. 26682/95, 08.07.1999; *Sürek v. Turkey (No.3)*, Appl. No. 24735/94, 08.07.1999.

hoşgörü konusunda yaygın bir kanaat bulunabilir.²¹⁹ Bu durumda hak ve özgürlüğün somut biçimini koruma yönünde ortada bir konsensüs varken taraf devletin neden bu konsensüse aykırı bir tutum takınarak sınırlamaya gittiğini, bu konudaki istisnai zorlayıcı toplumsal ihtiyacı somut olarak açıklaması gerekmektedir; aksi halde sınırlama İHAS'a aykırı kabul edilebilir. Bunun tersi mümkün müdür? Yani somut olayda yapılan bir sınırlamanın haklılığına bu sınırlama konusunda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığı incelenerek karar verilebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Perinçek v. Switzerland kararında²²⁰ Mahkeme, Ermeni Soykırımı'nın inkâr edilmesinin yaptırıma bağlanması konusunda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını incelemiştir. Bu konuda bir konsensüs bulunmadığının altını çizen Mahkeme, taraf devletin ifade özgürlüğüne bu istisnai müdahalesini haklı gösterecek zorunlu toplumsal ihtiyacın varlığını somut olarak açıklamasını beklemiştir. Avrupa konsensüsünün henüz oluşmadığı konularda taraf devletlerin takdir alanı genişlemektedir.

Başkalarının şöhret ve haklarının korunmasının madde 10/2'de belirtilen meşru müdahale sebeplerinden biri olduğu belirtilmişti. Bu konuda taraf devletin takdir alanı, ifadenin yöneldiği kişi ya da kurum çerçevesinde somut duruma göre değişebilmektedir. İfadenin yöneldiği kişi bakımından takdir alanının en genişten en daraya doğru sıralayan bir ayrıma gitmek gerekirse, içtihatlarından anlaşıldığı kadarıyla, devletlerin sınırlama yetkisinin en geniş olduğu alanın yargı organlarına yönelik eleştiriler olduğu görülmektedir. Bunun altında yatan temel neden, ikinci fıkrada belirtilen “yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi” ilkesidir. Bunun ardından ise, sırasıyla, sıradan kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, siyasetçilere ve uygulanan politikalarda sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlara yönelik eleştiriler ve en son olarak devlete, hükümete ve yargısal işlev görmeyen diğer devlet kurumlarına yönelik eleştiriler gelmektedir.²²¹ Özellikle basının demokratik toplumdaki işlevi göz önüne alındığında söz konusu eleştirinin

²¹⁹ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükler...”, s. 36, 37.

²²⁰ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013.

²²¹ Oktay Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, İstanbul: BGST, 2009, s. 29.

basın organları aracılığıyla yapıldığı durumlarda özgürlük alanının daha da genişlediği görülmektedir.²²²

İHAM'ın siyasi ifadelere diğer ifade türlerine kıyasla daha geniş bir koruma alanı tanıdığı belirtilmişti. Dolayısıyla bu tür ifadelerin sınırlanmasında taraf devlet oldukça sınırlı bir takdir alanına sahip olmaktadır. Siyasi ifade kategorisine girmeyen ifadeler ise, sınırlama sebebinin özellikle genel ahlakın korunmasına dayandırıldığı durumlarda, oldukça kısıtlı bir korumadan yararlanmaktadır. İHAM'a göre farklı taraf devletlerin iç hukuklarında yeknesak bir Avrupa ahlak anlayışını bulmak mümkün değildir, bu kavram günümüzde zamana ve yere göre değişiklik göstermektedir.²²³ Bu sebeple genel ahlakın korunması amacıyla yapılan müdahalelerde taraf devletlerin takdir alanının genişlediği kabul edilmektedir. İfade özgürlüğünün genel ahlak ile çatışması İHAM'ın önüne genellikle sanatsal ifade türünde gelmiştir.

Kültürel göreliliğin bir yansıması olarak müstehcenlik ve sanatsal ifade arasındaki sınırın çizilmesi toplumdan topluma değişmektedir.²²⁴ Hayvanlarla cinsel ilişkiyi gösteren resimlerin kamuya açık biçimde sergilenmesinin ardından resimlere el konulmasını ve ressamın cezai kovuşturmayaya tabi tutulmasını Müller ve diğerleri kararında değerlendiren İHAM, müdahalenin ahlakın korunması bakımından gerekli olduğunu kabul etmiştir.²²⁵ İHAM, bu kararda taraf devletin takdir alanına ve 10. maddede yer alan "ödev ve sorumluluk" kavramına gönderme yapmıştır.²²⁶ Bununla birlikte İHAM'ın genel ahlakın korunması karşısında ifade özgürlüğüne öncelik verdiği kararı da bulunmaktadır. Bir modern sanat galerisinde bir politikacının cinsel ilişki sırasında resmedildiği bir resimle ilgili alınan tedbir kararını eserin hicivsel niteliği sebebiyle 10. maddeye aykırı bulmuştur. İHAM'a göre hiciv, sanatsal bir ifade biçimidir; toplumsal eleştiriyi içermekte ve abartma ile gerçekliğin tahrifi

²²² Bkz. Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986.

²²³ Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 48.

²²⁴ Harris, O'Boyle, Warbrick, **op. cit.**, s. 634.

²²⁵ Müller and others v. Switzerland, Appl. No. 10737/94, 28.05.1988; benzer yönde diğer bir karar için bkz. Otto Preminger Institut v. Germany, Appl. No. 13470/87, 20. 9. 1994.

²²⁶ Müller and others, v. Switzerland, Appl. No. 10737/94, 28.05.1988, para. 34.

özelliklerini özünde barındırmaktadır. Bu sebeple doğal olarak kışkırtmayı ve tahrik etmeyi amaçlamaktadır.²²⁷

4. Şiddete Teşvik Eden İfadelerin Sınırlanması (*Incitement to Violence*)

Çalışmanın önceki bölümünde İHAM'ın şiddete teşvik, nefret söylemi, kin ve düşmanlığa tahrik, soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkârı gibi ifade kategorilerine ilişkin farklı bir tutum geliştirdiğinden bahsedilmişti. Nefret söylemi ile soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkârı kategorilerine İHAM'ın yaklaşımı çalışmanın bir sonraki bölümünü oluşturduğundan şu aşamada ayrıca bir açıklama yapılmayacaktır. Buna karşın şiddete teşvik eden ifadelerin sınırlanmasına İHAM'ın getirdiği ölçütlerin önceki bölümde incelenen hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin sınırlanmasına ilişkin olarak geliştirilen açık ve mevcut tehlike ölçütüne benzerliği, bu ifade kategorisini özel olarak incelemeyi gerekli kılmaktadır.²²⁸

Çalışmanın ilk bölümünde de belirtildiği üzere İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde ABD'nin aksine Avrupa sisteminde nefret söylemi oluşturan ifadeler ayrı bir kategoride değerlendirilmiş ve bunların ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağı kabul edilmişti. Buna karşın aynı tarihsel kökene sahip kabul edilebilecek, mevcut sistemi değiştirmeyi amaçlayan ifadeler (örneğin sosyalist görüşler) giderek daha geniş bir koruma alanından yararlanmaktaydı. İHAM'ın içtihadı da bu doğrultuda gelişmiştir. Bu kapsamda İHAM'ın önüne gelen başvurular genellikle mevcut sistemi değiştirmeyi amaçlayan görüşler (sosyalist görüşler veya dine dayalı hukuk sistemini savunan görüşler²²⁹) ve ayrılıkçı görüşlerdir.

İHAM önüne gelen somut olayda mevcut sistemi değiştirmeyi amaçlayan ifadenin veya ayrılıkçı görüşleri savunan ifadenin sınırlanmasının 10. maddeye uygunluğunu incelerken ilk olarak hukukilik ve 10/2'de sayılan meşru amaçlara uygunluk ölçütleri kapsamında bir denetim yapmaktadır. Ardından sınırlamanın

²²⁷ Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, Appl. No. 68354/01, 25.01.2007.

²²⁸ İHAM'ın şiddete tahrik eden ifadeler ile nefret söylemlerine yaklaşımı bazı kaynaklarda aynı başlık altında incelenmektedir. Örn bkz. Jacobs, White, Ovey, **op. cit.**, s. 440. Ancak şiddete tahrik edebilecek her ifadenin aynı zamanda nefret söylemi oluşturmadığı gibi her nefret söyleminin de şiddete tahrik etmeyebileceği düşünüldüğünde; yine İHAM'ın iki kategoriye tarihsel süreçte aynı tutumla yaklaşmadığı göz önüne alındığında, iki ifade kategorisi arasında ayrımın yapılması tercih edilmiştir.

²²⁹ Bkz. Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, 04.12.2003.

demokratik toplum düzenine uygunluğunu denetleyen İHAM, ifadenin “şiddete teşvik” (*incitement to violence*) edip etmediğini ifadenin bağlamı içerisinde değerlendirmekte ve müdahaleyi bu çerçevede 10. maddeye uygun veya aykırı bulmaktadır. İHAM’ın tanımına göre şiddete teşvik eden ifade; şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunan, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirme amacıyla terör eylemlerini haklı gösteren ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olan şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanabilen ifadedir.²³⁰

İHAM’ın yaptığı denetim ölçütüne geçmeden önce hangi ifadelerin kendiliğinden şiddete teşvik eden ifade niteliğine sahip olmayacağını belirtmesinde yarar görülmektedir. Bir kere bir ifadenin tek başına şiddeti ve terör faaliyetlerini destekliyor olması müdahaleyi tek başına haklı kılmaz. Yine bir ifadede kullanılan üslubun aşırı sert olması,²³¹ ya da taraf devlet hakkında aşırı olumsuz bir tablo çizilmiş olması²³² onun şiddete teşvik ettiği varsayımını doğurmamaktadır.

İHAM, bir ifadenin şiddete teşvik edip etmediğini denetlerken bir kere ifadenin kendisinin bu niteliğe sahip olup olmadığını inceler. Yine de bununla yetinmez ve onun sarfedildiği koşullar çerçevesinde toplumda yaratacağı olası etkiyi değerlendirerek müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar verir.²³³ Bu çerçevede ifadeyi sarfeden kişinin toplumsal konumu önem taşımaktadır. İHAM, ifade özgürlüğünün siyasi partiler ve onların temsilcileri için özellikle önemli olduğunu kabul etmekle birlikte siyasi kimliğe sahip bir kimsenin (örneğin bir milletvekilinin²³⁴, eski bir belediye başkanının²³⁵ veya bir sendika liderinin²³⁶) şiddete teşvik eden bir söylemde bulunmasının ifadenin toplumda doğurabileceği olası olumsuz etkiyi arttıracakını kabul etmektedir. Dolayısıyla bu durumda taraf

²³⁰ Sürek (No. 4) v. Turkey, Appl. No. 24762/94, 08.07.1999, para. 60.

²³¹ Bkz. Ceylan v. Turkey, Appl. No. 23556/94, 08.07.1999; Unay v. Turkey, Appl. No. 5290/02, 21.10.2008, İshak Tepe v. Turkey, Appl. No. 17129/02, 21.10.2008.

²³² Bkz. Koç and Tambaş v. Turkey, Appl. No. 50934/99, 21.03.2006, Halis v. Turkey, Appl. No. 30007/96, 10.01.2005, Dicle v. Turkey, Appl. No. 34685/97, 10.11.2004, Maraşlı v. Turkey, Appl. No. 440077/98, 09.11.2004, Gerger v. Turkey, Appl. No. 24919/94, 08.07.1999; Gümüş and others v. Turkey, Appl. No. 40303/98, 15.03.2005.

²³³ Uygun, **op. cit.**, s. 26.

²³⁴ Örneğin bkz. Ceylan v. Turkey, Appl. No. 23556/94, 08.07.1999, Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

²³⁵ Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

²³⁶ Aksoy v. Turkey, Appl. No. 21987/93, 18.12.1996.

devletin müdahaledeki takdir alanı genişlemektedir.²³⁷ İHAM bunun yanında şiddete teşvik eden ifadenin sarfedildiği yer ve zamana ilişkin de bir değerlendirmede bulunmaktadır. İfadenin şiddet eylemlerinin sıkça yaşandığı bir bölgede²³⁸ ve şiddet eylemlerinin tırmanışa geçtiği bir dönemde²³⁹ sarfedilmesi onun toplumda doğuracağı olası olumsuz etkiyi arttıracığından, İHAS 10/2’de belirtilen meşru amaçları tehlikeye düşürme olasılığının yüksekliği de dikkate alındığında, taraf devletin müdahale alanının genişlediği kabul edilmektedir. Yine ifadenin hitap ettiği topluluğun genişliği, yaratacağı olası etki açısından öneme sahip olduğundan İHAM tarafından dikkate alınmaktadır. Örneğin tüm yurda dağıtım yapan bir gazeteye verilen röportaj²⁴⁰ çok geniş bir kitleye hitap ederken, kamuoyunda etkili olmayan bir kişinin şiir kitabı²⁴¹ veya başka bir edebi eser²⁴², bir anma töreninde küçük bir topluluğa okunan mesaj²⁴³ veya bir yuvarlak masa toplantısında telaffuz edilen görüşler²⁴⁴ sınırlı bir kitleye hitap eder. Buna ek olarak ifadenin hangi vasıta ile kamuoyuyla paylaşıldığı İHAM tarafından göz önüne alınmaktadır. Örneğin akademik bir çalışma, sert bir üsluba sahip olsa dahi ifade özgürlüğünden geniş ölçüde yararlanmalıdır. Bu kategoriye giren ifadeler şiddete teşvik ettikleri bahanesiyle müdahalede bulunulması 10. madde ile bağdaşmaz.²⁴⁵ Yine şiddete teşvik eden ifadenin sanatsal ifade biçiminde sarfedilmesi ve özellikle sınırlı bir okuyucu kitlesine hitap etmesi halinde, ifadenin doğuracağı olası etki oldukça sınırlı olacağından taraf devletin müdahale alanının daralacağı kabul edilmektedir.²⁴⁶ Son olarak İHAM, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini incelerken taraf devlet müdahalesinin orantılılığını yani İHAS 10/2 de belirtilen meşru amaçların

²³⁷ Aksi durumda; yani konuşmacının kamuoyunda etkili olmaması durumunda ise şiddete teşvik edici ifade karşısında taraf devletin müdahale alanının daraldığı kabul edilmelidir. İHAM’ın yaklaşımı da bu yöndedir; bkz. Polat v. Turkey, Appl. No. 23500/94, 08.07.1999, Karataş v. Turkey, Appl. No. 23168/94, 08.07.1999.

²³⁸ Sürek (No.1) v. Turkey, Appl. No. 26682/95, 08.07.1999, par. 10, Sürek v. Turkey (No.3), Appl. No. 24735/94, 8. 7. 1999, par. 40.

²³⁹ Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

²⁴⁰ Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

²⁴¹ Karataş v. Turkey, Appl. No. 23168/94, 08.07.1999.

²⁴² Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/94, 8. 7. 1999, Polat v. Turkey, Appl. No. 23500/94, 08.07.1999.

²⁴³ Gerger v. Turkey, Appl. No. 24919/94, 08.07.1999.

²⁴⁴ Okçuoğlu v. Turkey, Appl. No. 48098/99, 24.01.2002.

²⁴⁵ Bkz. Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, Appl. No. 23536/94, 24408/94, 08.07.1999; Erdoğan and İnce v. Turkey, Appl. No. 25067/94, 25068/94, 08.07.1999.

²⁴⁶ Bkz. Karataş v. Turkey, Appl. No. 23168/94, 08.07.1999; Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No. 29221/95, 29225/95, 02.10.2001; Ulusoy and others v. Turkey, Appl. No. 34797/03, 03.05.2007; Kar and others v. Turkey, Appl. No. 58756/00, 03.05.2007.

gerçekleştirilebilmesi için daha uygun ve hafif önlemlerin alınıp alınamayacağını da somut olayın bütünüyle birlikte değerlendirmektedir.²⁴⁷

Görüldüğü üzere İHAM'ın şiddete teşvik eden ifadelerin sınırlanmasına ilişkin olarak geliştirdiği denetim ölçütü Yüksek Mahkeme'nin hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin sınırlanmasına yönelik olarak geliştirdiği açık ve mevcut tehlike ölçütüyle (Bradenburg ölçütü) benzerlik göstermektedir. Bunun sebebi her iki ölçütte de ifadenin bağlamıyla birlikte değerlendirilmesidir. İHAM, ifadenin kendisinin şiddete teşvik edip etmediğini incelemekle yetinmemektedir. Aynı zamanda konuşmacının toplumsal konumu, ifadenin sarfedildiği yer ve zaman, dinleyici topluluğunun genişliği gibi unsurları da dikkate almaktadır. Dolayısıyla ifadenin soyut bir tehlike oluşturması değil somut koşullar altında bir tehlike oluşturup oluşturmadığı incelenmektedir. İHAM'ın ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadı dikkate alındığında açık ve mevcut tehlike ölçütüne en çok yaklaştığı noktanın bu denetim ölçütünde söz konusu olduğu iddia edilebilir. Yine de İHAM'ın bu ölçütü bile ifade özgürlüğüne açık ve mevcut tehlike ölçütü (Bradenburg ölçütü) kadar geniş bir koruma sağlamamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere Bradenburg ölçütünde ifade yakın bir zararı yaratmaya veya var olan bir zararı kışkırtmaya yönelmeli ve bu zararı yaratmaya veya kışkırtmaya elverişli olmalıdır. Yüksek Mahkeme burada ifade ile zarar arasındaki nedensellik bağına çok dar yorumlamaktadır. Öyle ki bir kere bu ölçüt kapsamında yorumlanmaya başlanan bir düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun kabul edilmesi imkânsız görülmektedir.

²⁴⁷ Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/94, 08.07.1999, para. 49.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN VE İHAM'IN NEFRET SÖYLEMİ'NE YAKLAŞIMI

I. YÜKSEK MAHKEME'NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI

A. YÜKSEK MAHKEME'NİN ESKİ YAKLAŞIMI

Yüksek Mahkeme, açık ve mevcut tehlike ölçütüne son şeklini verdiği 1969 tarihli Brandenburg kararına kadar nefret söylemi oluşturan ifadelerle yönelik cezai düzenlemeleri Birinci Değişiklik'e uygun kabul etme eğilimindedir. Bu eğilimin temelini nefret söylemlerinin “kavgacı sözler” (*fighting words*) öğretisinin bir parçası olarak anlaşılmasında yattığı kabul edilmektedir.²⁴⁸

Daha önce de açıklandığı üzere Birinci Değişiklik'in sağladığı koruma mutlak değildir; yasa koyucu Anayasa ile bağdaşan ifade kategorilerini düzenleyebilmektedir. Yüksek Mahkeme'nin içtihadına göre önlenmesinin ve cezalandırılmasının Anayasa'ya herhangi bir aykırılık yaratmadığı iyi tanımlanmış ve sınırlanmış ifade kategorileri bulunmaktadır. Bunun sebebi bu kategorilerdeki ifadelerin gerçeğe ulaşmadaki toplumsal değerinin oldukça düşük olmasına dayanmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre toplumsal düzen ve toplumsal ahlak gereği bunların bastırılması, bunlardan gerçeğe ulaşmada elde edilebilecek herhangi bir yarara ağır basmaktadır. Bu sebeple belirli kategorilere giren ifadelerin içeriklerine bağlı olarak yasa koyucu düzenleme yapabilecektir. Bunlar; ahlaka aykırı (*lewd*), müstehcen (*obscene*), bayağı (*profane*), hakaret niteliğindeki ifadeler (*libelous*) ve aşağılayıcı (*insulting*) ya da kavgacı sözler (*fighting words*) olarak

²⁴⁸ Bu konuda görüş için bkz. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**, Ed: Kermit L. Hall, Ed. James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 426.

belirlenmiştir.²⁴⁹ Bu türdeki ifadeleri sınırlayıcı düzenlemelerin anayasaya uygunluk denetiminde açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulanmasına gerek görülmemektedir.²⁵⁰

Yüksek Mahkeme kişisel taciz niteliğindeki veya hakaret niteliğindeki yakıştırmaların Anayasa’da korunan düşünce ya da bilgi açıklamaları arasında yer almadığını daha önceki kararlarında belirtmiştir.²⁵¹ Bununla birlikte kavgacı sözler kavramı, ilk olarak Chaplinsky v. New Hampshire kararı²⁵² ile ortaya atılmıştır. Bu tür ifadeler “*söylenir söylenmez zarar veren huzuru ani biçimde bozmaya elverişli ifadeler*” olarak tanımlanmıştır. Kavgacı sözler, kamu barışını bozmaya teşvik edici ifadeler ile dinleyicide yaralanmaya yol açabilecek ifadeler olarak ikiye ayrılmıştır. Yüksek Mahkeme bu türdeki ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağını tespit etmekte, bunu yaparken de menfaatler arasında dengelemeye gitmektedir. Bu tür ifadeler, ifade özgürlüğünün zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmemektedir. Bunların sarf edilmesinin gerçeğe ulaşmada sağlayacağı olası katkı, kamu huzuru ve kamu ahlakının korunmasındaki toplumsal menfaat ile kıyaslandığında oldukça zayıftır.²⁵³

Kavgacı sözler niteliğine sahip ve aynı zamanda nefret söylemi oluşturan ifadelerin karşıt görüşlü ve öfkeli bir kalabalığa yöneltilmesi halinde ise Yüksek Mahkeme aynı dönemde Terminiello v. Chicago kararıyla²⁵⁴ farklı bir tutum izlemiştir. “Düşman dinleyici topluluğu” (*hostile audience*) öğretisi olarak ifade edilen bu yaklaşıma göre konuşmacıyla karşıt görüşte bir dinleyici topluluğunun varlığı halinde ifadeye müdahale edilebilmesi, ifadenin aynı zamanda toplumsal rahatsızlık, sıkıntı veya huzursuzluğun çok daha üstünde, ciddi, somut bir kötülüğe dair açık ve mevcut tehlike doğurmaya elverişli olmasına bağlıdır. Aksi durumda, yani ifadenin yalnızca huzursuzluk yaratıyor olması ona müdahale edilmesi için tek

²⁴⁹ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568, 571-572 (1942).

²⁵⁰ Beauharnais v. Illinois, 343 US 250, 267 (1952).

²⁵¹ Bkz. Cantwell v. Connecticut, 310 US 296 (1940).

²⁵² Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568 (1942).

²⁵³ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568, 571-72 (1942).

²⁵⁴ Terminiello v. Chicago, 337 US 1 (1949).

başına haklı bir gerekçe olamaz. Yani bu tür ifadelerde özel bir sınırlama ölçütü uygulanmamaktadır.²⁵⁵

Yukarıdaki örnek dışında nefret söylemine genel yaklaşım onun kavgacı sözler doktrinine paralel biçimde ele alınması yönündedir. *Beauharnais v. Illinois* kararındaki²⁵⁶ başvurucunun eylemi nefret söyleminin tipik örneği olarak kabul edilebileceğinden çekişmeli ifadenin açıklanmasında yarar görülmektedir. Çekişmeli ifade, “*beyaz insanların mallarının zenciler tarafından işgale uğraması ve taciz edilmesinin durdurulması*” için beyazların birleşmesini ve bu doğrultuda bir yasal düzenleme yapılmasını talep eden ırkçı el ilanlarına ilişkindir. İfadeye, kamusal alanlarda nefret söylemi içeren ifadelerin yayılmasını yasaklayan bir eyalet yasası çerçevesinde müdahale edilmiştir. Yasa; belirli bir ırkın, rengin, dinin veya mezhebin üyelerini aşağılayıcı, karalayıcı, rencide edici ya da kamu barışını bozucu veya isyana teşvik edici ifadelerin kamusal alana herhangi bir biçimde taşınmasını yasaklamaktadır.²⁵⁷ Bu tür düzenlemeleri Birinci Değişiklik’e uygun bulurken Yüksek Mahkeme belirli temel noktalar üzerinde durmuştur.

Yüksek Mahkeme nefret söyleminin cezalandırılmasının meşruluğu sorununda bireye hakaret fiilinden yola çıkmıştır. Mahkemeye göre bireylere hakaret fiili günümüzde pek çok eyalet tarafından suç olmaktan çıkarıldıysa da hakaret suçunun yürürlükten kalkmasına neden olabilecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre hakaret suçunu oluşturan ifadeler aynı zamanda bayağı, saygısız ve kavgacı sözlerin bir türüdür. Dolayısıyla bu tür ifadelerin koruma alanı dışında kalması ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturmayacaktır. Bu bağlamda örneğin bir kimseyi “*tecavüzcü, hırsız, silah taşıyıcısı ve uyuşturucu kullanıcısı*” olmakla suçlayan bir ifade hakaret niteliğine sahiptir. O zaman burada karar verilmesi gereken nokta bireylere hakaretin suç olarak düzenlenmesi meşru iken, topluluğa

²⁵⁵ Yargıç Jackson’un karşı oyunda karar pek çok yönüyle eleştirilmiştir. İlk olarak ilgili başvuruda başvurucunun ifadeleri somut olay çerçevesinde değerlendirildiğinde, bunların dinleyicileri öfkelenirdiği, huzursuz ettiği ve paniğe sevk ettiği görülmektedir. Ayrıca konuşmacının ifadeleri, Avrupalı faşist liderlerin konuşma modeline tesadüfün ötesinde benzerlik göstermekteydi. Yine başvurucunun kullandığı birtakım ifadeler Chaplinsky kararında kavgacı sözler olduğuna karar verilen çekişmeli ifadelerden çok daha ağırdır. Karmaşa ve şiddet potansiyeline sahip olan bu tür ifadeleri cezalandıran düzenlemelerin açık ve mevcut tehlike ölçütü ile bağdaştığından bunların anayasaya uygunluğunu da kabul etmek gerekir. Bkz. Yargıç Jackson’un karşı oyu, *Terminiello v. Chicago*, 337 US 1, 13 (1949).

²⁵⁶ *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250 (1952).

²⁵⁷ Bkz. 224a, *Illinois Criminal Code*, III. Rev. Stat., 1949, c. 38, 471.

hakaretin (*group libel*) de suç olarak düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Yüksek Mahkeme bu soruya olumlu yanıt vermektedir. Bir ifadenin bireye yöneltilmesi durumunda onun cezai yaptırıma tabi tutulabilmesi mümkünken aynı ifadenin belirli bir topluluğa yöneltilmesinin de cezalandırılabilmesi mümkün olmalıdır.²⁵⁸

Kısacası Yüksek Mahkeme bu kararda nefret söylemlerini topluluğa hakaret fiili olarak nitelendirmiştir. Hakaret suçunu oluşturan ifadelerin aynı zamanda kavgacı sözlerin bir türü olduğunu kabul eden Mahkeme bunların yaptırıma bağlanmasının ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. Topluluğa hakaret fiili Yüksek Mahkeme'ye göre hakaret oluşturan bir ifadenin bir kişiye değil topluluğa yöneltilmesi anlamına gelir ki bunun yaptırıma bağlanması da Birinci Değişiklik'e uygundur.

Yüksek Mahkeme nefret söylemini yaptırıma bağlayan düzenlemelerin bir takım özelliklere sahip olması gerektiğinin altını çizmektedir. Örneğin nefret söylemini cezai yaptırıma bağlayan eyalet yasası, eyaletin refahını ve barış ortamını kısacası kamu düzenini korumak amacıyla yapılmalı ve keyfiliğe yer vermemelidir. İlgili düzenlemenin keyfi olup olmadığı ve hangi amaçla yapıldığına eyaletin kendine özgü koşulları dikkate alınarak karar verilecektir. Buna göre bir ırka veya dinsel gruba ilişkin hakaret ifadelerinin çok dilli veya çok kültürlü bir toplumda sarf edilmesi, kamu düzeninin bozulmasına kolaylıkla yol açabilecektir. Örneğin ırklararası tansiyonun yüksek olduğu eyaletlerde ırkçı ifadelerin şiddet ve yıkıma katkıda bulunduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla bu tür ifadelere müdahale eden bir ceza düzenlemesi kamu düzenini koruma meşru amacına yöneliktir.

Yüksek Mahkeme önüne gelen başvuruda ilgili yasal düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediğinden, yasal düzenlemenin yapımı öncesindeki ve yapımı aşamasındaki kamusal menfaate de eğilmektedir. Bu bağlamda örneğin söz konusu dönemde bölgeye farklı ırklardan yoğun göçlerin yapılmış olması, bu durumun bölgede ırkçılığı tetikleme ve şiddet olaylarını doğurmuş olması bu

²⁵⁸ Beauharnais v. Illinois, 343 US 250, 255-259 (1952).

konuda şiddete eğilimli bir ortamın olduğunu göstermekte bu durum da düzenlemenin haklı bir sebeple yapıldığını ortaya koyabilmektedir.²⁵⁹

Yüksek Mahkeme bu tür düzenlemelerin gerçekleştirmeye çalıştığı şiddeti önleme amacına ne denli hizmet edebileceği tartışmasına girmekten kaçınmaktadır. Mahkemeye göre bu tür bir tartışmada görüş bildirmek yasamanın siyasi tercihlerini inkâr etmek anlamına geleceğinden yargı organının sınırlarını aşmaktadır.

Nefret söylemlerini sınırlandırıcı düzenleme yapılmaması gerektiğini savunanların dayanaklarından biri, yöneticilere böyle bir yetki verilmesi halinde, onların bu yetkiyi azınlık görüşlerini ve yöneticileri eleştiren görüşleri bastırmada kullanabileceği iddiasıdır. Yüksek Mahkeme, yasama organına verilen nefret söylemlerini sınırlama yetkisini kötüye kullanabileceği iddiası konusunda da açıklamada bulunmuştur. Mahkemeye göre her yetki kötüye kullanılabilir, ancak bireye hakaret fiilinin yüzyıllardır suç olarak düzenlendiği Anglosakson hukuku sistemi göz önüne alındığında bu düşük bir olasılıktır. Öte yandan Yüksek Mahkeme var oldukça hakaret suçunu cezalandırma yetkisini kötüye kullanarak ifade özgürlüğü hakkını engelleyen düzenlemeleri boşa çıkarma yetkisini kullanmayı sürdürecektir.²⁶⁰

Bazı Yüksek Mahkeme yargıçları nefret söylemini ifade özgürlüğünün norm alanından çıkararak bu yaklaşımı çeşitli yönleriyle eleştirmiştir. Bir kere Beauharnais kararında çekişmeli düzenlemenin kapsamı oldukça belirsizdir, çünkü eylem olarak yasakladığı kavramların sınırını çizmek mümkün değildir. Hakaret suçunu yaptırıma bağlayan bir düzenlemenin ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturmaması için “tanımlılık, sınırlılık ve anayasaca tanınmışlık” unsurlarına sahip olması gerekir. Topluluğa hakaret olarak nitelenebilecek düzenlemeler ise belirli bir bireye değil, geniş gruplara yönelen ifadeleri cezalandırdığından sınırlılık unsurunu sağlamamaktadır. Hakaret suçunun kapsamını genişleten her düzenlemenin ifade özgürlüğüne ayrılan alana saldırı anlamına geleceği unutulmamalıdır.

²⁵⁹ Beauharnais v. Illinois, 343 US 250, 259- 261 (1952).

²⁶⁰ Beauharnais v. Illinois, 343 US 250, 262, 265 (1952).

Öte yandan bu karar ile ifade özgürlüğünün içeriğinin kapsamını takdir etme yetkisi neredeyse tamamen yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Oysa kamusal sorunlara ilişkin tartışmanın içerik sınırını belirleme konusunda iktidar kesinlikle böyle bir yetkiyle donatılmamalıdır. Bununla birlikte düzenleme hakaret suçunu cezalandırırken açıkça devlet sansürünü öngörmektedir. Burada ırkçı şiddetin önüne geçmek gibi iyi bir amaçla hareket ediliyor olunması, ilgili düzenlemenin sansür olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Yüksek Mahkeme'nin kavgacı sözler öğretisinin nefret söylemine uygulanmasının yanlış bir yorum olduğuna da dikkat çekilmiştir. Chaplinsky kararında ortaya çıkan bu öğretiyi kamusal bir alanda belirli bir bireye söylenen ifadeleri anayasal koruma alanının dışına çıkarmaktadır. Öte yandan topluluğa hakaret niteliğindeki ifadeler belirli birey ya da bireylere yöneltilmemektedir.

Tüm bunların yanında topluluğa hakareti suç olarak kabul eden düzenlemeler son derece zor teknik ve politik sorunlara sebep olmaktadır. Bu tür düzenlemelerle topluluklar hakkında herhangi bir eleştirel ifade bulunmak konuşmacıyı cezai tehdit altında bırakmaktadır. Nefret söylemine ilişkin bir düzenleme bir eyalette ırkçılık yanlısı ifadelerin cezalandırılmasına yol açarken, başka bir eyalette aynı düzenleme eşitlik yanlısı ve ırkçılık karşıtı ifadelerin cezalandırılmasına yol açabilecektir.²⁶¹

B. YÜKSEK MAHKEME’NİN KONUYA İLİŞKİN GÜNÜMÜZDEKİ TUTUMU

Yüksek Mahkeme'nin günümüzdeki hareket noktası aslında ifade özgürlüğünü sağlamanın en iyi yolunun, bunlar son derece büyük bir çoğunluğun beğenmediği ya da rahatsız edici bulduğu fikirler olsa bile, bunların “fikirler piyasasında” serbestçe dolaşmasının sağlanması olduğu iddiasıdır.²⁶² Yine Yüksek Mahkeme'nin başka bir içtihadına göre Birinci Değişiklik'in temel ilkelerinden biri hükümetin bir fikri

²⁶¹ Yargıç Black'ın karşı oyu, *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250, 268- 275 (1952) ve Yargıç Reed'in karşı oyu, *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250, 277- 284 (1952).

²⁶² Bu yaklaşımın Yüksek Mahkeme tarihindeki ilk örneği için bkz. Yargıç Holmes'ın karşı oyu, *Abrams v. United States*, 250 US 616, 630 (1919).

sadece toplumun onu rahatsız edici bulmasına dayanarak yasaklayamamasıdır.²⁶³ Diğer bir deyişle bu madde yasa koyucuya “ezici çoğunluğun hatalı, kötü sonuçlar doğuracağına inandığı sosyal, ekonomik ve siyasi doktrinlerin yayılmasını yasaklama gücünü” “genellikle” vermemektedir.²⁶⁴

Çalışmanın ilgili bölümünde açık ve mevcut tehlike ölçütünün günümüzde uygulanan modern halinin 1969 tarihli *Bradenburg v. Ohio* kararında²⁶⁵ şekillendiği belirtilmişti. Söz konusu karar, nefret söylemlerine ilişkin Yüksek Mahkeme’nin yaklaşımında da bir dönüm noktasıdır. Bunun sebebi *Bradenburg* başvurusundaki çekişmeli ifadenin ırkçı nefret söylemine ilişkin olmasıdır. Irkçı Ku Klux Klan örgütünün toplantılarında siyahlara ve Yahudilere karşı sarfettikleri ırkçı ifadelerin yanında aynı toplantılarda devlet kurumlarının harekete geçmemeleri halinde intikam eylemlerine girişeceklerini açıklamaları, yasadışı yöntemleri benimseyen sendika hareketlerini (*criminal syndicalism*) yasaklayan bir yasal düzenleme kapsamında yaptırma uğramıştır.

Yüksek Mahkeme bu kararında nefret söylemini *Beauharnais* kararının aksine ayrı bir ifade türü olarak ele almamış ve esnek bir denetim uygulamamıştır. Yapılan müdahaleyi doğrudan içeriğe ilişkin bir sınırlama olarak değerlendirmiş ve açık ve mevcut tehlike ölçütünü uygulama yoluna gitmiştir. Dahası bu ölçütü daha da geliştirerek ifade özgürlüğünün alanını genişletmiştir. Buna göre yasadışı bir eylemi veya şiddeti savunan bir ifadeye müdahale edilmesi mümkündür. Ancak bunun için ifadenin kendisinin tek başına bu özelliklere sahip olması yeterli değildir. Yani bir ifadenin tek başına şiddeti veya yasa dışı bir eylemi savunuyor olması ona müdahale edilmesini meşru kılmaz. Sınırlamanın ifade özgürlüğü ihlali oluşturmaması için iki özelliği daha içinde barındırması gerekmektedir. İlk olarak bu ifade yakın (*imminent*) bir yasadışı eylemi gerçekleştirmeye veya kışkırtmaya yönelmiş olmalıdır. İkinci olarak ise aynı ifade yöneldiği bu yasadışı eylemi gerçekleştirmek veya kışkırtmaya elverişli (*likely*) olmalıdır.²⁶⁶

²⁶³ *Texas v. Johnson*, 491 US 397, 414 (1989).

²⁶⁴ Yargıç Brandeis’in karşı oyu, *Whitney v. California*, 274 US 357, 374 (1927).

²⁶⁵ *Bradenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

²⁶⁶ *Bradenburg v. Ohio*, 395 US 444, 447- 448 (1969).

Bradenburg kararında çekişme konusu olan düzenlemenin nefret söylemlerini yaptırma bağlıyor olması Yüksek Mahkeme tarafından özel olarak dikkate alınmamıştır. Bu söylem türünün hakaret fiili teşkil ettiği, kavgacı sözler öğretisine dahil olduğu gibi değerlendirmelerde bulunulmamıştır. Nefret söylemini yaptırma bağlayan ilgili düzenlemenin aynı zamanda hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeleri yaptırma bağlayan bir düzenleme olduğuna karar verilmiştir. Buradan hareketle düzenlemenin öngördüğü sınırlamaya açık ve mevcut tehlike ölçütü uygulanmıştır.

Bradenburg kararı ile birlikte nefret söylemine ilişkin ABD yaklaşımı farklı bir yöne evrilmiştir. Nefret söylemi oluşturan ifadenin aynı zamanda insanlığın ortak değerlerine aykırı olması durumu artık özel olarak dikkate alınmamaktadır. Nasyonal Sosyalist görüşe sahip bir grubun içerisinde Holokost mağdurlarının da bulunduğu Yahudilerin nüfusun çoğunluğunu oluşturduğu bir bölgede Nazi üniformaları, amblemleri ve bayraklarıyla slogsız bir yürüyüş düzenlemesinin tartışma konusu olduğu bir uyuşmazlık Skokie davalarında ABD Yedinci İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.²⁶⁷ İlgili grubun inançları ve hedeflerinin, bölge sakinlerinin ve genel olarak insanlığın temel değerlerine aykırı olduğu savı İstinaf Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte insanlığın ortak değerlerine aykırı eylemlere bu gerekçeyle müdahale etmek bir tür “ideolojik tiranlık” olarak nitelenmiş ve bunun gerek yasa koyucu gerek yargıçlar açısından kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁶⁸

Nefret söylemine ilişkin ABD yaklaşımının keskin farkı burada kendisini göstermektedir. İlk bölümde de açıklandığı üzere İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan deneyimler, özellikle Holokost deneyimi, ırkçı söylemleri sınırlayıcı tutumların geliştirilmesine yol açmıştı. Böylelikle ırkçı söylemleri yaptırma bağlayan iç hukuk düzenlemeleri, bu söylem türü insanlığın ortak değerlerine aykırı olduğu gerekçesiyle uluslararası insan hakları mekanizmaları tarafından ifade özgürlüğünün istisnası olarak değerlendirilmişti. İstinaf Mahkemesi de ırkçı söylem türünün insanlığın ortak mirasına aykırı olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın sırf bu sebeple bir söylem türünün sınırlanmasını kabul edilemez bulmaktadır. Bunun

²⁶⁷ The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 578 F.2d 1197 (1978). Yüksek Mahkeme davayı görmeyi reddetmiş, böylelikle İstinaf Mahkemesinin kararı geçerli olarak kalmıştır. Bkz. Smith v. Collin, 439 US 916 (1978).

²⁶⁸ 578 F.2d 1197, 1201 (1978)

altında yatan sebep ise olası bir sınırlamanın ideolojik tiranlık anlamına gelebileceğidir. Yasa koyucunun belirli ideolojileri savunan görüşlere sınırlama getirmesi onun aynı zamanda kendi ideolojisini dayatması sonucunu doğurmaktadır. Birinci Değişiklik ise yasa koyucuya kendisinin beğenmediği görüşleri bastırma ve kendi ideolojisini dayatma yönünde bir yetki vermemektedir. İstinaf Mahkemesi'nin bu yaklaşımı Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir.

Nefret söyleminin ifadenin yöneldiği topluluklarda yaratması olası yoğun duygusal travma da bu ifade türünün kısıtlanmasını tek başına meşru hale getirmemektedir. Skokie davalarında ilgili yürüyüşün bölgede yaşayan Yahudi topluluğu için hem duygusal hem de ruhsal olarak aşırı derecede rahatsız edici olabileceği kabul edilmiştir. Buna karşın kamusal hoşnutsuzluk anayasal özgürlüklerin kısıtlanmasında gerekçe olarak gösterilmemelidir. Yine birtakım görüşlerin dinleyiciler açısından saldırgan olarak görülmesi ifade özgürlüğünün tek başına kısıtlanma sebebi olmamalıdır. Birinci Değişiklik, yasa koyucuya hedef gösterilen dinleyicileri saldırgan ifadelerden koruyucu düzenlemeler yapma yetkisi vermektedir. Ancak bu yetki konuşmacı dinleyicinin mahrem kabul edilen konutuna izinsiz girdiği veya dinleyicinin ifadeye maruz kalmaktan kaçınmadığı durumlarla (*captive audience*) sınırlıdır.²⁶⁹ Bu bağlamda yasamanın Anayasa'ya uygun olarak sadece dinleyicilerin zarar görmesini önlemek için ifadeye müdahale etmesi önemli mahremiyet menfaatinin (*substantial privacy interests*) dayanılmaz derecede ihlal edilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Bu iki istisnai durumun genişletilmesi ise çoğunluğa beğenmediği karşıt görüşleri bastırma olanağını verecektir.²⁷⁰ Nefret söylemi de bu çerçevede incelenmelidir. Konuşmadan zarar görecektir dinleyicilerin konutlarına izinsiz girilmiyorsa veya bu kişiler ifadeye maruz kalmaktan kaçınabiliyorlarsa, dinleyiciler bakımından saldırgan ifadelere dinleyicilerin zarar göreceği gerekçesiyle müdahale edilememelidir.

Bununla birlikte ilgili nazi sempatisanı grubun inanç ve hedefleri hakkında ahlaki hükümler vermenin yargı organlarının görev alanına girmediği belirtilmiştir.

²⁶⁹ Bkz. *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 US 205 (1975); *Rowan v. Post Office Department*, 397 US 728 (1970); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 US 298 (1974).

²⁷⁰ Bkz. *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971).

Buradan hareketle nazi grubunun yürüyüşünün Birinci Değişiklik'e uygunluğu, her türlü değer yargısı dışarıda tutularak incelenmiştir.²⁷¹

Böylelikle nazi grubunun eylemi, tarafsız bir bakış açısıyla sembolik ifade, yürüyüş, barışçıl gösteri gibi özellikleriyle ele alınmıştır. Daha önce de açıklandığı üzere Birinci Değişiklik "salt ifade"nin (*pure speech*) yanında sembolik ifade (*symbolic speech*) ve iletişimsel eylemleri (*expressive conduct*) de korumaktadır. Belirli bir görüşü ifade eden pazıbent takılması sembolik ifadeye örnek olup ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır. Salt hareketsiz ayakta durmaktan (*standing alone*) oluşan bir eylem "salt ifade"ye bitişik bir eylem kabul edileceğinden Birinci Değişiklik'in korumasından geniş ölçüde yararlanmalıdır. Yürüyüş, geçit töreni gibi eylemler iletişimsel eylem kabul edilir ve kamu düzeninin korunması menfaati ile yakın bağlantılı olduğundan "salt ifadeden" daha dar bir korumaya sahiptirler. Bununla birlikte muntazam yürütülen barışçıl bir gösterinin temel anayasal hakların bir kullanımı olduğu şüphe götürmemektedir. Sonuç olarak, pazıbentin nazi sembolü içermesi, nazi bayrağının taşınması veya pankartlarda ırkçı ifadelerin bulunması eylemi yukarıda belirtilen koruma sisteminin dışına taşımamaktadır.²⁷²

Bununla birlikte nefret söylemi içeren bir gösterinin zaman, yer ve biçim bakımından makul bir düzenlemeye tabi tutulması her zaman mümkündür. Ne var ki bu tip bir düzenlemenin, çalışmanın ilgili bölümünde de belirtildiği üzere içerik dışı düzenleme olması yani içerikten bağımsız meşrulaştırılabilmesi gerekecektir. Örneğin yürüyüş izni alabilmek için belirli miktarda sorumluluk sigortası ödemesi yapılmasını öngören bir düzenlemenin esas amacı içerik kontrolünü sağlamaksa bu düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygunluğundan bahsedilemeyecektir.²⁷³

Hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerin sınırlanması ise daha önce belirtildiği üzere Bradenburg ölçütüne uygun biçimde açık ve mevcut bir tehlikeyi önlemeye yönelik olarak yapılabilecektir. Örneğin Skokie davalarında Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen düzenlemelerden birisi ırk, etnik köken veya dinsel sebeplerle kişileri (poster, işaret, el ilanı veya sembolik öneme sahip kıyafetlerle) hedef alan

²⁷¹ 578 F. 2d 1197, 1200, 1201, 1206 (1978).

²⁷² 578 F. 2d 1197, 1200, 1201, 1206 (1978).

²⁷³ Bkz. Ward v. Rock Against Racism, 491 US 781, 791 (1989); Clark v. Community for Creative NonViolence, 468 US 288, 298 (1984).

nefret ifadelerini yasaklamaktaydı. İlgili nazi sempatzanı grubun yürüyüşünün engellenmesinin sebebi bölge sakinlerinin gruba şiddet uygulamasından korkulması değildir, yürüyüşün gerçekleşeceği meydana fiziksel bir şiddetin doğma olasılığı taraflarca hiçbir şekilde iddia edilmemiştir. Dolayısıyla ortada önlenmeye çalışılan açık ve mevcut bir tehlikeden bahsedilememektedir. Düzenleme Bradenburg ölçütüne göre de Birinci Değişiklik'e uygun değildir.

Holokost inkârı konusu Yüksek Mahkeme'nin karşısına doğrudan gelmemiş, bununla birlikte ABD İstinaf Mahkemesi bu konuya ilişkin dolaylı bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, tarihsel olaylar hakkında gerçeğe aykırı ifadeler kullanılmasının anayasal değeri olmadığı savını kabul etmemiştir. Bunun sebebi Birinci Değişiklik'in hiçbir düşüncüyü yanlış olarak nitelememesidir. Bir görüş ne denli yanlış veya tehlikeli olursa olsun, onun düzeltilmesi yargı organının insafına bırakılmamalı, onun diğer görüşlerle çatışmasına izin verilmelidir. Böylelikle örneğin Nazi dogmalarının genel geçer kabul görmüyor olması, onların bastırılma gerekçesi olmamaktadır.²⁷⁴

Yüksek Mahkeme, yine de belirli ifade kategorilerinin içerik yasaklamasına gidilmesini ifade özgürlüğüne uygun bulmayı sürdürmektedir. Bu dönemde çoğu kararda nefret söylemlerinin kavgacı sözler öğretisi çerçevesinde değerlendirilmesine devam edilmiştir. Ne var ki Yüksek Mahkeme, kavgacı sözler ve müstehcen ifadeler gibi ifade türlerinde kategorik olarak daha kısıtlı koruma alanı tanıdığını kabul etmekle birlikte doğrudan sınırlayıcı bir tutum takınmaktan da kaçınmıştır. Söz konusu ifade türlerini, diğer ifade türleriyle eşit değerde gören bir içtihat değişikliğine giderek değil, kavgacı veya müstehcen kabul ettiği ifadelerin kapsamını daraltarak gerçekleştirmiştir.²⁷⁵ Gerçekten de bu dönemde kavgacı sözler öğretisinin kapsamı daraltılmakta, Bradenburg ölçütü ile birlikte yorumlanmaktadır. Söz konusu öğreti artık, ifade bireye yöneltildiğinde, ilgili bireyin hukuka aykırı eylemlerde bulunmaya doğrudan eğiliminin olduğu durumlarda uygulanabilmektedir.²⁷⁶ İfadenin kamu barışını doğrudan bozucu etkide bulunma eğiliminin olmadığı durumlarda ise

²⁷⁴ 578 F. 2d 1197,1203 (1978).

²⁷⁵ Bkz. New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964); Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974); Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 US 1 (1990); Miller v. California, 413 US 15 (1973).

²⁷⁶ Bkz. Cohen v. California, 403 US 15, 20 (1971).

kavgacı sözler öğretisi uygulanamaz. Düzenleme yukarıdaki ölçüte uygun olmadıkça aşırı geniş ve belirsiz kabul edilecektir.²⁷⁷

Yüksek Mahkeme'nin nefret söylemlerini yaptırıma bağlayan bir düzenlemenin anayasaya uygunluğunu incelediği R.A.V. v. St. Paul kararında²⁷⁸ kategorik olarak yasaklanabilir ifadelerle ilişkin yaklaşımını gözden geçirdiği görülmektedir. Artık belirli “kategorilerdeki” ifadeler eskisine kıyasla daha geniş bir korumadan yararlanmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre iletişimsel eylemler (*expressive conducts*) yasaklanabilir ve yasaklanamaz unsurlara sahiptir. Bir iletişimsel eylem yasaklanabilir bir unsura dayanılarak sınırlanabilirken, sahip olduğu yasaklanamaz bir unsura dayalı olarak sınırlanamaz. Dolayısıyla örneğin bir iletişimsel eylemin kavgacı söz oluşturması onun yasaklanabilir bir unsurdur. Ancak aynı eylemin hükümeti eleştirmesi onun yasaklanabilir bir unsuru değildir. Yani bir iletişimsel eylemin hükümeti eleştirmesi onun sınırlanabilmesi için bir gerekçe oluşturamaz. Böylelikle bir kavgacı iletişimsel eylem kavgacı olduğu için sınırlanabilir, ancak hükümeti eleştirdiği için sınırlanamaz.²⁷⁹

Yüksek Mahkeme'ye göre kavgacı sözlerin yasaklanmasındaki temel neden aslında bu tür ifadelerin iletişimsel olmayan yönüne ilişkindir. Yüksek Mahkeme bu türdeki ifadeleri bir kamyonun rahatsız edici sesine benzetmektedir. Her ikisi de dinleyici bakımından tahammül edilemez olduğu için her ikisine ilişkin yapılacak sınırlayıcı düzenleme meşru görülecektir. Gerek kamyon sesi gerek kavgacı söz, bir düşünceyi yaymak amacıyla kullanılsa da, yani iletişimsel bir yönü bulunsa da, Birinci Değişiklik kapsamında bir koruma talep edemeyecektir. Bununla birlikte kanun koyucu her iki ifadeyi de yaydığı mesajı beğenmediği için sınırlayamayacaktır. Böylelikle Yüksek Mahkeme kavgacı sözleri diğerlerinden ayırarak, onları müdahale edilebilir kılmakla birlikte onların bakış açısı ayrımcılığına tabi tutulmasını kabul etmemektedir. Dolayısıyla örneğin hükümet hakareti yasaklayabilir; ancak, daha ileri giderek yalnızca hükümeti eleştiren hakaret ifadelerini yasaklayamaz. Yine örneğin bir düzenleme “ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyete” dayalı kavgacı sözleri cezalandırıyorsa burada düzenleme kavgacı sözlere duyulan bir rahatsızlıktan ötürü yapılmamaktadır; burada belirli türdeki kavgacı

²⁷⁷ Bkz. Gooding v. Wilson, 405 US 518 (1972).

²⁷⁸ R.A.V v. St. Paul, 505 US 377 (1992).

²⁷⁹ Yargıç Stevens'in ayrık oyu, R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 418 (1992)

sözün içerdiği mesajdan duyulan bir rahatsızlık söz konusudur. Kavgacı sözlerin kategorik olarak ifade özgürlüğünün koruma alanından çıkarılmasının nedeni, bunların içeriklerinin herhangi bir mesaja sahip olmasından kaynaklanmamaktadır. Bunun sebebi kavgacı sözlerde konuşmacının düşünce açıklamasını hoş görülme ve kamusal menfaat bakımından yüksek değeri haiz olmayan bir biçimde dile getirmesidir. Yukarıdaki gibi bir düzenleme ise genel olarak saldırgan ifadeleri değil, ırksal, dini ya da cinsel hoşgörüsüzlük mesajları ileten saldırgan ifade tarzlarını yasaklamaktadır. Bu eğilim ise, düzenleme ile belirli mesajların engellenmesine yönelik bir çaba olarak algılanmaktadır.²⁸⁰

İfadenin içeriğine ilişkin düzenlemeler varsayımsal olarak geçersiz kabul edilmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme içerik ayrımcılığı yasağının da mutlak olmadığı görüşündedir. Bu yasağın var olma sebebi iktidarın “fikirlerin pazaryerindeki” bazı fikirler üzerinde kontrol sağlama tehdidini yani bakış açısı ayrımcılığını önlemektir.²⁸¹ Dolayısıyla kategorik olarak yasaklanabilir ifadeler bakımından bu tehdidi doğurmayan içerik ayrımcılığına sahip sınırlamalar ifade özgürlüğüne uygun kabul edilebilmektedir. İçerik ayrımcılığı ilgili ifade türünün yasaklanabilir yönüne dayanılarak yapıldığında bakış açısı ayrımcılığının doğma tehlikesi bulunmamaktadır. Örneğin; iktidar, müstehcen ifadelerden yalnızca saldırgan içerikli müstehcen ifadeleri yasaklayabilir, çünkü burada sınırlama yayılan mesajdan bağımsız olarak, yalnızca saldırganlık unsuruna dayanılarak yapılmıştır. Yani müstehcen ifadenin yaydığı mesaj yasa koyucu tarafından dikkate alınmamıştır. Diğer bir söylemle buradaki yasaklamanın sebebi ifadenin iletişimsel yönüne ilişkin değildir. Buna karşın müstehcen ifadelerden yalnızca politik içerikli olanları yasaklaması Birinci Değişiklik’e aykırıdır. Bunun sebebi ikinci durumda içerik ayrımcılığının ifadenin türünün yasaklanabilir yönüne dayanılarak yapılamamasıdır. Burada yasaklama doğrudan ifadenin iletişimsel yönü dikkate alınarak dahası iletilen mesajdan duyulan rahatsızlıktan ötürü yapılmıştır.²⁸²

²⁸⁰ RAV v. St. Paul, 505 US 377, 386, 393, 394 (1992).

²⁸¹ Bkz. Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd., 502 US 105, 116 (1991); Leathers v. Medlock, 499 US 439, 448 (1991); FCC v. League of Women Voters of Cal., 468 US 364, 383-384 (1984); Consolidated Edison Co. of NY v. Public Servo Comm'n of NY, 447 US 530, 536 (1980); Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 US 92, 95- 98 (1972)

²⁸² R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 387, 388 (1992).

Bunun yanında Yüksek Mahkeme'ye göre yasaklanabilir ifadeler doğurdıkları "ikincil etkilere" dayanılarak da sınırlanabilmektedir. Böylelikle sınırlama ifadenin içeriği dışında bir sebebe dayanılarak haklı gösterilebiliyorsa ifade özgürlüğüne aykırı kabul edilmemektedir. R.A.V. davasında davalı taraf "ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyete" dayalı olarak başkalarında "kızgınlık, şiddet veya içerleme" uyandıran ifadeleri yasaklayıcı düzenlemeyi ifadenin ikincil etkilerine dayandırmıştır. Düzenleme ile karşıt görüşlü düşüncelerin bastırılmasının amaçlanmadığı iddia edilmiştir. Yasa koyucunun düzenlemeyle tarihsel süreçte ayrımcılığa maruz kalmış bir gruba mensup olmaları sebebiyle zarar görme riski yaşayan kişi veya kişilerin mağduriyetlerine karşı koruma amacı güttüğü belirtilmiştir. Buna karşın Yüksek Mahkeme muhatapların ifadeye gösterecekleri tepkiyi²⁸³ veya ifadenin izleyiciler üzerindeki duygusal etkisini "ikincil etki" kapsamında değerlendirilmemektedir. Muhatapların yaşayacağı üzüntü ya da tepkiyi önlemek amacıyla yapılan bir düzenleme ifadeye tesadüfi bir müdahalede bulunmamaktadır. Düzenleme doğrudan ifadenin içeriğine (mağdurlar üzerinde neden olacakları sonuçlar nedeniyle) müdahale etmeyi amaçlamaktadır.²⁸⁴

Yüksek Mahkeme yasaklanabilir kabul ettiği kavgacı sözlerde içerik ayrımcılığı yapılmasına, bunun doğrudan anayasaya aykırılık oluşturmayacağını kabul etmesine rağmen, şüpheyle yaklaşmaktadır. Bu bağlamda örneğin bir düzenlemenin yalnızca "ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyet"e dayanarak başkalarında "kızgınlık, şiddet veya içerleme" uyandıran ifadeleri sınırlandırması durumunda yalnızca yukarıda sayılan türdeki kavgacı sözlere ilişkin bir düzenleme yapılmış olduğu görülmektedir. Yani böyle bir düzenleme örneğin politik görüş, sendika üyeliği veya eşcinsellik sebeplerine dayanılarak sarf edilen kavgacı sözleri kapsamamaktadır. Bu durumda yasa koyucu yalnızca kendi tercih ettiği konulardaki kavgacı sözleri yasaklayıcı düzenlemeye gitmiş olmaktadır. Böyle bir düzenleme uygulamada içerik ayrımcılığının ötesine geçerek bakış açısı ayrımcılığını doğurucu niteliğe sahiptir. Bu düzenleme ile Yüksek Mahkeme'ye göre ırk, renk, din, mezhep veya cinsiyet ayrımı uyandırmayan fakat kavgacı ifadeler kategorisindeki ifadeler, örneğin bir kimsenin annesine yönelik hakaret içeren sözler ırk, renk, din, mezhep ve cinsiyet eşitliği taraftarlarınca istenildiği gibi kullanılabilirken, ayrımcı görüş

²⁸³ Bkz. Boos v. Barry, 485 US 312, 321 (1988).

²⁸⁴ R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 393 (1992).

tarafklararınca aynı ifadenin kullanılamaması sonucunu doğabilecektir. Yine böyle bir düzenleme ile örneğın bir kimse inanç sahibi olmayan kişilere hakarete bulunabilirken, inanç sahibi kişilere hakaret etmek dine dayalı şiddet uyandıran ifade kategorisine gireceğinden, bu ifade karşıt görüşün sahip olduğu özgürlükten yararlanamayacaktır.²⁸⁵

Yüksek Mahkeme, çoğulcu toplumların ırkçı görüşlerle mücadele etme yükümlülüğü olduğunun altını çizmektedir. Bununla birlikte söz konusu mücadele ifadeler üzerinde seçici kısıtlamalar getirilmesi biçiminde olmamalıdır. Kavgacı sözleri yasaklayan bir yasa Birinci Değişiklik'e uygun olabilir, ancak bir grup kavgacı söz seçilip ayrılıp bunlar hoşla gitmediğı için cezalandırılmaz.²⁸⁶

Yüksek Mahkeme "ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyet"e dayanarak başklarında "kızgınlık, şiddet veya içerleme" uyandıran ifadelerin yasaklanmasının önemli hatta zorunlu bir menfaate hizmet etmeyi amaçladığını kabul etmektedir. Tarihsel olarak ayrımcılığa maruz kalmış grup üyelerinin istedikleri yerde barış içinde yaşama haklarının temel bir insan hakkı olduğu ve bunu sağlamayı amaçlayan bir düzenlemenin önemli bir kamu menfaatine hizmet ettiği kuşku götürmemektedir. Ancak içerik düzenlemesi yaptığı açık olan bu düzenlemenin "sansür tehdidini" doğurma tehlikesi oldukça yüksek olduğundan, bu tür bir düzenleme bakımından yalnızca aynı menfaate ulaşmanın başkaca yöntemlerle mümkün olmadığı durumlarda zorlayıcı bir menfaatin bulunduğu kabul edilebilir. Yüksek Mahkeme'ye göre nefret söylemleriyle mücadele amacını gerçekleştirmek, yapılacak içerik dışı bir düzenlemeyle de mümkündür. Yine, belirtilen konularla sınırlı kalmayan bir düzenlemenin de aynı yararlı etkiyi sağlayacağı kuşkusuzdur. Aslında düzenleme ile yapılan içerik sınırlaması kanun koyucunun belirli önyargılara karşı özel bir düşmanlık beslediğini göstermektedir. Politikacılar elbette ki böyle bir düşmanlığı kendi görüşleri olarak açığa vurmakta özgürdür, ancak beğenilmeyen görüşlerin yasaklama yoluyla bastırılması Birinci Değişiklik'e açıkça aykırıdır.²⁸⁷ Yüksek Mahkeme'nin R.A.V kararındaki bu görüşü ABD İstinaf Mahkemesi'nin Skokie davalarındaki yukarıda incelenen görüşüne paralellik göstermektedir.

²⁸⁵ R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377, 422, 423 (1992).

²⁸⁶ R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377, 392 (1992).

²⁸⁷ R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377, 396 (1992).

Yüksek Mahkeme ırk, etnik köken ve inanç temelli sınıflandırmalara dayalı ifade özgürlüğünü sınırlayan düzenlemeleri şüpheli sınıflandırma (*suspect classification*) olarak görmekte ve katı denetim uygulamaktadır. Yüksek Mahkeme, R.A.V. kararında ilgili düzenlemeyi katı denetime (*strict scrutiny*) tabi tutmuştur. Bu denetim daha önce de açıklandığı üzere Yüksek Mahkeme'nin ifade özgürlüğü sınırlamaları konusunda kullandığı en sıkı anayasaya uygunluk denetimidir. Bu denetim uyarınca sınırlamanın nedeninin zorunlu bir kamusal menfaate dayanması (*compelling governmental interest*), sınırlamanın dar bir çerçevede çizilmiş olması (*narrowly tailored*) ve en az sınırlayıcı araçların kullanılmış olması (*least restrictive means*) gerekmektedir. R.A.V. kararında söz konusu düzenlemenin zorunlu bir kamusal menfaate hizmet ettiğini onaylayan Yüksek Mahkeme, sınırlamanın dar bir çerçevede çizildiği konusunda da herhangi bir tartışmaya girmemiştir. Buna karşın Birinci Değişiklik'e aykırılığı en az sınırlayıcı araçların kullanılmamış olmasına dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre yasa koyucu ayrımcılıkla mücadele gibi zorunlu bir menfaati gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne daha az müdahale eden içerik dışı bir düzenleme yapabilirdi. Bu sebeple düzenleme Birinci Değişiklik'e aykırı bulunmuştur.

Yüksek Mahkeme'nin R.A.V kararı incelendiğinde ırk, din, mezhep ve cinsel yönelim gibi belirli konularla sınırlı kalınmadan yapılan “kızgınlık, şiddet veya içerleme” uyandıran ifadeleri yasaklayıcı düzenlemelerin yani tür sınırlamasının yapılmadığı bir nefret söylemi düzenlemesinin Birinci Değişiklik'e uygun olacağı iddia edilebilir. Kararın eleştirilen bir yönü de zaten budur. Söz konusu karar uyarınca sınırları belirli, içeriğe ilişkin bir düzenleme, eğer daha geniş bir kategorideki ifadeyi sınırlayarak aynı menfaat gerçekleştirilebiliyorsa, anayasaya uygunluk denetimini geçemeyecektir. Bu ise klasik katı denetimin terk edildiği izlenimini vermektedir. Böylelikle yasa koyucunun önünde ya sorunlu konuda hiçbir düzenleme yapmamak ya da yasaklanabilir kabul edilen ifade türünü (sorunlu olmayan kısımlarını da içerecek biçimde) tamamen yasaklamak gibi iki seçenek kalmaktadır.²⁸⁸

R.A.V. kararına uygun biçimde “kızgınlık, şiddet veya içerleme” uyandıran ifadelerin tamamının yasaklanması durumunda bu sefer başka bir anayasaya aykırılık

²⁸⁸ Bkz. Yargıç White'in ayrık oyu, R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 404, 405 (1992).

sorunu gündeme gelecektir. Yine katı denetim uygulanacağından bu denetimin başka bir unsuru olan “sınırlamanın dar bir çerçevede çizilmiş olması” unsuruna uyulmadığı için Anayasaya aykırılık kararı verilebilecektir. Yüksek Mahkeme, başka bir kararında içerik bakımından tarafsız ancak kapsamı geniş olan düzenlemeleri de Anayasa’ya aykırı kabul etmiştir.²⁸⁹

R.A.V. kararında incelenen “ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyet”e dayanarak başkalarında “kırgınlık, şiddet veya içerleme” uyandıran ifadeleri sınırlandıran bir düzenlemenin, başka bir gerekçeyle daha Birinci Değişiklik’e aykırı bulunabileceği de savunulmaktadır. Bu yaklaşım kavgacı sözler öğretisinin günümüzde Bradenburg ölçütüyle birlikte yorumlanmasında düğümlenmektedir. Bilindiği üzere kavgacı sözlerin günümüzde sınırlanabilmesinin koşulu ifadenin yakın bir zararın gerçekleşmesine yönelik açık ve mevcut tehlike oluşturmasına bağlıdır. Buna karşın yukarıdaki düzenleme, yakın bir zararı gerçekleştirmeye elverişli ifadelerin yanı sıra, bunu gerçekleştirmeye elverişli olmayan, yalnızca dinleyicide kırgınlık, şiddet veya içerleme uyandıran ifadeleri de cezalandırmaktadır. Oysa bir ifadeye, salt mağdurda yaratacağı üzüntü sebebiyle müdahale edilemez. Böylelikle düzenlemenin kendisi bu yönüyle aşırı geniş ve geçersizdir.²⁹⁰

İfadenin ikincil etkilerine dayanılarak yapılan düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun denetiminde içerik düzenlemeleriyle karşılaştırıldığında bunların esnek denetime tabi tutulduğu daha önce belirtilmiştir. Bu bağlamda örneğin kamusal alanlarda yangın tehlikesiyle çeşitli materyallerin yakılmasını yasaklayan bir düzenleme, korumayı amaçladığı kamusal menfaat ifadenin içeriğinden bağımsız olduğu için Birinci Değişiklik’e uygun olabilir. Bu çerçevede yapılan bir düzenleme aynı zamanda ifadenin içeriğine de bir sınırlama getiriyorsa, bu bir ikincil etki olacağından tek başına ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturmayacaktır. Ancak her somut düzenlemede yasa koyucunun bu düzenleme ile gerçekten ifadenin içeriğine müdahaleyi amaçlayıp amaçlamadığına bakılması gerekmektedir. Bunun sebebi kimi durumlarda görünürde içerik dışı gözükken bir düzenlemenin aslında ifadenin içeriğine yönelmeyi amaçlıyor olmasıdır. Bununla birlikte bir düzenleme örneğin yalnızca askerlik celbini yakma, bayrak yakma veya haç yakmayı yasaklıyorsa bu

²⁸⁹ Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989).

²⁹⁰ Bkz. Yargıç White’in ayrık oyu, R.A.V v. St. Paul, 505 US 377, 414 (1992).

yasaklamayla gerçekleştirilmeye çalışılan kamu menfaati incelenmelidir. Bu bağlamda Birinci Değişiklik'in "salt ifade"nin yanında sembolik ifade ve iletişimsel eylemleri (*expressive conduct*) de koruduğu belirtilmişti.²⁹¹ Yasaklamadaki kamu menfaati ifadenin içeriği ile bağlantılıysa düzenleme içerik düzenlemesi olarak kabul edilecek ve buna katı denetim uygulanacaktır.

Nefret söylemi ile ilgili olarak haç yakılmasını yasaklayan bir düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu sorunu Virginia v. Black kararı²⁹² ile Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir.²⁹³ İlgili düzenleme bir kimseyi veya grubu yıldırma amacıyla bir kimsenin mülkünde veya kamuya açık alanda haç yakılmasını yasaklamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre Birinci Değişiklik yıldırma niyetiyle haç yakmaların yasal olmayan bir eylem olarak nitelenmesine izin vermektedir. Bunun sebebi yıldırma niyetinin herhangi bir nefret söylemi türüne bağlanmamış olmasıdır. Yani örneğin bu düzenleme bir grubun ya da kişinin ırk, din, mezhep veya cinsel yöneliminden kaynaklı yıldırma niyetiyle haç yakmayı yasaklasaydı, sendikalı olma, siyasi yönelim gibi diğer gerekçelerle yıldırma amaçlı haç yakmayı yasaklamadığı için bakış açısı ayrımcılığı doğurduğundan R.A.V. kararındaki gibi ifade özgürlüğüne aykırı kabul edilebilecekti. Bununla birlikte yıldırma mesajlarının hepsini yasaklamak yerine yalnızca haç yakma eyleminin yasaklanması bakış açısı ayrımcılığı doğuracak mıdır? Yüksek Mahkeme bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Bunun sebebi yasaklanabilir kabul edilen ifade türlerinde daha önce de açıklandığı üzere içerik ayrımcılığına gidilmesine izin verilmesidir. Dolayısıyla haç yakma eylemi özellikle yaygınlaşma eğilimi olan bir yıldırma eylemi olduğu ve tarihsel geçmiş ışığında şiddet içeren bir gösterge olduğu gerekçesiyle yalnızca haç yakmaya ilişkin yıldırma mesajını düzenlemeyi tercih edebilir. Böylelikle örneğin, mağdurların zarara uğrama olasılığının en yüksek olduğu yıldırıcı ifade türünü düzenlemeyi de tercih edebilir.²⁹⁴

Aynı başvurudaki bir başka düzenleme ise haç yakma eyleminin kendisinin bir kişi veya grubu yıldırma niyetinin açık bir göstergesi olduğunu kabul etmektedir.

²⁹¹ Bkz. R.A.V v. City of St. Paul, 505 US, 377, 382 (1992); Texas v. Johnson, 491 US 397, 405-406 (1989); United States v. O'Brien, 391 US 367, 376-377 (1968); Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 US 503, 505 (1969).

²⁹² Virginia v. Black, 538 US 343 (2003).

²⁹³ Haç yakma eylemi ABD'de Ku Klux Klan örgütüyle bağdaştırılmaktadır; bkz. Virginia v. Black, 538 US 343, 348, 354 (2003).

²⁹⁴ Virginia v. Black, 538 US 343, 360- 363 (2003).

Dolayısıyla haç yakma eylemini gerçekleştiren kişinin bir kişi veya grubu yıldırma niyetine sahip olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme bu düzenlemeyi ise Birinci Değişiklik'e aykırı bulmuştur. Haç yakma eylemi anayasa tarafından yasaklanması kabul edilen yıldırma amacını güden bir eylem biçiminde ortaya çıkabilir. Bununla birlikte aynı eylem, herhangi bir yıldırma amacı gütmeyen ve Birinci Değişiklik tarafından korunan siyasi bir eylem olarak da karşımıza çıkabilir. Yukarıdaki düzenleme haç yakmanın olası farklı anlamlara sahip olması olasılığını reddetmektedir. Oysa bu eylem yıldırma anlamına gelebileceği gibi kimi durumlarda bir ideolojinin ve grup dayanışmasının sembolü anlamına da gelebilir. Örneğin bir Ku Klux Klan toplantısında yapılan bu eylem siyasi bir ideolojiyi temsil etmektedir. Dolayısıyla bu durumda ifadenin Birinci Değişiklik'ten geniş ölçüde yararlanması beklenir.²⁹⁵ Yine bir film veya tiyatro sahnesinin oluşturulması gibi kimi durumlarda haç yakma eylemi hiçbir yıldırma amacı gütmeyeceği gibi herhangi bir ideoloji de içermeyebilir. Oysa yukarıdaki düzenleme farklı haç yakma eylemleri arasında herhangi bir ayırım gözetmemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, eylemin gerçekten yıldırma amacıyla yapılıp yapılmadığına karar verebilmek için değerlendirilmesi gereken diğer tüm koşulları göz ardı etmektedir. Bu durum ise Birinci Değişiklik'e aykırıdır.²⁹⁶

Yüksek Mahkeme nefret söylemi oluşturan ifadelerin aynı zamanda kamuoyunu ilgilendiren konulara ilişkin olmaları durumunda ifade özgürlüğünden özellikle yararlanmaları gerektiğinin altını çizmektedir. Bunun sebebi kamuoyunu ilgilendiren konulardaki ifadelerin bu öneme sahip olmayan ifadelerden hiyerarşik olarak daha üstün bir koruma görmesinde yatmaktadır.²⁹⁷ Kamuoyunu ilgilendiren ifadeler; siyasi, sosyal veya toplumu ilgilendiren diğer alanlara ilişkin olabilir. Bir ifadenin kamuoyunu ilgilendirip ilgilendirmediğini anlamak için ifadenin içeriği (*content*), biçimi (*form*) ve bağlamı (*context*) incelenmektedir.²⁹⁸ Bu ölçütler uyarınca nefret söylemi içeren ifade kamuoyunu ilgilendiriyorsa daha yüksek bir korumadan yararlanacaktır. Örneğin Snyder v. Phelps kararı²⁹⁹, bir tarikatın askeri bir cenaze töreni sırasında, törene yakın bir alanda yaptığı eyleme ilişkindir. Tarikat, özellikle Amerikan silahlı kuvvetlerinde eşcinselliğin hoş görülmesinden dolayı

²⁹⁵ Bkz. Yargıç White'in ayrık oyu, R.A.V. v. St. Paul, 505 US, 377, 402.

²⁹⁶ Virginia v. Black, 538 US 343, 363- 365 (2003).

²⁹⁷ Connick v. Myers, 461 US 138, 145 (1983).

²⁹⁸ Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 US 749, 761 (1985).

²⁹⁹ Snyder v. Phelps, 562 US ___ (2011).

Tanrı'nın ABD'den nefret ettiği ve bu ülkeyi cezalandıracağını savunmakta, bu sebeple genellikle askeri cenaze törenlerinde eşcinselliğe ve Katolik mezhebine ilişkin nefret dolu pankartlar taşıyan eylemler (*picketing*) düzenlemektedir. Yüksek Mahkeme söz konusu pankartların ABD'yi ve vatandaşlarını ilgilendiren siyasi ve ahlaki konulara yönelik olduğuna, dolayısıyla bunların içerik ve bağlam bakımından kamuoyunu ilgilendirdiğine karar vermiştir. Öte yandan eylemin kamusal bir alanda ve tamamen barışçıl biçimde gerçekleştirildiği de dikkate alındığında bu tür ifadelerin özel bir korumaya sahip olması gerektiği savunulmaktadır.³⁰⁰

Sonuç olarak nefret söylemi kavramı günümüzde Amerikan içtihadında kendine has bir biçimde yorumlanmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı uluslararası insan hakları mekanizmalarının kavrama yaklaşımından oldukça farklıdır. Yüksek Mahkeme ırkçı görüşlerle mücadelenin önemli bir kamu menfaatine hizmet ettiğini kabul etmekle birlikte bu mücadelenin bu görüşleri yasaklayıcı düzenlemelerle yapılamayacağı kanaatindedir. Ne yasama ne de yargı organı hangi düşüncenin yanlış hangisinin doğru olduğunu belirleme yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla ırkçı söylemler veya diğer nefret söylemleri hakkında ahlaki hükümler vermek bu iki organın da görev alanına girmez. Snyder kararının son kısmı ABD Yüksek Mahkemesi'nin günümüzde nefret söylemine yaklaşımını özetler niteliktedir:

“İfade güçlüdür. İnsanları eyleme geçmeye teşvik edebilir, onları mutluluğa ve üzüntüye ya da –söz konusu olayda olduğu gibi- acıya boğabilir. Önümüzdeki gerçekler ışığında, bu acıya tepkimizi konuşmacıyı cezalandırarak veremeyiz. Kamusal tartışmanın engellenmediğinden emin olmak amacıyla kamusal konulara ilişkin zarar verici ifadeleri bile koruyan bir tutumu ulus olarak benimsemeyi tercih ettik. Bu tercih bugün Westboro cemaatini yaptığı [barışçıl ancak nefret ifadeleri içeren] eylemini haksız fiil sorumluluğundan korumayı gerektirmektedir.”³⁰¹

³⁰⁰ Snyder v. Phelps, 562 US ___, 7- 15 (2011).

³⁰¹ *“Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and—as it did here—inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course—to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate. That choice requires that we shield Westboro from tort liability for its picketing in this case.”* Kararın tam metni için bkz.

II. İHAM'IN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI

İHAM, nefret içerikli ifadelerde ayrımcılığın yasaklanması ve ifade özgürlüğü gibi iki önemli hak arasında uzlaşmaya varmaya çalışmış, bu konuda iki farklı yaklaşımı benimsemiştir. İlk yaklaşımda, nefret içerikli ifadeler hakların kötüye kullanılmasını düzenleyen İHAS'ın 17. maddesi kapsamında değerlendirilerek Sözleşmenin sağladığı koruma alanından tamamen çıkarılmıştır. Özellikle doksanlı yılların ikinci yarısından itibaren kabul ettiği ikinci yaklaşımda ise, nefret söylemleri kural olarak İHAS'ın 10. maddesi kapsamında özgürlük alanına dahil olmuştur. Bununla birlikte taraf devletlerin bu tür söylemlere uyguladığı müdahaleler madde 10/2'de yer alan sınırlama rejimi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmuştur. İHAM, bu konuya ilişkin müdahalelerin ifade özgürlüğüne uygunluğunu değerlendirirken, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği ölçütü kapsamında konuşmacının izlediği amaç, başvurunun şartları, dile getirilen düşüncenin içeriği, ifadenin yayılması ve olası etkileri, konuşmacının durumu veya statüsü ve ifadeye yönelik müdahalenin doğası ve ciddiyeti gibi noktaları dikkate almaktadır.³⁰²

A. NEFRET SÖYLEMİNİ HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN ESKİ YAKLAŞIM

İHAM'ın bu konuya ilişkin içtihadını karar örnekleriyle birlikte incelemeye geçmeden önce, konunun ilerleyen kısımlarının açıkça anlaşılmasını sağlamak bakımından bir hakkın norm alanı dışında tutulması ve hakkın sınırlandırılması kavramları arasındaki farkın ortaya konmasında yarar görülmektedir. Bir hakkın norm alanı, onun kapsamı, özgül kullanım biçimidir. Sınırlandırma kavramı ise, norm alanı içerisinde kabul edilen bir hakkın kısıtlanması anlamına gelir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması dendiğinde burada kastedilen, norm alanı içerisinde kabul edilen bir ifadenin kısıtlanmasıdır. İHAM sisteminde bu özgürlüğün sınırlandırılması, çalışmanın ilgili bölümünde de görüldüğü üzere sınırlamanın hukukiliği, meşru sınırlama nedenlerine uygunluğu ve demokratik toplumda

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/09-751/opinion.html>, 08.08.2015. Snyder v. Phelps, 562 US ___, 15 (2011).

³⁰² Bkz. Anne Weber, "The Case Law of European Court of Human Rights on Article 10 ECHR Relevant for Combating Racism and Intolerance", **Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression**, ECRI, 2007, s. 97-113, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/732>, 08.08.2015.

gerekliliği gibi denetimlerden geçmektedir. Bu denetime uygunluk göstermeyen sınırlamanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği kabul edilmektedir. Buna karşın bazı ifade türleri daha baştan ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kabul edilebilir. Yani bazı ifadeler ifade özgürlüğü anlamında bir ifade bile kabul edilmeyebilir. İfade dahi kabul edilmeyen bir ifadenin sınırlandırılması söz konusu olamayacağından, bu türdeki ifadeler önüne geldiğinde yargı organları iki tespit yapmakla yetinir. İlk olarak ilgili ifadenin, ifade özgürlüğü alanının dışında olduğuna, ikinci olarak da bu nedenle bir hak ihlalinin söz konusu olamayacağına hükmeder.³⁰³

Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında nefret söylemi kabul edilen düşünce açıklamalarının ifade özgürlüğünün norm alanı içine girmediği söylenebilir. Yukarıda da incelendiği üzere çeşitli uluslararası belgeler taraf devletlere bu tür düşünce açıklamalarını yasaklama yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim pek çok devletin yaşanan tarihsel trajedilerin etkisiyle özellikle ırkçı ve antisemitist söylemleri, somut olayda kamu düzeni açısından bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın yasakladığı daha önce belirtilmişti.³⁰⁴

İkinci Dünya Savaşı'nda totaliter rejimlerin yenilgiye uğratılmasının ardından Avrupa devletlerinde ırkçılık karşıtı yasal düzenlemelerin ve ırksal eşitliği savunan düzenlemelerin yükselişe geçtiği çalışmanın ilgili bölümünde belirtilmişti. İHAS'ın İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlandığı ve kabul edildiği dikkate alındığında Sözleşmenin amaçlarından birinin şüphesiz savaşın neden olduğu acıların yeniden yaşanmaması için gerekli koşulların yaratılması olduğu söylenebilir. Söz konusu savaşın, faşizmin, nasyonal sosyalizmin ve Stalinci komünizmin insanlık aleyhine suçlar işlediği bir dönem olduğu kabul edildiğinde İHAS organlarının totaliter ideolojilerle ve ırkçı ya da inkârcı ifadelerle mücadeleyi meşru görmesinin nedeni anlaşılabilir. Kısacası nefret söylemi, İHAS'ın temellerini oluşturan değerlere aykırıdır.

³⁰³ Uygun, op. cit., s. 22, 23.

³⁰⁴ Nefret söylemiyle ilgili bazı devletlerin ulusal düzenlemelerine ilişkin bir çalışma için bkz. Coliver, **loc. cit.**

Ayrıca bu türdeki açıklamaların, İHAS'ın başlangıç bölümünün 5. paragrafında yer alan temel değerlerden³⁰⁵, temel özgürlüklerin ancak gerçek bir demokraside en iyi şekilde sürdürülebileceği ilkesine karşıtlık oluşturduğu ve yine başlangıç bölümünde yer alan adalet ve barış içinde yaşama ilkesine aykırı olup ayrımcılık yarattığı İHAM'ın çeşitli kararlarında belirtilmiştir.³⁰⁶

İHAM, nefret söylemini doğrudan zarar doğuran bir ifade biçimi olarak değerlendirmektedir.³⁰⁷ Mahkemeye göre taraf devletlerin nefret savunusunun yasaklanmasına ve özellikle etnik kimliği nedeniyle bu tür tehditlere maruz kalan kişilerin korunmasına yönelik uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri mevcuttur.³⁰⁸

İHAM'ın içtihatlarına bakıldığında, genellikle, taraf devletlerin nefret söylemlerine getirdiği sınırlamalarla ilgili başvuruların esasına girilmeden açıkça dayanaksız olduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Öte yandan İHAM, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda taraf devletlerin takdir yetkisinin en geniş olduğu alanı, savaş propagandası, ırkçı düşünce açıklamaları, yabancı düşmanlığı ve Nazi ideolojisinin savunulması olarak belirlemiştir.³⁰⁹ Tüm bunlar dikkate alındığında Komisyonun ve Mahkemenin ilk içtihatlarında nefret söylemini norm alanı dışında gördüğü iddia edilebilir.

İHAS organlarının bu dönemde nefret söylemine ilişkin ele aldığı ifade türleri Holokost'un inkârı biçiminde karşımıza çıkan soykırım inkârı (*négationnisme*) ile ırkçı nefret söylemleridir.

³⁰⁵ “Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler (...) dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir kez daha tekrarlayarak (...) aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”

³⁰⁶ Bkz. Kühnen v. The Federal Republic of Germany, Appl. No. 12194/86, 12.05.1988; Lowes v. UK, Appl. No. 13214/87, 09.12.1988; Walter Ochensberger v. Austria, Appl. No. 21318/93, 02.09.1994; Rebhandl v. Austria, Appl. No. 24398/94, 16.01.1996.

³⁰⁷ Kerem Altıparmak, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, İstanbul: İletişim yayımları, 2007, s. 92.

³⁰⁸ Balysté- Lideikienė v. Lithuania, Appl. No. 72596/01, 04.11.2008, para.78.

³⁰⁹ Uygun, **op. cit.**, s. 23.

Aşağıda Holokost inkârı yönüyle incelenen inkâr, kısaca bir suçun varlığı ya da o suçun karakteristik bir özelliğinin varlığına karşı çıkılması olarak tanımlanabilir. İnkâr, Holokost'ın aslında gerçekleşmediği veya kimsenin ölümünde gaz odalarının kullanılmadığının savunulması gibi “açık inkâr” (*bare denial*) ya da Yahudilerin Holokost mitini Almanya'yı ekonomik çöküşe götürmek amacıyla ortaya attığı örneğinde olduğu gibi “ağır inkâr” (*aggravated denial*) biçiminde ortaya çıkabilir.³¹⁰

Bu dönemde İHAM'ın önüne sıklıkla gelen Holokost inkârı konusu nefret söylemlerinin *sui generis* bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu türde açıklama yapanlar genellikle kendilerini “revizyonist tarihçiler” olarak niteleyen akademisyenlerden ya da (aşırı) sağcı politikacılardan oluşmaktadır ve bu kişiler Holokost inkârına ilişkin söylemlerinin “akademik özgürlük” ve “ifade özgürlüğü” korumasından yararlanmasını talep etmektedir. Bu kişiler genellikle açıklamalarının çağdaş tarihe ilişkin ifade ve düşünceler olduğunu ileri sürmektedir. Bu doğrultuda, eserlerinde dipnotlar kullanarak, üçüncü kişilerin ağızından yazılarını kaleme alarak gerçekçi olmayı ve okuyucuyu inandırmayı ummakta; « *mutlak gerçeğe ulaşılamayacağından gerçek olduğunu kabul ettiğimiz fikirler göreliliğe mahkûmdur* », « *etkili sorgulama toplumun yararı için taşıyıcıdır* », « *hiçbir olgu karşı çıkıştan bağışık değildir* » gibi sloganlarla ifade özgürlüğü şemsiyesinden yararlanmaya çalışmaktadır.³¹¹

Holokost inkârına ilişkin ifadeler hiçbir şekilde İHAS korumasından yararlanamamakta, bu konuya ilişkin yapılan başvurular ilk inceleme aşamasında konu bakımından (*ratione materiae*) Sözleşme hükümleriyle bağdaşmadığından reddedilmektedir. Aslında İHAS'ın denetim organları kural olarak tarihsel olaylar hakkında görüş bildirmekten kaçınırlar. Bu kuralın belki de tek istisnası ise Holokost inkârıdır. Gerçekten de gerek İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na (İHAK) gerek İHAM'a göre Holokost kesin bir tarihsel bilgidir ve yadsınamaz. Bu soykırımın varlığı ve soykırım boyunca yaşanan olaylar tarihçiler arasında çekişme konusu oluşturmamaktadır, açık ve kesindir. Tarihsel gerçekliği şüphe götürmeyen bu

³¹⁰ Ludovic Hennebel, Thomas Hochman, “Introduction: Questioning the Criminalization of Denials”, **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochman, New York; Oxford: Oxford University Press, 2011, s. xix.

³¹¹ Tarlach Mcgonagle, “Wrestling (Racial) Equality From Tolerance of Hate Speech”, **Dublin University Law Review**, Vol. 21, 2001, s. 16. <http://www.ivir.nl/publicaties/download/747>, 08.08.2015.

olayların varlığının inkârı “kamusal veya akademik bir tartışmaya” da hizmet etmemektedir.³¹²

İHAS organları negasyonizmin ve revizyonizmin tarihsel araştırma dahi kabul edilemeyeceği görüşündedir.³¹³ Bu tür çalışmaların gerçek amacı Nasyonal Sosyalist rejimin itibarını iade etmek ve bu şekilde mağdurları tarihi saptırmakla suçlamaktır.

Negasyonizm ve revizyonizm, İHAS organlarına göre nefret söylemidir. Holokost gibi bir tarihsel gerçeğin inkârı veya yeniden tarih yazımı insanlığa karşı işlenen bir suçun inkârı anlamına gelir. Bu ise Yahudilere karşı yürütülen ırkçı aşağılama ve nefret tahrikinin en ciddi biçimlerindedir. Bu tür ifadeler ırkçılık ve anti-Semitizmle mücadelenin dayandığı değerleri sarsmakta ve kamu düzenine ciddi zarar vermektedir. Bu tür ifadeler ayrıca başkalarının haklarını ihlal ettiğinden demokrasi ve insan hakları ile de bağdaşmamaktadır.³¹⁴

İHAM’ın önüne geldiği biçimiyle revizyonist tarihçilerin iddiaları milyonlarca değil yalnız birkaç yüz bin Yahudi’nin öldürüldüğü ve toplama kamplarında gaz odalarının kullanımının o günün teknolojik yetersizliklerinden ötürü mümkün olamayacağı gibi genellikle Holokost sırasında yaşanan olayların inkârına ilişkindir.³¹⁵ Bu türdeki ifadeler sözleşme organlarına göre İHAS’ın başlangıç bölümündeki adalet ve barış değerlerine aykırılık oluşturmaktadır.³¹⁶ Dahası bu tür ifadelerin Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesine yol açabileceği belirtilmektedir. İHAS organlarına göre Holokost inkârını ifade özgürlüğü alanına sokmaya çalışmak 10. maddede korunan özgürlüğün gerçek varlık amacını çarpıtmaktır. İnsanlığa karşı işlenen suçların inkârı söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü kapsamında bir değerlendirme yapılmamalıdır. Böylelikle ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanmasının 10. maddeye uygunluğu denetleme

³¹² Örneğin bkz. *Graudy v. France*, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

³¹³ Negasyonizm ile revizyonizm kavramları arasında gerçekten bir farkın bulunup bulunmadığı açık değildir. Negasyonizm Holokost’un inkârı anlamına gelmektedir. Revizyonizm, esasında her türlü ortodoks doktrinin tartışılması anlamına gelmekteyse de kavram günümüzde Holokost’u inkâr eden veya olduğundan daha önemsiz gösteren çalışmaları açıklamak için kullanılmaktadır. G. Cohen- Jonathan, “Négationisme et Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, S. 32, 1997, s. 571; aktaran: Özden Çankaya, Melike Batur Yamaner, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s.64.

³¹⁴ *Graudy v. France*, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

³¹⁵ Bkz. *Marais v. France*, Appl. No. 31159/96, 24.06.1996, *Honsik v. Austria*, Appl. No. 25062/94, 18.10.1995. Ayrıca bu yönde görüş için bkz. Boyle, **op. cit.**, s. 497, 498.

³¹⁶ Doğru, Nalbant, **op. cit.**, s. 187.

konusu olmamaktadır. Doğrudan 17. madde kapsamında bir değerlendirme yapılmakta, ifadelerin başlangıç bölümündeki değerlere aykırılığı tespit edilmekte ve İHAS madde 35/4 uyarınca kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Örneğin başvuruçunun İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın belirli yerlerindeki gaz odalarının varlığını tartışma konusu yaptığı *Marais v. France* başvurusunda³¹⁷ başvuruçucu İHAK'a göre gaz odalarının varlığını sorgulamakla bilimsel araştırma görüntüsü altında bu odaların varlığı ya da soykırım için kullanıldığı gerçeğini yalanlamayı amaçlamaktadır. Bu tür bir ifade ise İHAS'ın Başlangıç bölümünde yer alan adalet ve barış gibi temel değerlere aykırıdır. Böylelikle söz konusu olayda başvuruçucu ifade özgürlüğünü İHAS'ın lafzına ve ruhuna aykırı amaçlarla kullanmakta ve İHAS'ta güvence altına alınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlamaktadır.³¹⁸

Bu noktada Holokost inkârına ilişkin Amerikan yaklaşımının kısaca hatırlatılmasında yarar görülmektedir. Yedinci İstinaf Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirme uyarınca Birinci Değişiklik hiçbir düşünceyi yanlış olarak nitelennememektedir. Bu yaklaşımın Holokost'u yadsınamayacak kesin bir tarihsel bilgi olarak kabul eden İHAM içtihadı ile benzer herhangi bir yönünü bulmak mümkün değildir. Yine Yedinci İstinaf Mahkemesi'ne göre bir görüş ne denli yanlış olursa olsun, onun diğer görüşlerle çatışmasına izin verilmeli, onun düzeltilmesi yargı organlarının insafına bırakılmamalıdır. İHAM'a göre ise revizyonist görüşler herhangi bir şekilde kamusal tartışmaya hizmet etmez.³¹⁹ Dolayısıyla kamusal tartışmaya hiçbir şekilde hizmet etmeyen bu görüşlerin diğer görüşlerle çatışmasına da izin verilmesine gerek yoktur. Yine bu tür ifadelerin İHAS'ın başlangıç bölümündeki değerlere aykırılık oluşturduğunun tespiti, aslında doğrudan Sözleşmenin kendisinin Holokost inkârını yanlış bir bilgi olarak kabul ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla bu tür görüşlere müdahale İHAS'a aykırılık oluşturmayacaktır.

İHAM'ın Holokost ile diğer tarihsel olaylar arasında bir ayrıma gittiği görülmektedir. İHAM diğer tarihsel olayları “gerçekleşip gerçekleşmediği halen

³¹⁷ *Marais v. France*, Appl. No. 31159/96, 24.06.1996.

³¹⁸ Bu konuda aynı yöndeki başka bir karar için bkz. *Remer v. Germany*, Appl. No. 25096/94, 19.08.1994; *Honsik v. Austria*, Appl. No. 25062/94, 18.10.1995.

³¹⁹ Bkz. *Graudy v. France*, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

tarihçiler arasında tartışma konusu olan tarihi olaylar” olarak nitelemekte, bunları revizyonizm ve negasyonizmden ayırmakta ve bunlar hakkında yukarıdaki tutumu takınmaktan kaçınmaktadır. Lehideux ve İsorni v. France kararında³²⁰ tartışmalı tarihsel olaylar ve bunların yorumlanması konusunda hakem görevi üstlenmediğini belirtmiştir. İHAM, bu tür ifadelerin sınırlanmasını 17. madde değil madde 10/2 kapsamında incelemektedir. Örneğin İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası ile işbirliği yapan halen tartışmalı bir tarihsel figür olan Mareşal Pétain’in³²¹ itibarını iade etme isteğiyle hakkında olumlu değerlendirmeler içeren bir ilanı inceleyen İHAM, ilanın gerçekliği tartışma götürmeyen tarihsel olayları inkâr etmediğinin veya yeniden yorumlamadığının altını çizmiş, Fransa’nın ifadeye getirdiği sınırlamayı madde 10/2 çerçevesinde ele almıştır.

Mahkemeye göre gerçekliği kesinlik kazanmamış tarihsel olaylar hakkındaki ifadelerin objektif bir bakış açısına sahip olmaması yani tek taraflı tutumu onları doğrudan özgürlük alanının dışına itmemektedir. İHAM aynı başvurudaki ifadelerde Pétain’in savaş suçu niteliğindeki eylemlerinin aslında “ikili bir oyunun” parçası olduğu ve ulusal menfaatleri gözettiği gibi genellikle tarihçilerce reddedilen bir görüşün savunulması ya da kişinin yargılandığı suçlardan hiçbir şekilde bahsedilmemesini ahlaken kınanabilir bulmuştur. Buna karşın ihmal edilen konuların Holokost ile doğrudan bağlantılı olmaması Mahkemeyi taraf devletin sınırlamadaki haklılığını incelerken başka ölçüleri de göz önünde bulundurmaya itmiştir. İHAM, ilanın belirli yerlerinde Holokost’u kınayıcı ifadelerin yer almasından başvuruçuların Nazi politikalarını değil Pétain’i savundukları sonucuna varmıştır. Böylelikle İHAM, ilandaki kimi dengeleyici ifadelerin varlığı, ilanda sözü edilen olayların üzerinden oldukça uzun bir sürenin geçmesi, başvuruçuların ilanı kendileri adına değil hukuka uygun biçimde kurulan, faaliyetini sürdüren ve zaten Pétain’in itibarını iade etmeyi amaç edinen bir dernek adına yayımlanmış olması ve bunun taraf devletin takdir yetkisini daraltması gibi ölçüleri ve son olarak verilen ceza mahkûmiyetinin

³²⁰ Lehideux and İsorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998.

³²¹ Genellikle Mareşal Pétain (Maréchal Pétain) olara tanınan Henri Philippe Benoni Omer Joseph Pétain, 20. yüzyıl Fransız tarihinin aykırı (*contradictory*) figürlerinden biridir. Bir yandan (özellikle Vedun savaşından sonra) Birinci Dünya Savaşı kahramanlarından biri olarak üne sahipken, diğer yandan Fransa’nın Almanyaya teslim olması ve İkinci Dünya Savaşı sırasında yürütülen otoriter rejimin sorumlusu olan Vichy Hükümetinin başı olarak tanınmaktadır. Bkz. Encyclopedia Britannica, <http://global.britannica.com/biography/Philippe-Petain>, 08.08.2015.

ağırlığını değerlendirerek sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir.³²²

Söz konusu ifadenin sınırlanmasının İHAS'a aykırı bulunması belirli açılardan eleştirilmiştir. Bir kere ilanın tamamen tek yanlı niteliği onun ciddi bir tarihsel tartışmaya katkıda bulunabilmesini şüpheye düşürmektedir. Bunun yanında Avrupa konsensüsünün bulunmadığı durumlarda taraf devletin takdir yetkisinin genişlemesi beklenmektedir. Başvuruda tartışma konusu olan tarihsel kişi taraf devletin tarihinin bir parçası olduğundan, ilgili ilanın yaratacağı olumsuz etkiyi en iyi biçimde ulusal makamlar tayin edebilirdi.³²³

İfadenin Holokost inkârının yanında İHAS kapsamında siyasi eleştiri kabul edilen bir açıklamayı da içermesi halinde İHAM başvurunun tamamını hakkın kötüye kullanımı kapsamında değerlendirmemekte, ifadenin siyasi eleştiri içeren bölümünü 10. madde kapsamında ele almaktadır. Yine de bir ifadenin revizyonist niteliğinin tespiti aynı zamanda onun ırkçı amacını da ortaya çıkardığından, söz konusu ifadenin siyasal eleştiri içeren bölümünün de taraf devletçe sınırlanması madde 10/2 çerçevesinde “demokratik toplum gereklerine” muhtemelen uygun olacaktır.³²⁴

İHAM'ın “açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçekler” ile “tartışma konusu olmayı sürdüren tarihsel olaylar” arasında ayrıma gitmesi ilkinin içerdiği belirsizlik sebebiyle eleştirilmektedir. Bu konuya son dönemde verilen Perinçek v. Switzerland kararının ardından dönülecektir.

İfade türleri arasında siyasi ifadelere İHAS organlarının diğer ifade türlerine nazaran özel bir önem verdiği çalışmanın ilgili bölümünde belirtilmişti. Kural bu olmakla birlikte siyasi ifadenin nefret söylemi içermesi, onun ifade özgürlüğünün norm alanından yararlanmasını engellemektedir. Bunun sebebi siyasi düşüncelerin de (diğer düşünceler gibi) 17. maddeye uygun biçimde açığa vurulmasının gerekliliğidir.

³²² Lehideux and İsorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998, para. 47, 48, 54, 55- 58.

³²³ Yargıç Foighel, Loizou ve Sir John Hreeland'ın karşı oyu, Yargıç Morenilla'nın karşı oyu ve Yargıç Casdevall'ın karşı oyu, Lehideux and İsorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998.

³²⁴ Bkz. Grady v. France, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

Bu dönemde İHAS organlarının ele aldığı diğer nefret söylemi türü genelde ırkçı nefret söylemleri daha özeldir ise yabancı düşmanlığıdır. Bu ifade türüne ilişkin herhangi bir tanım yapmaktan kaçınan İHAK, 1970’li yıllardan itibaren kendisine yapılan başvuruları 17. madde çerçevesinde kabul edilemez bulmuştur.³²⁵ İHAK bu değerlendirmeyi yaparken 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğünün kullanımının bazı görev ve sorumluluklar yüklediğine dikkat çekmiş ve bu görev ve sorumlulukların 17. maddede daha somut bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir.³²⁶

Bu konuda İHAK’a yapılan ilk başvurulardan biri 1979 tarihli *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands* başvurusudur.³²⁷ Söz konusu başvuruda aşırı sağ bir siyasi parti üyesi olan başvurucular dağıttıkları “Beyaz Hollanda Halkı”na seslenen bildirimlerde Türk, Surinamlı ve diğer göçmen işçilerin sınırdışı edilmesini savunmakta ve destekledikleri siyasi partinin iktidara gelmesi halinde onun bu grupların Hollanda’yı terk etmesini sağlayacağını ifade etmektedir. Söz konusu bildirimlerin ırk ayrımcılığı yarattığı gerekçesiyle başvurucular mahkûm edilmiş ve başvurucuların yerel seçimlere katılmaları yasaklanmıştır. İHAK, başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasını kabul edilemez bulmuştur. İHAK’a göre 17. maddenin amacı totaliter toplumların, İHAS ile belirlenen ilkeleri kendi yararları yönünde kullanmalarını önlemektir. İlgili başvuruda ise beyaz olmayan tüm Hollandalıların, vatandaşlık, ikamet süresi, aile bağları veya sosyal, ekonomik, insancıl hiçbir değerlendirme yapılmadan sınır dışı edilmesi savunulmaktadır. İHAK’a göre bu tür ırkçı fikirlerin yayılması İHAS’ın 10. maddesinin kötüye kullanılması anlamına gelir ve bu türdeki düşünce açıklamaları ifade özgürlüğünden yararlanamaz.

Bununla birlikte bu dönemde yalnız ırksal nefret veya yabancı düşmanlığı değil, dinsel nefret içeren başvurular da İHAS organlarının önüne gelmiştir. Bu bağlamda bir inanç sistemini benimseyen herkesi terör eylemleriyle bağdaştıran bir ifadenin İHAS’ta korunan hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasağı gibi değerlerle

³²⁵ Örneğin bkz. *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, Appl. No. 12194/86, 12.05.1988; *Honsik v. Austria*, Appl. No. 25062/94, 18.10.1995; *Marais v. France*, Appl. No. 31159/96, 24.06.1996.

³²⁶ *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands*, Appl. No. 8348/78 8406/78, 11.10.1979.

³²⁷ *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands*, Appl. No. 8348/78 8406/78, 11.10.1979.

bağdaşmayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu tür bir ifade (10. madde çerçevesinde değil) doğrudan 17. madde kapsamında kabul edilemez bulunmuştur.³²⁸

Kimi kararlarda İHAK'ın 10. madde ile 17. maddeyi birlikte ele aldığı da görülmektedir. Bu şekilde yaptığı incelemede tartışmalı ifadeyi özgürlük alanı içerisinde gören İHAK sırasıyla taraf devlet tarafından yapılan bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin hukukiliği ve madde 10/2'de belirtilen meşru nedenlere uygunluğunu incelemektedir. Son ölçüt olan söz konusu ifadenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorunu ise 17. madde kapsamında ele almaktadır. Böylelikle 10. maddede korunan özgürlüğün 17. maddeye aykırı biçimde anlaşılacağı, ırk veya din ayrımcılığı gözetilen ifadelerin Sözleşmenin başlangıç hükümlerine aykırı olduğunu tekrarlayarak bu tür ifadelerin sınırlanmasının madde 10/2'de belirtilen demokratik toplum düzenine uygun olduğu sonucuna ulaşmaktadır.³²⁹ Yine de burada nefret söyleminin 10. madde kapsamında ele alındığı iddiasında bulunmak mümkün görünmemektedir. Bunun sebebi somut olayda hem 10/2'ye hem de 17. maddeye dayanılıyor gibi görünse de aslında 10. madde kapsamında karar verilirken 17. maddenin yol gösterici hüküm olma görevini sürdürmesidir.³³⁰

Gerek yazılı gerek görsel ve işitsel basın demokratik toplumda “kamu bekçiliği” (*public watchdog*) rolünü üstlendiği, dolayısıyla ifade özgürlüğü hakkından geniş ölçüde yararlandığı çalışmanın ilgili bölümünde belirtilmişti. Bu bağlamda ırkçı görüşlerin yazılı veya görsel- işitsel basında yayınlanmasının medyanın sorumluluğunu ne ölçüde doğuracağı sorunu da İHAM'ın önüne gelmiştir. Bu tür söylemler ile basın özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde nefret söylemi ile taraf devletin yaptığı müdahalenin orantılılığı yakından değerlendirilmekte ve basın özgürlüğünün korunması yönünde “ince ayarlanmış bir yaklaşım” benimsenmektedir.³³¹

³²⁸ Bkz. Norwood v. UK, Appl. No. 23131/03, 16.07.2003.

³²⁹ Bkz. Kühnen v. The Federal Republic of Germany, Appl. No. 12194/86, 12.05.1988.

³³⁰ David Keane, “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25, no. 4, Dec. 2007, s. 646.

³³¹ Harris- O'Boyle- Warbrick, *op. cit.*, s. 449.

Bu durumda nefret söyleminde bulunan konuşmacının sorumluluğu ile bu söylemi yayınlayan habercinin sorumluluğu arasında ayrıma gidilmektedir. Konuşmacının ifadelerinin 10. madde korumasından yararlanamayacağı kesin olmakla birlikte bunları kamuoyuna aktaran medyanın aynı ağır yükümlülük altına girmesi beklenmemelidir. Aksi durumda büyük bir baskı altında kalacak olan gazeteciler, haberciler görevlerini, yani kamusal ilgi uyandıran konularda düşünce ve bilgi iletimini gereği gibi yerine getiremeyecektir.³³²

Basın özgürlüğü ile nefret söyleminin karşı karşıya geldiği başvurulardan biri *Jersild v. Denmark*'tır.³³³ İHAM'a göre kamuoyunun bilgilenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında hassas bir dengenin tutturulması gerekmektedir. Bu dengenin tutturulması için medyanın nefret söylemi niteliğindeki ifadeleri yayınlarken sorumlu davranması, nefret söylemine maruz kalan kişilerin haklarının korunması amacıyla dengeleyici ifadelere yer vermesi, toplum içerisinde yayılan bu tür görüşleri kamuoyunun dikkatine sunmayı amaçlayarak hareket etmesi ve nefret söylemi niteliğindeki görüşlerin yayılmasını hedeflememesi gerekmektedir. Bu tür söylemleri yayınlayanlar, yukarıdaki ölçütleri dikkate aldıkları sürece ifade özgürlüğü korumasından yararlanabilmektedir.³³⁴

Bununla birlikte nefret söylemleri içeren ifadeleri yayınlayan habercinin ırk üstünlüğü ve ayrımcılığının veya diğer nefret söylemlerinin yayılmasının hukuksuzluğu, tehlikeleri ve ahlaksızlığına ilişkin açık eleştirilerde bulunması gerekmemektedir. Kamuoyunda süren bir tartışmaya katkıda bulunmayı amaçladığı, nefret propagandası yapmayı amaçlamadığı ve dengeleyici ifadeler kullandığı sürece bu kişiler 10. madde korumasından yararlanacaktır.³³⁵ Bu bağlamda İHAM'ın haberlerin ve olayların kamuoyuna aktarılmasına aracılık etmekle görevli basın mensuplarına oldukça geniş bir özgürlük alanı tanıdığı gerçeği yinelenabilir.

İHAM'ın bu yaklaşımı basın özgürlüğüne başkalarının haklarının korunmasının karşısında aşırı bir üstünlük tanıdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Jersild*

³³² Elif Küzeci, "AİHS'nin 10. maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", **TBB Dergisi**, S. 71, 2007, s. 194, 195.

³³³ *Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994.

³³⁴ *Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 31.

³³⁵ *Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 34.

kararındaki azınlık görüşüne göre özellikle ağır ırkçı söylemlerin yer aldığı yayınlarda bu görüşleri açıkça kınayıcı açıklamalar yapılması gerekir.³³⁶ Buna karşın İHAM'ın dengeli ve objektif haber vermenin metodları konusunda görüş bildirmekten kaçındığı görülmektedir. Çoğunluk görüşüne göre ise bu metodlar ilgili basın niteliğine göre değişmekte ve gazetecilerin bu metodlardan hangisini benimsemeleri gerektiği konusunda basının görüşleri yerine kendi görüşlerini koyması İHAM'a ya da ulusal mahkemelere düşmemektedir.³³⁷

Öte yandan medya organlarının özellikle siyasi çatışma ve gerilimlerde nefret söyleminin yayılmasına aracılık edebilecekleri göz önüne alındığında bu bağlamda ödev ve sorumlulukları olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte nefret söylemi, basın organları ilişkisini konu alan araştırmalarda özellikle ırkçılık söz konusu olduğunda medya organlarının ırkçılığın kamuoyunun dikkatine sunulması ve medyanın bu sorunun çözümü yönünde çaba göstermekten çok bu tür düşüncelerin yayılmasına yardımcı olduğu da belirtilmektedir.³³⁸

Sonuç olarak İHAM'ın nefret söylemi oluşturan ifadeleri bu dönemde adeta ayrı bir ifade türü olarak ele alıp bunların taraf devletlerce sınırlanmasına karşı yapılan başvuruları esasa girmeden açıkça dayanaksız olduğu ya da başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddettiği görülmektedir. Günümüzde ise konumuzla ilişkili olarak 17. madde, Holokost inkârı ve buna ilişkin tarihsel olguların inkârı gibi nadir olarak yalnızca “çok ciddi” görülen başvurularda doğrudan uygulanmaktadır. Bu istisna dışında ırkçı söylemler de dâhil olmak üzere tüm nefret söylemlerinde madde 10/2 kapsamındaki ilkeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır.³³⁹

³³⁶ Bkz. Yarığıç Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou'nun karşı oyu; Jersild v. Denmark.

³³⁷ Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 31.

³³⁸ Bkz. Teun A. van Dijk, “Racism, the Press and the Freedom of Expression: A Summary of Ten Thesis”, **Expert Seminar: Combating Racism While Respecting the Freedom of Expression**, ECRI, 2007, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/732>, 08.08.2015.

³³⁹ Keane, *op. cit.*, s. 641; Villiger, *op. cit.*, s. 322, 328.

B. NEFRET SÖYLEMİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İSTİSNASI OLARAK İNCELENMESİ

İHAM günümüzde nefret söylemine ilişkin başvuruları (Holokost inkârı dışında) 17. madde ile bağlantılı olarak incelememektedir. Bunun yerine taraf devletin nefret söylemine yaptığı müdahalenin İHAS'a uygunluğunu madde 10/2'de belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde ele almaktadır. Daha önce belirtildiği üzere sınırlama kavramı, norm alanı içerisinde kabul edilen bir hakkın kısıtlanması anlamına gelmektedir. Norm alanı dışında kabul edilen bir hakkın sınırlanması ise söz konusu olamaz. Buradan hareketle İHAM'ın nefret söylemine yapılan sınırlamanın Sözleşmeye uygunluğunu denetlemesi bu ifade türünü artık ifade özgürlüğünün norm alanı içerisinde gördüğü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla nefret söylemleri eski yaklaşımın aksine günümüzde "ifade" kabul edilmektedir. İHAM'ın günümüzde nefret söylemine ilişkin başvurularda 17. maddeye gitmekteki isteksizliği Sözleşmede korunan temel haklar hiyerarşisinde ifade özgürlüğünün konumunu güçlendirmektedir. Aşırı görüşler halen bir başvurunun kabul edilmemesine yol açabilmektedir; ancak bunlar da ifade özgürlüğünün bir parçası kabul edilerek içeriklerine ilişkin bir inceleme yapılmasını hak etmektedir. Böylelikle 17. maddenin keskin yaklaşımından kaçınılmaktadır.³⁴⁰ Holokost inkârını 17. madde kapsamında değerlendirmesi ise Holokost inkârına ilişkin söylemleri halen "ifade" olarak kabul etmediğini göstermektedir. Dolayısıyla bu söylem türü ifade özgürlüğünün norm alanı dışındadır.

Bu dönemde ırkçı nefret ve yabancı düşmanlığına ilişkin düşünce açıklamalarının yanı sıra dinsel nefret, terörün yüceltilmesi ve cinsel yönelime ilişkin nefret söylemleri³⁴¹ de İHAM'ın karşısına gelmiştir.

Önceki kararlarda da zaman zaman karşımıza çıkmakla birlikte bu dönemde şüphesiz iletişim araçlarının etkisinin artmasıyla, nefret söylemi sorununun gündelik yaşamın parçası haline gelmesi, bununla mücadelede uluslararası insan hakları araçlarının harekete geçmesine neden olmuştur. İHAM'ın son dönemde verdiği kararlarda ilgili insan hakları belgelerine referans verdiği gözlenmektedir. Bu

³⁴⁰ Villeger, *op. cit.*, s. 329.

³⁴¹ Bkz. *Vejdeland and others v. Sweden*, Appl. No. 1813/07, 09.02.2012.

çerçeve, 1966 tarihli MSHS veya yine aynı tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi'nin yanı sıra daha yeni tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin nefret söylemine ilişkin 1997 tarihli Tavsiye Kararı ile Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) raporlarına da referans verilmektedir.

Nefret söyleminin tanımlanmasında yukarıda belirtilen bu konuya ilişkin tavsiye kararında kabul edilen tanıma atıf yapıldığı görülmektedir.³⁴² Böylelikle hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yayan, teşvik eden, üreten ya da savunan her türlü ifade nefret söylemi kabul edilmektedir. İHAM bir ifadenin 10. madde kapsamında korunup korunmadığına karar verirken üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır. İlk olarak çekişmeli ifadenin içeriği incelenir. İkinci olarak kullanılan dilin hedef alınan gruba karşı nefret, düşmanlık veya reddetme duygularını uyandırma özelliğine sahip ya da yayılmaya uygun (*susceptible to instill*) olup olmadığı değerlendirilir.³⁴³ Diğer bir deyişle bu aşamada çekişmeli ifadenin toplumun üyelerini düşmanca ya da ayrımcı tutumlar takınmaya ikna edici bir eğiliminin olup olmadığı incelenir. Son aşamada, bu eğilimden yola çıkılarak ifadenin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığına karar verilir.³⁴⁴ Burada dikkati çeken bir nokta nefret söyleminin bastırılmasının haklı görülmesinde konuşmacının bu tür söyleme teşvik etme niyetinin varlığı değil, çekişmeli ifadenin zarar doğurmaya elverişli bir eğilime sahip olmasıdır.³⁴⁵

İHAM, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki değeri ile nefret propagandasının zararlı sonuçları arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Nefret söylemi iddiasıyla İHAM önüne gelen başvurularda müdahalenin genellikle madde 10/2'de belirtilen meşru sınırlama sebeplerinden “başkalarının haklarının korunması” ve “kamu düzeninin sağlanması” sebeplerine dayanılarak yapıldığı görülmektedir. İlk sınırlama sebebi söylemle hedef gösterilen grup üyelerinin karşı karşıya kalacağı bireysel zararlara ilişkindir. Belirli grupların aşağılanması, onların kişi onurunu ve

³⁴² Bkz. Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16. 7. 2009; Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/91, 04.12.2003.

³⁴³ Bkz. Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16. 7. 2009, para. 69; Le Pen c. France, Req. No. 18788/09, 20.04.2010.

³⁴⁴ Bkz. Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16. 7. 2009, para. 70, 71.

³⁴⁵ Stefan Sottiaux, “ ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 7, No. 1, 2011, s. 54.

güvenliğini zedeleyeceğinden bu tür ifadeler 10. madde korumasından yararlanmamalıdır.³⁴⁶

İkinci sınırlama sebebi olan “kamu düzeninin sağlanması” ise nefret söyleminin toplumun geneline yapacağı etkiye ilişkindir. Burada engellenmek istenen nefret dolu görüşlerin yayılmasıdır. Bunun sebebi ise bu tür görüşlerin yayılmasının toplumda düşmanlığa yol açması veya onu pekiştirmesi ve sonuçta düşmanca davranışlara, ayrımcılığa ve şiddete sebep olmasıdır. Böylelikle, hedef gösterilen grubun toplumdaki konumu hasar görebilmekte ya da toplumsal istikrar tehlikeye düşebilmektedir.³⁴⁷ İHAM’a göre yabancı düşmanlığı ve ayrımcı niteliklere sahip ifadeler özellikle “toplumun daha az bilgili kesiminin” yabancılara karşı güvensizlik, ret veya nefret hissiyatı geliştirmesine “kaçınılmaz” biçimde yol açmaktadır.³⁴⁸ Nefret ifadeleri, hedef gösterilen topluluğa karşı düşmanlık ve reddetme hissiyatlarını telkin etmeye yatkındır.³⁴⁹ Hatta İHAM’a göre nefret propagandası ile demokratik bir toplumdaki toplumsal barış ve siyasi istikrar arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır.³⁵⁰

İHAM’ın taraf devletin müdahalesinin demokratik toplumda gerekliliğini değerlendirirken yaptığı ayrıntılı inceleme dikkate değer görülmektedir. Bilindiği üzere madde 10/2 anlamındaki “gereklilik”ten kastedilen “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”ın varlığıdır. Söz konusu toplumsal ihtiyacın varlığını tespit etmede taraf devletlerin bir takdir alanına sahip olduğu daha önce belirtilmişti. Taraf devletin sahip olduğu özel koşullar, nefret söylemine müdahale etmedeki takdir alanını genişletebilmektedir. Özellikle ev sahibi ülkeye göçmenlerin yerleşmesi ve entegrasyonuna ilişkin sorunlar söz konusu olduğunda taraf devletin tarihsel, kültürel ve demografik özellikleri konusunda değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin Soulas and others v. France başvurusunda,³⁵¹ temel amacı Avrupa ile Müslüman uygarlıklarının uyumsuzluğunu ortaya koymak olduğu iddia edilen bir eserin içerdiği “genç göçmen kuşağın Fransız ırkçılığı”, “Avrupalı kadın tecavüzü ritüelleri”, “etnik savaş” gibi ifadeler sebebiyle sınırlanmasının İHAS’a uygunluğu,

³⁴⁶ Bkz. Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16. 7. 2009, para. 73.

³⁴⁷ Sottiaux, **op. cit.**, s. 47.

³⁴⁸ Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 69.

³⁴⁹ Le Pen c. France, Req. No. 18788/09, 20.04.2010.

³⁵⁰ Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 73.

³⁵¹ Soulas and others v. France, Appl. No.15948/03,10.07.2008.

Fransa'nın bu konuya ilişkin tarihsel, kültürel ve demografik özellikleri dikkate alınarak incelenmiştir. Bu bağlamda göçmen ve entegrasyon politikalarının yarattığı sorunlar çeşitlilik göstermekle birlikte, özellikle göçmen topluluk ile yerli halk arasındaki ortaya çıkabilecek sorunların ciddiyeti taraf devletlerin takdir yetkisinin genişlemesini haklı kılmaktadır.³⁵² Bunun yanında söz konusu başvuru konusu eserde yer alan “çözümün ancak etnik bir sivil savaş sonucunda geleceği” gibi ifadelerin saldırganlığa teşvik ediciliği ve başvuruculara uygulanan yaptırımın ölçülü olması neticesinde taraf devletin takdir yetkisini aşmadığına karar verilmiştir. Yine örneğin bağımsızlığını yeni kazanan ve ulusal azınlıklar ve toprak bütünlüğü konuları üzerinde toplumsal hassaslıkların sürdüğü bir bölgede taraf devletin bu hassasiyetlere yönelik nefret söylemlerine müdahale etmede nispeten geniş bir takdir alanına sahip olması mümkündür.³⁵³

Gerek siyasi gerek ekonomik sebeplerle göç politikalarının yeniden tartışmaya açıldığı ve terör eylemi korkusunun kendisini gösterdiği Avrupa'da, nefret söylemi konusunun dikkate değer bir önem kazandığı belirtilebilir. Özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarını takiben devletlerin terörün önlenmesine yönelik düzenlemelere giriştiği görülmektedir. Bu tür düzenlemelerin yapılmasının ifade özgürlüğünün koruma alanını daralttığı söylenebilir. Bu bağlamda örneğin Avrupa Konseyi'nin hazırladığı 16 Mayıs 2005 tarihli Terörün Önlenmesi Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemeleri terör suçunun işlenmesini alenen teşvik eyleminin önlenmesi yönünde taraf devletlerin tedbir almasını öngörmektedir. İlgili ifadeye müdahale edilebilmesi için, terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle sarf edilmiş olması ve ifadenin terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajı kamuoyuna yayması veya diğer yollarla erişilebilir hale getirmesi yeterlidir.³⁵⁴

Yukarıdaki yeni eğilimin İHAM'ın kararlarında etkisini gösterdiği ifade edilebilir. Hangi tür ifadelerin terörü teşvik eylemi oluşturacağı sorunu İHAM'ın önüne gelmiştir. Örneğin bu sorun, 11 Eylül saldırılarını takip eden günde toz bulutları içerisinde yıkılan yüksekçe dört binanın resmedildiği, altında ise “*Hepimiz hayal ettik... Hamas gerçekleştirdi*” sloganının yer aldığı karikatürün bu niteliğe

³⁵² Soulas and others v. France, Appl. No.15948/03,10.07.2008, para. 36, 38.

³⁵³ Bkz. Balsyte- Lideikiene v. Lithuania, Appl. No. 72596/01, 04.11.2008.

³⁵⁴ Bkz. Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No.: 196, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=1&NT=196>, 08.08.2015.

sahip olup olmadığı Leroy c. France başvurusunda³⁵⁵ tartışma konusu olmuştur. Başvurucu karikatürist amacının “Amerikan emperyalizminin yıkılışını resmetmek” olduğunu iddia ettiyse de esere ve ona eşlik eden metne bir bütün olarak bakıldığında İHAM’a göre eserin kendisi Amerikan emperyalizminin şiddet yoluyla ortadan kaldırılması fikrini desteklemekte ve yüceltmektedir. Özellikle Mahkemeye göre “Hepimiz hayal ettik” ifadesi 11 Eylül saldırılarını gerçekleştirdiği düşünülen kişilerle ahlaki bir dayanışma içerisinde olduğu izlenimini vermektedir.³⁵⁶ Bununla birlikte karikatürün altında yatan Amerikan emperyalizmini yıkma amacı İHAM’a göre örneğin ırkçılığın, antisemitizmin, islamofobinin kışkırtılması ve Holokost negasyonizminden farklı olarak temel hak ve özgürlükleri yıkma amacı gütmemektedir ve İHAS’ın başlangıcındaki temel değerlere doğrudan aykırı değildir.³⁵⁷ Dolayısıyla başvuru 17. madde uyarınca konu yönünden (*ratione materiae*) reddedilmemiş, 10. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Yayımlanan ifadenin şiddet teşvikinin yanı sıra 11 Eylül mağdurlarının haysiyetlerine zarar verdiği, onları rencide ettiği de İHAM tarafından tespit edilmiştir. Bu bağlamda kışkırtıcı ifadenin terör mağdurları üzerinde doğuracağı olumsuz psikolojik etki, konuşmacının ifadelerinin koruma alanını daraltacak bir ölçüt olarak benimsenmektedir. İfade özgürlüğünün korumasından daha fazla yararlanması gereken konuşmacı değildir. İfadenin mağduru, haysiyetine verilen zarar ve şiddet eylemlerinin övülmesinin kabul edilmezliği çerçevesinde korumaya ihtiyaç duymaktadır.

Öte yandan İHAM’ın değerlendirmesine göre ifadenin kendisinin şiddet eylemini teşvik ettiği ve mağdurların haysiyetini zedelediği durumlarda konuşmacının bu doğrultuda bir kastının olmaması da ifadenin korumadan yararlanmasını sağlamamaktadır. Konuşmacının niyeti değil ifadenin sarf edildiği dış koşulları da içine alan bir değerlendirme sonucunda ifadenin bağlamı onun içerdiği anlamın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. İHAM bu kapsamda ifadenin içeriği, yayınlanma tarihi, yayınlandığı bölgedeki koşullar ve yaptırımın ağırlığını dikkate

³⁵⁵ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008.

³⁵⁶ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 43.

³⁵⁷ Dirk Voorhoof, “European Court of Human Rights: Where is the ‘Chilling Effect’?”, s. 1, http://www.psw.ugent.be/Cms_global/uploads/publicaties/dv/05recente_publicaties/VOORHOOF.2008.LeroyDraft.6.10bis.pdf, 08.08.2015.

almaktadır.³⁵⁸ Tüm bu değerlendirmeler sonucunda müdahale Sözleşmeye uygun bulunmuştur.

İHAM'ın Leroy kararı olası otosansüre (*chilling effect*) kapı araladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu karardan hareketle yetkililer bağımsız ve eleştirel gazeteciliğe, dolayısıyla demokrasi ve çoğulculuğun kendisine gerçek tehdit oluşturacak önlemler alabilecektir. Öte yandan ifadenin siyasi ve sanatsal ifade olması, onun sınırlanmasında çok daha dikkatli olunmasını gerektirmektedir. Bir kimse ilgili karikatürü 11 Eylül saldırısının mağdurlarına yönelik uygunsuz ve saygısız olduğu için eleştirebilir. Buna karşın ilgili cezai müdahalenin İHAS'a uygun bulunması, bundan böyle karikatürist ve köşe yazarlarının gündemi yansıtır ve yorumlarken farklı açı ve perspektiflerden ele almalarını engelleyecek ve otosansüre gitmeleri riskini doğuracaktır.³⁵⁹

Siyasi ifadelerin kamusal tartışma ortamına yaptıkları katkı ve seçmenlerinin taleplerini temsil ettikleri göz önüne alındığında İHAM'ın bunlara oldukça geniş bir özgürlük alanından yararlanma izni verdiği görülmektedir.³⁶⁰ Buna karşın özellikle siyasetçilerin kamusal ifadelerinde hoşgörüsüzlüğü, ırkçılığı teşvik edici ifadelerden kaçınmaları gerekmektedir. Bunun sebebi ırksal, dinsel veya kültürel nefreti kışkırtan siyasi ifadelerin demokratik devletlerdeki toplumsal barışı ve siyasi istikrarı olumsuz etkileyeceğinin kabul edilmesidir. Yine “aşağılayıcı veya zarar verme kastıyla yapılan” davranışlar huzurlu toplumsal iklimle uyumsuz tepkileri toplumda kışkırtabilir ve demokratik kurumlara güveni zedeleyebilir. Bu sebeple İHAM siyasi partilere bu tür davranış ve söylemlerden kaçınma zorunluluğu yüklemektedir.³⁶¹

Nefret ifadelerinin yayıldığı vasıta ve bunların bağlamı kamu düzenine ve ilgili sosyal gruba yapacakları olası etki taraf devletin müdahalesini haklılaştırma bakımından önemlidir. Örneğin bir seçim kampanyası sırasında dağıtılan el ilanları, en yüksek sayıda seçmene, dolayısıyla halkın neredeyse tamamına ulaşmayı amaçlar. Siyasi partilerin seçmenlerin dikkatini çekmek için ifade özgürlüğünden geniş ölçüde

³⁵⁸ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 38, 43.

³⁵⁹ Voorhoof, **op. cit.**, s. 2.

³⁶⁰ Bkz. Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992; Jerusalem v. Austria, Appl. No. 26958/95, 27.02.2001.

³⁶¹ Erbakan v. Turkey, Appl. No. 59405/00, 06.07.2006, para. 64.

yararlanmaları gerektiği göz önüne alındığında, ırkçı veya yabancı düşmanlığı içeren söylemler söz konusu olduğunda, makul argümanların yerine sabit, sloganvari, basmakalıp ifadelerin öne çıktığı görülmektedir. Bu ise hoşgörüsüzlüğün ve nefretin daha hızlı yayılmasına yol açmaktadır.³⁶²

İHAM'ın Holokost inkârına ilişkin sürdürdüğü kesin tavır çalışmanın ilgili kısmında açıklanmıştı. Buna karşın diğer inkâr açıklamalarında yukarıdaki tutumdan kaçınılmaktadır. Yakın tarihte, İHAM'ın önüne gelen Perinçek v. Switzerland başvurusunda³⁶³ yapılan değerlendirme Holokost ile diğer inkâr söylemlerini karşılaştırma olanağı sunmaktadır. Söz konusu başvuruda çekişmeli ifade, Osmanlı Devleti'nin 1915 ve devamındaki yıllarda Ermeni halkına soykırımda bulunduğuunun reddedilmesi ve bu iddianın “uluslararası bir yalan” olarak nitelenmesidir.

İHAM başvuruyu Holokost inkârı başvurularının aksine 17. madde kapsamında incelemeyeceğini belirtmiş, bunu yaparken bazı gerekçeler sunmuştur. İlk olarak İHAM'a göre çekişmeli ifade esas olarak “soykırım” nitelenmesine karşı çıkmaktadır. Söz konusu tarihlere yaşanan olayların yasal tanımlanmasına karşı çıkılması ifadenin tek başına Ermeni topluluğuna yönelik bir nefret söylemi olarak nitelendirilmesine yol açmamalıdır. Ayrıca “uluslararası bir yalan” nitelenmesi kışkırtıcı kabul edilse bile 10. maddenin kışkırtıcı ve rahatsız edici ifadeleri de koruduğu kabul edilmektedir. Sonuç olarak İHAS'ın metnine ve ruhuna aykırılık taşımayan bu ifadenin 17. madde çerçevesinde ele alınmasına gerek görülmemiştir.³⁶⁴

İHAM müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken birtakım koşulları incelemiştir. Bir kere, tarihsel gerçeklerin araştırılması ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bununla birlikte tarihçilerin de henüz uzlaşmaya varamadığı konuları çözüme kavuşturmak Mahkemenin görevi değildir. Öte yandan konuşmacı siyasi bir figür ve hukukçu olmanın yanında kendi tanımlanmasına göre tarihçi ve yazardır. İfadelerinin siyasi, hukuki ve tarihsel niteliğinin bulunduğu kabul edilmelidir. Yine 1915 ve devamındaki olaylar süregelen bir tarihsel tartışmanın konusu olmayı sürdürmektedir. Tüm bu şartlar birlikte düşünüldüğünde özellikle başvurucunun ifadelerinin sarfedilmesinin kamusal

³⁶² Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 73, 76, 77.

³⁶³ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013.

³⁶⁴ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 52- 54.

tartışma ortamına sağlayacağı katkı göz önüne alındığında taraf devletin takdir alanı daralmaktadır.

Öte yandan İHAM söz konusu tarihlere yaşananların hukuki niteliğinin soykırım olarak kabul edilmesine ilişkin bir Avrupa konsensüsünün de bulunmadığının altını çizmiştir. Başvurunun incelendiği tarihte yüz doksan devletten yalnız yirmisinin Ermeni Soykırımını hukuki olarak tanıdığı dikkate alındığında, Taraf devletin iddia ettiğinin aksine yaşanan tarihsel olayların “soykırım” olarak nitelendiği yönünde bir Avrupa konsensüsü bulunmamaktadır. Öte yandan tarih araştırmalarının tartışmalarla ilerlediği göz önüne alındığında bu gibi konularda özellikle akademik bir konsensüse ulaşılabileceği şüphelidir.³⁶⁵

Ermeni Soykırımını hukuki olarak tanıyan devletlerin sayıca azlığının yanı sıra bu Soykırımını tanıyan devletlerin büyük bir kısmının da söz konusu soykırımın inkârını cezalandırıcı düzenlemelere gitmediği görülmektedir. Dolayısıyla soykırımını tanıyan devletlerin bunun inkârını cezalandırıcı bir düzenleme yapma yönünde “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” hissetmediği belirtilebilir.³⁶⁶ Bu konudaki genel eğilime karşın taraf devletin soykırım inkârını cezalandırıcı bir düzenlemeye sahip olması, onun diğer devletlere kıyasla bu konuda daha yüksek bir toplumsal gereksinime mi sahip olduğu sorusuna yol açmaktadır. Ne var ki diğer devletlere kıyasla bu konuda daha yüksek toplumsal ihtiyacın varlığı taraf devlet tarafından ispatlanamamıştır.

İHAM’a göre tarihsel olaylar hakkında görüş açıklamalarının bu şekilde yasaklanması kişilerin eleştirel görüşlerini ifade etmekten kaçınmaları sonucunu doğurabilecektir. Böyle yasaklamalar bireylerin tartışmalı konularda kamusal tartışma ortamına katkıda bulunmalarını engelleyebilecektir. Taraf devlet başvuruda sınırlı takdir yetkisini aşarak 10. maddeyi ihlal etmiştir.³⁶⁷

İHAM, Perinçek başvurusundaki ifade ile Holokost inkârına ilişkin içtihatlarında ayırma gitmiştir. Bir kere Holokost inkârına ilişkin başvurularda

³⁶⁵ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 111- 117.

³⁶⁶ Örneğin Fransa ve İspanya devletleri de Ermeni Soykırımını inkârını yaptırımı bağlayan düzenlemelere gitmiş, ancak bunlar taraf devletlerin Anayasa Mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir. Bkz. Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 31-38.

³⁶⁷ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 127- 129.

başvurucular suçun taraf devletteki hukuki nitelemesine itiraz etmemektedir. Buna karşın gaz odalarının varlığı gibi gerçekliği tartışma götürmeyen tarihsel olguları inkâr etmektedir.³⁶⁸ Oysa söz konusu başvuruda 1915 ve sonrasında yaşanan tarihsel olgular değil bunların nitelemesi reddedilmektedir. İkinci olarak Nazi rejimi sırasında işlendiği inkâr edilen suçlar açık hukuki temellere dayanarak mahkûm edilmişti.³⁶⁹ Üçüncü olarak başvuruçuların Holokost ile ilgili inkâr ettikleri olayların gerçekliği uluslararası mahkemelerce saptanmıştı. Öte yandan günümüzde Holokost inkârının temel amacı antisemitizmin yayılmasına aracılık etmek iken başvuruçunun ifadesini nefret veya şiddete teşvik edici ifade olarak nitelemek mümkün değildir.³⁷⁰

Karar çelişkili ifadeler içermesi sebebiyle doktrinde eleştirilmiştir. Kararda Ermeni soykırımının çok sayıda devlet tarafından tanınmadığı için taraf devletin soykırımı inkâr eden ifadeye müdahale etmedeki takdir alanının daraldığından bahsedilmektedir. Bununla birlikte aynı kararda soykırımın tanınması ile bunun inkârının cezalandırılması sonucunu doğurmayacağı da belirtilmektedir.³⁷¹ Öte yandan İHAM bu konuda akademik herhangi bir konsensüse ulaşılabacağına şüpheyle bakmaktadır. Aynı akıl yürütme yöntemiyle bu gibi konularda akademik konsensüse ulaşmak mümkün değilse Holokost inkârının cezalandırılması ya da genel olarak “hafıza yasaları”nın meşrulaştırılmasında aynı sorunun ortaya çıkmaması için bir sebep görülmemektedir. Öte yandan soykırımın “uluslararası bir yalan” olarak nitelenmesi ile soykırım mağdurları da yalancı olarak nitelenebilmektedir. Tüm bunların yanında başvuruçunun çekişmeli ifadesinin bir bölümünde, kendisini, ilgili tarihlerde yaşanan olayların sorumlusu kabul edilen Talat Paşa ile karşılaştırdığı görülmektedir. Buna karşın İHAM, ifadenin bu kısmı üzerinde durmamıştır. İfade bu yönüyle değerlendirildiğinde onun tarihsel gerçeğe ulaşmaya çalışan akademik bir çalışma olarak nitelenmesi oldukça şüphelidir.³⁷²

Öte yandan çalışmanın bir önceki bölümünde İHAM’ın “açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçekler” ile “tartışma konusu olmayı sürdüren tarihsel olaylar” hakkında

³⁶⁸ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 117.

³⁶⁹ Bkz. 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşmasına ekli (Nürnberg) Uluslararası Ceza Mahkemesi Şartı madde 6/(c).

³⁷⁰ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 117, 119.

³⁷¹ Bkz. Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 123.

³⁷² James Welch, “Case and Comment: Selected decisions from the ECHR from November 2013 to December 2013”, *European Human Rights Law Review*, Issue: 2, 2014, s. 209, 210.

ayırma gittiği ve bu ayırımın ilkinin içerdiği belirsizlik sebebiyle eleştirildiği açıklanmıştı. Bu eleştiriler iki noktada düğümlenmektedir. İlk olarak İHAM'ın bu ifadenin kapsamını nereye kadar genişleteceği ve tarihsel olaylardan hangilerinin inkârını ya da önemsizleştirilmesini özgürlük alanının dışına taşıyacağı belirsizdir. Ayrıca eylemin hukuki nitelemesi yani soykırım olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıkması halinde ne yönde davranılacağı sorusu gündeme gelecektir.³⁷³ Perinçek kararında İHAM, niteleme bakımından bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünden yana tavır takınmış görünmektedir. Bununla birlikte bu konuda kesin bir yargıya varmak için henüz erkendir. İfade özgürlüğünün taşıdığı önem doğrultusunda “herkesi ve her şeyi kapsayan” bir yaklaşım yerine, söylemin söz konusu zulmün hayatta kalan mağdurları ve onların aileleri üzerindeki etkisinin her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi biçiminde özel bir bağlamsal analiz yapılması doktrinde tavsiye edilmektedir.³⁷⁴

Sonuç olarak İHAM günümüzde nefret söylemine ilişkin olarak yapılan başvurularda taraf devletin müdahalesini madde 10/2 kapsamında incelemekte, bunu yaparken de başvuruya ilişkin müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken taraf devletin tarihsel, kültürel, demografik özelliklerini göz önünde bulundurmaktadır. Nefret söylemiyle hedef alınan grubun karşı karşıya kalacağı bireysel zararlar ile söylemin toplumsal barışa ve siyasi istikrara getireceği olumsuz etki de dikkate alınmaktadır.

Başvuruların büyük bir bölümünde taraf devletin müdahalesi ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturmamaktadır. İHAM'a göre bu söylem türünün toplumdaki belirli grupların güvenlik ve kişi onurlarına zarar verici özelliği, kamu makamlarına onlarla mücadele etme hakkı tanımaktadır. İHAM'ın bu tutumu Yüksek Mahkeme'nin bir dönem uyguladığı “zararlı eğilim” ölçütünü andırmaktadır. Mahkeme yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere her bir somut olayda bu tür ifadelerin gerçekten kamu düzenini ya da başkalarının haklarını zedelediğini ya da bu doğrultuda bir tehlike yaratıp yaratmadığını araştırmamaktadır. İfadeyi soyut olarak tehlikeli görmekte, somut olayda kamu düzenini ne ölçüde bozduğu dikkate alınmaksızın sınırlamayı taraf devletin takdir yetkisinde kabul etmektedir.

³⁷³ Bkz. Harris, O'Boyle, Warbrick, **op. cit.**, s. 624, 625.

³⁷⁴ **Loc. cit.**

Somut olaya ilişkin bir değerlendirme yapılmaması gerçek anlamda kamu düzenini bozan ve başkalarının haklarını zedeleyen ifade ile bu özelliklere sahip olmayan ifadelerin ayrıştırılmasını güçleştirmektedir. İHAM, bir ifadenin nefrete tahrik edip etmediğini değerlendirirken ifadenin içeriğinden hareket etmektedir. İfadenin içeriğinin nefrete teşvik yönünde zararlı bir eğilim yaratması ona müdahale edilmesini meşru kılmaktadır. Konuşmacının nefrete tahrik etme gibi bir kastının olup olmadığı ayrıca araştırılmamaktadır. Nefret söylemine müdahaleyi İHAS'a uygun bulurken kasıtlı tahrik değil, çekişmeli ifadenin zararlı eğilimi dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla düşünce açıklamasında bulunan kişinin nefrete tahrik amacı bulunmasa dahi, ifadenin bağlamının zararlı eğilim oluşturduğu, başkalarının hakları veya kamu güvenliği gibi meşru amaçları tehlikeye düşürme eğiliminde olduğu için, müdahaleye uğrayabilecektir.³⁷⁵ Yukarıda incelenen Leroy kararı bu soruna örnek olarak gösterilebilir. İHAM söz konusu kararda başvurucunun teröre tahrik gibi bir amacı olmadığını bizzat kabul etmiş³⁷⁶, ancak buna rağmen karikatürün kendisini tahrike elverişli bulmuştu.

İfadenin somut olayda nefrete tahrik etmeye gerçekten elverişli olup olmadığının kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulmaması sonucunda, somut koşullar altında madde 10/2'de belirtilen kamu düzenini bozmaya veya başkalarının haklarını ihlal etmeye aslında hiç de elverişli olmayan ifadelerin sınırlandırılması mümkün hale gelmektedir. Bu sorunun çözümü ifadenin bağlamı üzerine yapılacak daha kapsamlı bir incelemeyle aşılabılır. İlk olarak ifadenin eğiliminin yanı sıra konuşmacının eğilimi de dikkate alınmalıdır. Bunun için de bir takım dış unsurların göz önüne alınması gerekir. İfadeye ilişkin çok yönlü bir değerlendirme yapılması hem konuşmacının niyetinin açığa çıkmasını sağlar hem de kullanılan ifadelerin anlamının ve ifadenin kamu düzenine olası etkisinin ortaya konmasını kolaylaştırır. Bu aşamada İHAM şiddete teşvik eden ifadelere uyguladığı değerlendirme ölçütüne benzer bir ölçüt geliştirebilir. Böylelikle ifadeyi sarfeden kişinin toplumsal konumu, ifadenin sarfedildiği yer ve zaman ile ifadenin sarfedildiği araç gibi dış unsurları

³⁷⁵ Sottiaux, **op. cit.**, s. 57, 58.

³⁷⁶ Bkz. Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 38.

dikkate alınarak somut olayda gerçekten ifadenin nefrete tahrik edip etmediği anlaşılacaktır.³⁷⁷

Yakın tarihteki içtihadında İHAM'ın farklı bir yöntem izlediği görülmektedir. 2012 tarihli Fáber v. Hungary başvurusu³⁷⁸ bu bağlamda incelemeye değerdir. Başvuru, ırkçılık ve nefrete karşı düzenlenen protesto gösterisi sırasında, gösteriye tepki olarak düzenlenen karşıt gösteride toplumun bir kesimi tarafından ülkede gerçekleşen Yahudi Soykırımı ile özdeşleştirilen (ancak) aynı zamanda Macaristan'ın tarihi bayraklarından biri olan çizgili Arpad bayrağının sergilenmesinin ifade özgürlüğü korumasından ne ölçüde yararlanacağı sorununa ilişkindir. İki gösterinin yapıldığı mekân, 1940'lı yıllarda Yahudilerin katledildiği bölgelerden biri olması bakımından ayrıca önemlidir. İHAM'ın başvurusunun bu eyleminin yaptırımı uğramasını 11. madde ışığında 10. madde ihlali oluşturduğunu tespit ederken yaptığı değerlendirme oldukça ilginçtir.

İHAM, ilk defa nefret söylemine ilişkin bir kararında açık ve mevcut tehlike ölçütünün nefret söylemine uygulandığı kararlara atıf yapmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından Virginia ve Snyder kararlarını referans göstermiştir. Söz konusu kararlarda “nefret sembollerinin” de ifade özgürlüğü kategorisinde yer aldığı ve bunların ancak konuşmacının yöneldiği kişi ya da grupların vücut bütünlüğüne zarar verme kastı ile hareket ettiği ve somut olayda bu anlamda “gerçek tehdit” oluşturabildiği durumlarda sınırlanabileceği belirtilmektedir.³⁷⁹

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini inceleyen İHAM, söz konusu olayda ırkçılık karşıtı gösteri yapanların haklarının da tepki gösterisini yapanların haklarının da korunması gerektiğinin altını çizmiştir. İki grubun hakları arasında denge tutturulmasının gerekliliği ancak şiddet tehdidinin varlığı durumunda söz konusu olmalıdır. Diğer durumlarda iki gösterici grubunun da 11. madde kapsamında toplantı özgürlüğü korunmalıdır.³⁸⁰ Bununla birlikte ilgili bayrağın gösterilmesinin provakatif olduğu kabul edilse bile bu eylem *prima facie* ifade özgürlüğünün bir parçası olmayı sürdürmektedir. İHAM, sınırlamanın İHAS'a uygunluğunu ifadenin

³⁷⁷ Sottiaux, **op. cit.**, s. 60, 61

³⁷⁸ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07 2012.

³⁷⁹ Bkz. Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07 2012, para. 18.

³⁸⁰ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07 2012, para. 42, 43.

sarfedildiği somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirmiştir. İlgili bayrağın günümüzde yabancı düşmanlığı eylemleriyle tanınan aşırı sağcılar tarafından yaygın olarak kullanıldığı göz önüne alındığında, somut olayda başvuruçunun bayrağı ırkçılık karşıtı gösteriye karşı, siyasi düşüncesini yansıtmak amacıyla sergilediği düşünülebilir. Bazı göstericilerin bayrağın sergilenmesinden rahatsız olduğu anlaşılmalı birlikte, iki tarafın da kamu düzenini bozucu herhangi bir eyleme yöneldiği görülmemiştir.³⁸¹

Bayrağın somut olayda tarihsel bir sembol mü yoksa ırkçılık sembolü olarak mı teşhir edildiğinin saptanabilmesi için ifadenin bağlamının anlaşılması; bunun için de onun sarfedildiği yer ve zamanlamasının incelenmesi gerekmektedir. Irkçılık karşıtı bir gösteri sırasında ve zamanında Holokost'un gerçekleştiği yerde ifadenin sarfedildiği görülmektedir. Söz konusu ifade göstericiler bakımından suçlayıcı, şok edici hatta faşist olarak nitelenebilse de ifadenin bu özellikleri onun sınırlanmasını tek başına haklı kılmamaktadır. İfadenin düşmanlık hatta hakaret içermesi onun madde 10/2 bağlamında sınırlanması için yeterli değildir. Bunun için yukarıdaki koşulların yanı sıra ifadenin tehdit edici olması veya belirli kişilere yönelik düşmanlık yayıcı biçimde şiddete tahrik etmesi gerekmektedir. Tehdit veya tahrik edici niteliğe sahip olmayan bu ifadeye müdahale edilmesi zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç oluşturmamaktadır. İlgili bayrağın Macaristan'daki totaliter rejim tarafından kullanılmış olması rejim mağdurları ve onların yakınlarına saygısızlık biçiminde algılanabilir. Buna karşın bu tür hissiyatlar ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini tek başına haklı kılmamalıdır.³⁸²

İHAM'ın yukarıdaki kararda yaptığı değerlendirme oldukça şaşırtıcıdır. Bir kere karara göre bir ifadenin düşmanlık yayıyor olması, toplumdaki kişiler tarafından şok edici, saygısız bir söylem olarak nitelenmesi onun sınırlanması için tek başına yeterli bir sebep oluşturmamaktadır. Düşmanlık içeren ifadenin sınırlanabilmesi için ifade belirli kişilere yönelik düşmanlık içermeli ya da yayıcı biçimde şiddete tahrik etmelidir. Aksi halde sınırlamayı meşru kılan zorlayıcı toplumsal ihtiyaç doğmamaktadır. İfadenin özelliklerinin belirlenmesinde ifadenin sarfedildiği yer ve zaman da dikkate alınmalıdır. Tüm bu özellikler göz önüne alındığında, İHAM'ın bu

³⁸¹ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07 2012, para. 52, 53.

³⁸² Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07 2012, para. 55- 57.

kararla nefret söylemine ilişkin içtihadında izlediği zararlı eğilim benzeri ölçütü terkettiği izlenimi doğmaktadır.

Yine de Fáber kararından yola çıkarak İHAM'ın yaklaşımının tamamen değiştiği ve örneğin açık ve mevcut tehlike ölçütüne yaklaştığı savunulamamaktadır. Kararın son kısımlarında bağlam bakımından belirsiz bir sembolün kitlesel katliamların gerçekleştiği bölgede teşhir edilmesinin belirli koşullarda bu katliamların faileri ile özdeşleşme anlamına gelebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle korunan ifadeye her zaman ve her yerde eşit olarak müsaade edilebileceği sonucu çıkarılamaz. Bu çerçevede travmatik tarihsel geçmişe sahip ülkelerde katliamların yaşandığı yerlerde anma günlerinin düzenlendiği zamanlarda karşıt gösterilerin yapılması yasaklanabilir. Aynı şekilde, zaman ve mekân dikkate alınarak ifadenin bağlamının savaş suçlarını, insanlığa karşı suçları ya da soykırımı yücelttiği anlamı çıkarılıyorsa somut olayda özgürlüğe müdahale edilebilir. Yine bir ifadenin bağlamından totaliter rejim mağdurlarını aşağıladığı sonucu çıkarılıyorsa, o ifade 17. madde kapsamında dahi değerlendirilebilecektir.³⁸³ Yapılan bu değerlendirme ile İHAM'ın önceki içtihadını değiştirmeye hevesli olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim aynı yıl verdiği başka bir kararda nefrete tahrik edici ifadenin şiddete veya diğer suç teşkil eden eylemlere çağrıda bulunma şartına bağlı olmadığını belirtmiştir. Aşağılama yoluyla kişilere saldırma, bir toplumsal grubu karalama veya onlarla dalga geçme ifade özgürlüğünün getirdiği sorumluluklara uygun davranmamak anlamına gelmektedir ve ulusal yetkililer ırkçı veya diğer nefret söylemleriyle mücadele adına bu tür söylemlere müdahale edebilir.³⁸⁴

³⁸³ Bkz. Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07.2012, para. 58.

³⁸⁴ Vejdeland and others v. Sweden, Appl. No. 1813/07, 09.02.2012, para. 55.

SONUÇ

18. yüzyılda Aydınlanma Çağı sürecinde gelişen ifade özgürlüğü kavramı; düşüncelere ulaşabilme, bunlardan ötürü kınanmama ve bunları serbestçe yayabilme haklarını içermektedir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan uluslararası mekanizmaların hazırladığı insan hakları belgeleriyle pozitif hukukta evrensel bir norm halini alan bu özgürlüğün en geniş biçimi inanç özgürlüğünün yanı sıra gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsamaktadır. Söz konusu özgürlük, siyaset felsefesinde kabaca bu özgürlüğü gerçeğe ulaşmada veya demokratik yönetimi sağlamada sunacağı katkıdan ötürü değerli gören, yani onu bir ölçüde araçsallaştıran yaklaşımlar ile onu kendiliğinden bir iyi olarak kabul eden veya onu bireyin kendisini gerçekleştirmesinin ayrılmaz bir parçası olarak gören yaklaşımlarla temellendirilmiştir. Bu yaklaşımların pozitif hukuktaki etkisine ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM içtihadında rastlamak mümkündür.

Nefret söylemi düzenlemeleri tarihsel olarak Avrupa devletleri ve ABD’de farklı biçimde gelişmiştir. Avrupa’da bu gelişim başlangıçta İngiliz teamül hukukunda yaptırıma bağlanan isyana teşvik yasaları, 19. yüzyıla gelindiğinde ise genel olarak Avrupa devletlerinin hemen tümünde sosyalist propagandayı servete dayalı nefret propagandası yaptığı gerekçesiyle yaptırıma bağlayan düzenlemeler biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Sosyalist propaganda özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında ABD’de de yaptırıma bağlanmakla birlikte burada 19. yüzyıl Avrupası’ndan farklı olarak ırk eşitliğini sağlamaya yönelik federal düzenlemelerin varlığı da göze çarpmaktadır. İki sistem arasındaki esas farklılaşma ise Avrupa’daki totaliter rejim deneyimlerinin bir sonucu olarak İkinci Dünya Savaşı’nı takiben gerçekleşmiştir. Bu dönemde Avrupa’da ırkçı söylemler ile sosyalizm propagandası yapan ifadeler birbirinden kategorik olarak ayrılmış, sosyalist tehdidin ortadan kalktığı kanaatine varıldığı noktada bunun propagandasını yapan ifadeler koruma alanından yararlanmış; buna karşın ırkçı söylemler bu alanın dışında tutulmaya devam etmiştir. ABD’de ise her iki ifade türü genel olarak tek bir kategoride, hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler kategorisinde değerlendirilmiş, tarihsel süreçte

herhangi bir ayrışma yaşanmamıştır. Böylelikle başlangıçta her iki ifade türünün sınırlanması Birinci Değişiklik bakımından bir sorun oluşturmazken ifade özgürlüğüne ilişkin özgürlükçü yorumlar geliştikçe sosyalizm propagandasının yanı sıra kendilerine ilişkin özel bir düzenlemenin yokluğu sebebiyle nefret söylemleri de aynı korumadan yararlanmaya başlamıştır.

İlk olarak 1980’li yıllarda Amerikan öğretisine giren nefret söylemi kavramının pozitif hukukta veya öğretilerde evrensel olarak kabul gören bir tanımı halen bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin nefret söylemine ilişkin tavsiye kararı uyarınca bu kavram; ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık biçiminde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsamaktadır. Kavram zaman zaman nefret suçu kavramı ile karıştırılabilir de esasen iki kavram birbirinden bariz biçimde farklıdır. Nefret suçunda fail tarafından gerçekleştirilen ceza hukukuna göre suç olarak düzenlenen bir fiil bulunmaktadır. Bu fiilin bir gruba yönelik önyargı ile işlenmesi onu nefret suçu haline getirmektedir. Nefret söyleminde ise bir gruba yönelik düşmanca ifadeler yaptırıma bağlanmaktadır.

İfade özgürlüğü uluslararası insan hakları mekanizmalarının tamamı tarafından korunurken nefret söylemini açıkça yasaklayan bağlayıcı veya tavsiye niteliği taşıyan metinlerin oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Yine de ifade özgürlüğünü koruyan uluslararası belgelerin tümünün nefret söylemini özgürlüğün istisnası biçiminde değerlendirdiği kabul edilmektedir. Diğer bir söylemle ifade özgürlüğünü koruyan belgelerde bu özgürlük ile nefret söylemi arasında bir çatışma genel olarak söz konusu değildir, taraf devletler nefret söylemlerine müdahale konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu söylem türünü açıkça yasaklayan metinlerin ise genellikle ırksal, dini ya da ulusal nefret söylemleriyle mücadele etmeyi amaçladığı göze çarpmaktadır. Yine de istisnai olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin yukarıda açıklanan tavsiye kararında (homofobik, cinsiyetçi vb.) diğer nefret söylemi türlerinin de bu kavram kapsamında değerlendirilmesine kapı aralanmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM içtihadında ifade özgürlüğünün koruma alanı karşılaştırmalı olarak incelendiğinde bunların birtakım genel ortak özelliklere sahip oldukları görülmektedir. Bir kere her iki Mahkeme de sansürün yanı sıra özgürlüğü ifade sarf edildikten sonra maruz kalınan müdahalelere karşı korumaktadır. İkinci olarak norm alanı içerisinde görülen ifade türleri oldukça çeşitlidir. Siyasal, akademik, sanatsal ve ticari ifadeler her iki Mahkeme tarafından korunmaktadır. Bununla birlikte siyasal ifadelerin diğer ifade türlerinden daha geniş bir korumaya sahip olduğu da kabul edilmektedir. Yine her iki mahkemenin içtihadı ifade özgürlüğünün olumsuz edimi olan sessiz kalma hakkını da korumaktadır. Salt ifadelerin yanı sıra iletişimsel eylemler ve sembolik ifadeler de norm alanı içerisinde yer almaktadır. Her iki Mahkeme de ifade özgürlüğünün çarpıcı, rahatsız edici haber ve görüşleri koruduğunu kabul etmektedir.

Her iki içtihat değerlendirildiğinde ifade özgürlüğünün koruma alanı bakımından birtakım farklılıklar da ilk bakışta ortaya çıkmaktadır. Bunlardan belki de en önemlisi Yüksek Mahkeme içtihadında ifade özgürlüğünün korunması bakımından herhangi bir pozitif yükümlülüğün kabul edilmemesidir. Birinci Değişiklik kamu makamlarına yalnızca özgürlüğe müdahale etmeme yükümlülüğünü getirmektedir. Oysa İHAM'a göre bu özgürlüğün gerçek ve etkili korunması ayrıca kamu makamlarının koruyucu tedbirler almasını gerektirmektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi ifade özgürlüğünün sınırlanmasının Birinci Değişiklik'e uygunluğunu incelerken ifade kategorileri bakımından bir ayrıma gitmekte, bu kategorilerdeki ifadelerin daha düşük bir korumadan yararlandığını kabul etmektedir. Bunlardan nefret söylemi konusuyla doğrudan bağlantılı olanı hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadelerdir. Bu tür ifadelere yapılan müdahalenin anayasaya uygunluğu zararlı eğilim ölçütü ile açık ve mevcut tehlike ölçütü vasıtasıyla denetlenmiştir. Zararlı eğilim ölçütü, soyut zarar tehlikesinin bastırılmasını meşrulaştırırken açık ve mevcut tehlike ölçütü ifadenin sınırlanabilmesini, onun yakın bir zararı doğurmaya veya kışkırtmaya yönelmiş olması ve onun bu zararı doğurmaya elverişli olması koşullarına bağlamakta; böylelikle hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler geniş bir korumadan yararlanmaktadır. Bunun yanında Yüksek Mahkeme sınırlayıcı düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygunluğunu denetlerken düzenlemenin kendisine ilişkin birtakım

ölçütler geliştirmiştir. İfadenin iletişimsel yönüne ilişkin olmayan düzenlemeler orta ölçekli denetime tabi tutulurken, ifadenin iletişimsel yönüne diğer bir söylemle içeriğine ilişkin yapılan düzenlemeler katı denetime tabi tutulmaktadır. Yüksek Mahkeme içeriğe müdahale eden düzenlemeleri çeşitli gruplara ayırmaktadır. Bunlardan ilk grup yasa koyucunun beğendiği görüşleri serbest bıraktığı, beğenmediklerini sınırladığı düzenlemeler yani bakış açısı ayrımcılığı yaptığı düzenlemelerdir. Yüksek Mahkeme bu tür bir düzenlemenin anayasaya doğrudan aykırı olacağı görüşündedir. Bir başka grup ise düşük korumadan yararlanan ifade kategorilerinde içerik ayrımcılığı yapılmasıdır. Yüksek Mahkeme bakış açısı ayrımcılığı noktasına varmadığı sürece içerik ayrımcılığını Birinci Değişiklik'e uygun bulmaktadır. Son ayırım düşük korumadan yararlanan ifadeler dışındaki ifade türleri üzerinde konu sınırlaması yapılmasıdır. Yüksek Mahkeme konu sınırlamasını katı denetim kapsamında ele almaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin aksine norm temelli değil olay temelli bir denetim yapan İHAM ise önüne gelen somut olayda ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin İHAS'a uygunluğunu denetlemektedir. Mahkeme bu denetimi yaparken temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü hallerde askıya alınmasını düzenleyen 15. madde, hakların kötüye kullanımını yasaklayan 17. madde ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasını düzenleyen 10. maddenin ikinci fıkrasını dikkate almaktadır. 10. maddenin 2. fıkrasına göre ilgili özgürlüğe yapılan müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, 2. fıkra da sayılan meşru amaçları izlemesi ve son olarak demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Gereklilik kavramı, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığına cevap vermesi ve öngörülen meşru amaçla orantılı bir ilişki içinde olmasını gerektirmektedir. Müdahalenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaçla orantılı bir ilişki içinde olup olmadığı incelenirken Avrupa denetiminden muaf olmamak koşuluyla takdir alanı doktrini göz önüne alınmaktadır. Demokratik toplum algısında bir Avrupa standardı oluşturmaya çalışan İHAM, önüne gelen konularda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını araştırmaktadır. Avrupa konsensüsünün olduğu konularda taraf devletlerin takdir alanı oldukça daralırken, aksi durumda bu alan genişlemektedir.

İHAM'ın şiddeti teşvik eden ifadelerin sınırlanmasına ilişkin olarak geliştirdiği denetim Yüksek Mahkeme'nin hukuka aykırı eylemleri kısırtan ifadelerin

sınırlanmasına yönelik olarak geliştirdiği açık ve mevcut tehlike ölçütüyle benzerlik göstermektedir. Bunun sebebi iki ölçütte de ifadenin bağlamının göz önüne alınmasıdır. İHAM, yukarıda bahsi geçen ifade türlerinde tek başına ifadenin kendisinin şiddete teşvik edip etmediğini ele almaktadır. Yine de bununla yetinmemekte ve konuşmacının toplumsal konumu, ifadenin sarfedildiği yer ve zaman, ifadenin hitap ettiği topluluğun genişliği ve ifadenin hangi vasıtayla kamuoyuyla paylaşıldığı gibi dış unsurları da değerlendirmektedir. Böylelikle bütünsel bir değerlendirmeyle ifadenin somut olayda şiddete teşvik niteliğine sahip olup olmadığına karar verilmektedir. Bu, açık ve mevcut tehlike ölçütüne İHAM'ın en çok yaklaştığı noktadır. Bir kere ifade, savunduğu değerlerden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Yani konuşmacının sarfettiği ifadelerin ne kadar mevcut sistem karşıtı olursa olsun doğrudan şiddeti savunduğunun kabul edilmesi söz konusu değildir; ne kadar tehlikeli olduğuna somut olayda içerikten bağımsız (yer, zaman, konuşmacı gibi) değişkenler çerçevesinde karar verilmektedir. Bununla birlikte taraf devletin bu konudaki nitelemesine de bağlı kalınmamaktadır. Yine de bu ölçüt dahi ifade özgürlüğüne açık ve mevcut tehlike ölçütü kadar geniş bir koruma sağlayamamaktadır. Bunun sebebi açık ve mevcut tehlike ölçütünde zarar ile ifade arasındaki nedensellik bağının aşırı derecede dar yorumlanmasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere ifade yakın bir zarar yaratmaya veya var olan bir zararı kışkırtmaya yönelmeli ve bu zararı yaratma veya kışkırtmaya gerçekten elverişli olmalıdır. Yüksek Mahkeme buradaki nedensellik bağını o kadar dar yorumlamaktadır ki bir kere bu ölçüt kapsamında yorumlanmaya başlanan bir (ifade özgürlüğünü sınırlayıcı) düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun kabul edilmesi imkansız görülmektedir. Buna karşın İHAM'ın geliştirdiği ölçüte dayanarak taraf devletin müdahalesini İHAS'a uygun gördüğü kararları bulunmaktadır.³⁸⁵

Yüksek Mahkeme'nin nefret söylemine yaklaşımını iki dönemde incelemek mümkündür. Birinci dönemde birkaç istisna karar dışında bu söylem türü o dönemde ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kabul edilen kavgacı sözlerin ve hakaret filinin bir türü (topluluğa hakaret) olarak incelenmiştir. Buradan hareketle nefret söylemini yaptırma bağlayan düzenlemeler Birinci Değişiklik'e uygun bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu dönemde dahi nefret söylemini yaptırma bağlayan düzenlemenin keyfiliğe yer vermemesi gerektiğinin altını çizmiş, ilgili yasanın

³⁸⁵ Örneğin bkz. Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

anayasaya uygunluğunun kapsadığı bölgenin kendine özgü koşulların bunu gerekli göstermesine bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda örneğin ırklararası tansiyonun yüksek olduğu bir eyalette ırkçı söylemi cezalandıran bir düzenleme kamu düzenini koruma meşru amacına yöneldiğinden keyfi değildir ve anayasaya uygundur.

Yüksek Mahkeme'nin nefret söylemine ilişkin dönüm noktası 1969'da verdiği *Bradenburg v. Ohio* kararıdır. İrkçı nefret söylemlerini yasaklayan bir düzenleme bu kararda doğrudan ifadenin içeriğine ilişkin bir sınırlama olarak kabul edilmiş ve düzenlemenin anayasallığı (aynı kararda geliştirilen) açık ve mevcut tehlike ölçütü kapsamında sorgulanmıştır. Nefret söyleminin insanlığın ortak değerlerine aykırı olması veya mağdurlarda yoğun psikolojik travmalara sebep olması çok istisnai durumlar haricinde sınırlayıcı düzenlemeyi meşru hale getirmeyecektir. Bu kararlar nefret söylemlerini sınırlandıran düzenlemelerin anayasaya uygunluğu oldukça titiz bir denetime tabi tutulmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre sınırlamanın anayasaya uygunluğu denetlenirken tamamen tarafsız bir bakış açısıyla hareket edilmelidir. Nefret söyleminin yer, zaman ve biçim düzenlemesi veya ikincil etkiler teorisindeki gibi içerik dışı düzenlemeyle sınırlandırılması her zaman mümkündür. Bununla birlikte günümüzde bu ifade türünün içerik sınırlaması yapan bir düzenlemeyle sınırlandırılması pratikte mümkün görünmemektedir. Bir düzenlemenin ırk, renk, mezhep, din ve cinsiyete dayalı nefret söylemlerini yaptırıma bağladığını varsayalım. Yüksek Mahkeme'ye göre burada yasa koyucu yalnızca kendisinin tercih ettiği konulardaki kavgacı sözleri yaptırıma bağlamaktadır. Böyle bir düzenleme ise uygulamada içerik ayrımcılığının ötesine geçerek bakış açısı ayrımcılığı doğurucu niteliktedir. Buna karşın tür bakımından herhangi bir ayrıma gitmeksizin her türlü nefret söylemini yaptırıma bağlayan bir düzenleme de bu sefer kapsamı fazla geniş olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı kabul edilebilecektir.

İHAM'ın nefret söylemine yaklaşımı tarihsel süreçte Yüksek Mahkeme'nin eski yaklaşımına kısmen benzerlik göstermekle birlikte yaklaşım büyük ölçüde farklı bir seyir izlemiştir. İHAM'ın (ve İHAK'ın) bu konuya ilişkin tutumu iki döneme ayrılarak incelenebilir. İlk dönemde nefret söylemi oluşturan ifadeler İHAS'ın temel değerlerine aykırı olduğu gerekçesiyle tamamen ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kabul edilmekte ve bunların taraf devletlerce sınırlandırılmasına karşı yapılan

başvurular esasa girilmeden, açıkça dayanaksız oldukları ya da başvuru hakkını kötüye kullandıkları gerekçesiyle reddedilmektedir.

Günümüzde ise Holokost inkârı dışında her türlü nefret söylemine yapılan müdahalenin İHAS'a uygunluğu 17. madde ile bağlantı kurulmaksızın 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlama ölçütleri kapsamında incelenmektedir. İHAM bir ifadenin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığına karar verirken çekişmeli ifadenin içeriğinden yola çıkarak kullanılan ifadenin hedef alınan gruba karşı nefret, düşmanlık veya reddetme duygularını uyandırma veya yayma özelliğine sahip olup olmadığını incelemektedir. Konuşmacının niyetinden veya kastının varlığından ziyade ifadenin eğilimine göre ifadenin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığına karar verilmektedir. Taraf devlet müdahalelerinin başkalarının haklarının korunması ile kamu düzeninin sağlanması gibi mağdurların uğradığı bireysel zararların yanında söylemin toplumda yaratacağı etki de dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. İfadenin belirli bir grubu aşağılama, dalga geçme veya alçaltma niteliği taşıması onun (cezai bir müeyyideyle) sınırlanabilmesini meşru kılmaktadır. Bunun dışında şiddeti teşvik etmesi gibi bir ölçütün varlığı müdahale için aranmamaktadır. Müdahalenin gerekliliğine karar verilirken taraf devletin sahip olduğu tarihsel, kültürel ve demografik koşullar onun müdahaledeki takdir alanını genişletebilmektedir. İHAM siyasi ifadeler ve hiciv söz konusu olduğunda bu ifade türlerinin geniş bir korumadan yararlanması gerektiğini kabul etmekle birlikte bu ifadelerin nefret söylemi oluşturması durumunda tutumunu değiştirmekte ve sınırlayıcı düzenlemeleri 10. maddeye uygun bulmaktadır.

İHAM içtihadında soykırımın reddi özel bir nefret söylemi türüdür. İHAS denetim organları kural olarak tarihsel olaylar hakkında görüş bildirmekten kaçınırlar. Bu kuralın belki de tek istisnası ise Holokost'tur. İHAK ve İHAM Holokost'un kesin bir tarihsel bilgi olduğu ve yadsınamayacağı görüşündedir. Böylelikle Holokost'un reddi söylemlerine ilişkin başvurular henüz ilk inceleme aşamasında konu bakımından İHAS hükümleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Bununla birlikte tarihçiler arasında halen tartışma konusu olan tarihsel olaylar hakkında yukarıdaki tutumdan kaçınılmakta ve sınırlama 10. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Soykırım inkârı konusu Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmemekle birlikte ABD İstinaf Mahkemesi bu konuya ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur. Mahkemeye göre Birinci Değişiklik hiçbir düşünceyi yanlış olarak nitelememektedir. Tarihsel olaylar hakkında gerçeğe aykırı ifadeler kullanıldığı iddiası anayasal denetimin ilgi alanı dışındadır.

Tüm bu özellikler değerlendirildiğinde iki mahkemenin nefret söylemine yaklaşım farkını şu şekilde özetlemek mümkün görünmektedir: İHAM, değerlendirmesini yaparken nefret söylemlerinin İHAS ile bağdaşmadığını daha baştan kabul etmekte, önüne gelen başvurudaki tartışmalı ifadelerin kavramın kapsamına girip girmediğini incelemektedir. Ayrıca somut olayda gerçekten de kamu düzeninin bozulup bozulmadığı ya da mağdur grubun gerçekten rencide olup olmadığına ilişkin ciddi bir değerlendirme dahi yapmamaktadır. Buradan hareketle İHAM'ın bugünkü yaklaşımının dahi ABD'de yarım yüzyıldan uzun süredir uygulanmayan zararlı eğilim ölçütüne benzediği görülmektedir. Bir takım görüşler daha baştan bireyler ve toplum açısından “zararlı” kabul edilmekte, bunların sınırlanmasının meşruluğu saptanırken, bu görüşlerin somut olayda gerçekten ne ölçüde “zarar” yarattığı veya yaratabileceği sorusu dikkate alınmamaktadır. Bunun ötesinde İHAM, illa ki bir benzetme yapmak gerekirse, Yüksek Mahkeme'nin hiçbir şekilde kabul etmediği bazı ifadelerin içeriklerinde bakış açısı ayrımcılığı yapılmasında bir sorun görmemektedir. Oysa Yüksek Mahkeme'nin içtihadında hareket noktası farklıdır. Düzenlemenin anayasaya uygunluğunu incelerken nefret söylemi konusunda taraf olmaktan kaçınır. Hatta nefret söylemini yaptırıma bağlayan bir düzenlemeyi yasa koyucunun kendisinin hoşuna gitmeyen düşünceleri yaptırıma bağlama çabası olarak görür.

İHAM'ın nefret söylemine ilişkin bu tutumu ifade özgürlüğünü tehlikeye düşürdüğü için eleştirilmektedir. Özellikle konuşmacının nefrete tahrik etme kastının bulunmadığı durumlarda dahi ifadenin kendisinin İHAS'taki meşru amaçları tehlikeye düşürebileceğinin kabul edilmesi özgürlük alanını oldukça daraltmaktadır. İHAM'ın nefret söylemine karşı sürdürdüğü içtihadı değiştirerek şiddete teşvik eden ifadelerle uyguladığı sınırlama ölçütünü uygulaması, yukarıdaki sorunların çözümünü büyük ölçüde kolaylaştıracaktır. İfadenin bağlamsal tüm özellikleriyle ve sarfedildiği dış koşullarla birlikte ele alındığı bir incelemede özgürlük alanı da genişleyecektir.

Yakın tarihli bir kararında İHAM ifadeyi sarf edildiği koşullarla birlikte değerlendirmiş olsa da henüz nefret söylemine ilişkin içtihadını değiştirdiğini iddia etmek için erkendir.

Tüm bu değerlendirmelerin ardından son olarak nefret söylemi konusunun iç hukukumuzdaki yerine ilişkin kısa bir değerlendirme yapılmasında yarar görülmektedir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılamayı düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 216. maddesi³⁸⁶ içeriği ve gerekçesi ile incelendiğinde çağdaş bir nefret söylemi düzenlemesi izlenimini vermektedir. Bir kere düzenleme ırk, din ve mezhebin yanı sıra cinsiyet, sosyal sınıf ve bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimlerin hedef gösterilmesini düzenlemektedir. Bu sebeple maddenin bir tür nefret söylemi düzenlemesi olduğu sonucuna varılabilir. Maddenin çağdaş bir görünüme sahip olduğu da iddia edilebilir. İlk olarak düzenleme ile cinsiyet ve sosyal sınıfa dayalı nefret söylemi de yaptırıma bağlanmaktadır. Daha da önemlisi düzenlemede suç oluşturulan fiil ile ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Buna göre fiilin yaptırıma bağlanabilmesi için sarfedilmesi yeterli değildir, ayrıca fiil ile kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Dolayısıyla bu tehlikeyi doğurmayan bir nefret söylemi yaptırıma bağlanamayacaktır. Maddenin gerekçesi ilgili tehlikenin somut olgulara dayanması, dahası ifadenin toplum açısından “açık ve mevcut bir tehlike” oluşturması gerektiğini aksi halde cezalandırma yoluna gidilemeyeceğini belirtmektedir. Böyle bir düzenlemenin ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelmesi halinde “bakış açısına dayalı ayrımcılık” yapıldığı gerekçesiyle Birinci Değişiklik’e aykırı bulunacağı gerçeği bir kenara bırakıldığında, düzenleme ile nefret söylemi konusunda Avrupa ve ABD yaklaşımı arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı dahi iddia edilebilir.

³⁸⁶ “1. Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
3. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Ne var ki İHAM'a bu maddenin uygulanması sonucunda gelen başvurular incelendiğinde düzenlemenin oldukça "sıradışı" bir biçimde uygulandığı fark edilmektedir. Doksanlı yılların ikinci yarısından itibaren özellikle devlet biçimini sorgulayan, bölgesel devlet biçimini savunan ya da devletin Güneydoğu Anadolu Bölgesindeki çatışmalara ilişkin politikalarını eleştiren ifadelere uyguladığı cezai müdahalelerin 10. maddeye uygunluğu sorunu İHAM'ın önüne gelmiştir.³⁸⁷ Bu konuya özellikle burada değinilmesinin sebebi taraf devlet yetkililerinin bu tür söylemlerin nefret söyleminin bir türü olan ırkçı söylem oluşturduğunu iddia etmeleridir. Gerçekten de ilgili ifadelerle Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ile 765 Sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın ilgili maddeleri ile 5237 Sayılı (Yeni) TCK'nın diğer maddeleri bir kenara bırakıldığında³⁸⁸ halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılamayı düzenleyen 216. madde kapsamında müdahale edildiği görülmektedir. Başvuruların hemen tamamında İHAM, tartışma konusu ifadelerin oldukça sert bir üslupla sarfedildiğini kabul etmekle birlikte, bütünsel olarak değerlendirildiğinde bunların şiddet savunusunu, silahlı mücadeleyi ya da isyanı teşvik etmediğine ve nefret söylemi de oluşturmadığına karar vermiştir.

Çalışmanın birinci bölümü hatırlandığında nefret söylemi kavramını yukarıda bahsedilen başvurulardaki ifade türlerine uyarlamak oldukça zorlama bir çaba gibi görünmektedir. Nitekim İHAM, nefret söylemi içeren ifadeleri 17. madde kapsamında değerlendirdiği dönemde dahi yukarıdaki başvurularda taraf devletin müdahalesini madde 10/2 kapsamında incelemiş ve çalışmanın ikinci bölümünde incelenen şiddete teşvik eden ifadelerin sınırlanmasına uyguladığı denetim ölçütünü uygulamayı tercih etmiştir. İHAM'ın bir kararında da belirttiği üzere demokrasinin temel özelliklerinden biri, bazı çevreler için rahatsız edici olsa dahi ülke sorunlarına şiddete başvurmadan ve diyalog aracılığıyla, çözümler üretebilme olanağının tanınmasıdır. Demokrasinin özünü tahrip etmedikçe, devletin teşkilatlanmasını (bu arada da üniter devlet modelini) sorgulamak isteyen çeşitli siyasal programların

³⁸⁷ Bu konuya ilişkin İHAM içtihadı oldukça çeşitlidir. Bkz. Ceylan v. Turkey, Appl. No. 23556/94, 08.07.1999; Çamyar and Bektaş v. Turkey, Appl. No. 41959/02, 15.02.2011; Çetin and others v. Turkey, Appl. No. 40153/98, 40160/98, 13.02.2003; Başkaya and Okçuoğlu, Appl. No. 23536/94, 24408/94, 08.07.1999; Erdoğan and İnce v. Turkey, Appl. No. 25067/94, 25068/94, 08.07.1999.

³⁸⁸ Bunlar TMK'nın 2003 tarihinde mülga olan devletin bölünmezliği aleyhine propaganda suçunu düzenleyen 8. maddesi, terör örgütü propagandası yapma suçunu düzenleyen madde 7/2, terörle mücadelede görev almış kişilerin kimliklerinin açıklanmasına ilişkin madde 6/1 ve terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basma ve yayınlama suçunu düzenleyen madde 6/2, 765 Sayılı TCK'nın suça kapalı tahrik suçunu düzenleyen madde 312/1 ve 5237 Sayılı TCK'nın suçu ve suçluyu övme suçunu düzenleyen madde 215'tir.

ortaya konulmasına ve tartışılmasına izin verilmesi, demokrasinin özüdür.³⁸⁹ Dolayısıyla bu tür ifadelerin sınırlanabilmesi ayrıca onun bütünsel olarak şiddete teşvik niteliği taşımasına bağlıdır.

Nefret söylemi konusu yakın tarihte Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla da gelmiştir.³⁹⁰ Farklı cinsel yönelimleri olan kişileri temsil eden bir derneğin avukatlığını yürüten başvuru, bir internet gazetesinde “sapkınların avukatı” olarak nitelendirilmiş, bunun üzerine kendisi hakkında cinsel yönelim üzerinden nefret söylemlerinde bulunularak hakaret içerikli haberler yapılması üzerine suç duyurusunda bulunmuş, ancak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, “sapkınlar” ifadesinin başvurucuya değil, doğrudan doğruya başvurucunun çalıştığı derneğe yöneltildiğini vurgulanmıştır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre bu ifade başvuru yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı başvurunun hedef alınan dernek tarafından yapılması halinde Mahkeme'nin tutumunun ne olacağı sorusunu akıllara getirmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda herhangi bir değerlendirme yapmamakla birlikte ilgili ifadenin “toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef aldığını” kabul etmiştir. Yine bu sorunun yanıtı verilirken Mahkeme'nin nefret söylemi kavramına ilişkin İHAM içtihatlarından yola çıkarak yaptığı değerlendirme de dikkate alınmalıdır. Mahkemeye göre, “formalitelere”, “koşulları”, “kısıtlamaları” veya “müeyyideleri” izlenen meşru amaçla orantılı olmak koşuluyla, hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren ifadeleri cezalandırmak gerekli görülebilir.³⁹¹ Bununla birlikte Mahkeme nefret söyleminin, ırk, köken ya da renk temelinde yapılabileceği gibi cinsel yönelim temelinde de yapılabileceğini kabul etmiştir.³⁹² Bu bağlamda hedef gösterilen gruba yöneltilen bir nefret söyleminin varlığı Mahkemece kabul edilmiş görülmektedir.

Yine de başvurunun bizzat hedef gösterilen grup tarafından yapılması halinde dahi sorun bir çözüme kavuşturulamamaktadır. İHAM'ın nefret söylemine ilişkin

³⁸⁹ İbrahim Aksoy v. Turkey, Appl. No. 28635/95, 10.10.2000, para. 78

³⁹⁰ Bkz. Sinem Hun kararı, AYM, 2013/5356, 08.05.2014.

³⁹¹ Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, 04.12.2013, para. 40.

³⁹² Bkz. Sinem Hun kararı, AYM, 2013/5356, 08.05.2014, para. 32.

tutumu taraf devletin bu söylem türüne müdahalede takdir alanının ne ölçüde genişleyeceğinin belirlenmesine ilişkindir. Daha açık bir söylemle bu konuda İHAM'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda taraf devlet başvurucunun söylemine nefret söylemi oluşturduğu gerekçesiyle müdahale etmekte, başvurucu ise bu müdahalenin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. İHAM da taraf devlet müdahalesinin madde 10/2'ye uygunluğunu incelemektedir. Oysa kamu makamlarının nefret söylemine karşı harekete geçmemesi durumunda ne olacaktır? İHAM'ın önüne böyle bir başvuru nefret söylemi konusunda gelmemiştir. Bu sorun İHAS'ın özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddeyi de özel olarak ilgilendirdiğinden ve burada 10. madde ile 8. madde arasında bir hak çatışması bulunduğundan bu konu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

Sonuç olarak çalışma boyunca değerlendirilen içtihadın da ortaya koyduğu gibi nefret söylemi ifade özgürlüğü çatışması konusunda ABD ve Avrupa sistemleri farklı çözümler sunmaktadır. Bununla birlikte her iki sistemde de tartışmasız olarak kabul edilen olgu şudur: İfade özgürlüğü demokratik toplumun onsuz olmaz temel unsurudur.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, der. Zühtü Arslan, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

Aydın Öykü Didem, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I- Amerika Birleşik Devletleri**, Ankara: Seçkin, 2004.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, **Positive Measures Designed to Eradicate all Incitement to, or Acts of, Racial Discrimination: Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 4**, New York: United Nations, 1986.

Cucureanu Dragoş, **Aspects of Regulating Freedom of Expression on the Internet**, Antwerpen: Intersentia, 2008.

Çankaya Özden, Yamaner Melike Batur, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

Docquir Pierre- François, **Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis**, Bruxelles: Bruylant, 2007.

Doğru Osman, Nalbant Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, İstanbul: Legal, 2013.

Grosz QC (Hon) Stephen, Beatson Jack, Duffy Peter, **Human Rights: the 1998 Act and the European Convention**, London: Sweet & Maxwell, 2000.

Güran Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1337, 1969.

Harris David, O'Boyle Michael, Bates Edward, Buckley Carla, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Hate Crime Laws: A Practical Guide, OSCE ODIHR: Warsaw, Poland, 2009. <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>, 08.08.2015.

Jacobs Francis G., White Robin C. A., Ovey Clare, **The European Convention on Human Rights**, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2014.

Kaboğlu İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

Mill John Stuart, **Özgürlük Üstüne**, Çev. Alime Ertan, İstanbul: Belge Yayınları, 2000.

Sajó András, **Freedom of Expression**, Warszawa: Institute of Public Affairs, 2004.

Schauer Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.

Sullivan Kathleen M., Gunther Gerald, **First Amendment Law**, New York: Foundation Press, 1999.

Tanör Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969.

Tanör Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. basım, İstanbul: BDS Yayınları, 1994.

The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, Ed: Kermit L. Hall, Ed. James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Van Dijk Pieter, Van Hoof Fried, Van Rijn Arjen, Zwaak Leo, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006.

Verpeaux Michel, **Freedom of Expression in Constitutional and International Case Law**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

Anne Weber, **Manual on Hate Speech**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009.

Yokuş Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

Tezler

Belavusau Uladzislau, **Freedom of Expression: European and American Constitutional Models for Central and Eastern Europe**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, European University Institute, 2011).

Makaleler

Altıparmak Kerem, "Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap", **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, İstanbul: İletişim yayınları, 2007, s. 73- 113.

Aytekin İnceoğlu Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı yayınları, 2012, s. 103- 120.

Boyle Kevin, “Hate Speech: The United States Versus the Rest of the World?”, **Maine Law Review**, Vol. 53, 2001, s. 488- 502.

Can Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara: LTD, 2003, s. 358- 412.

Coliver Sandra, Editorial Note, **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination**, ed. Sandra Coliver, London: Article 19- International Center Against Censorship, 1992, s. v- vi.

Coliver Sandra, “Hate Speech Laws: Do They Work?”, **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non- Discrimination**, Ed. Sandra Coliver, London; Article 19- International Centre against Censorship, 1992, s. 363- 374.

Erdoğan Mustafa, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2007, s. 19-37.

Farrior Stephanie, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 14, Issue: 1, 1996, s. 3- 98.

Flauss Jean François, “L’abus de droit dans le cadre de la Convention europeene des droits de l’homme”, **Revue universelle des droits de l’homme**, Vol. 4, 1992, s. 461- 468.

Hennebel Ludovic, Hochman Thomas, “Introduction: Questioning the Criminalization of Denials”, **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochman, New York; Oxford: Oxford University Press, 2011, s. xvii- li.

İnceoğlu Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme)**, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 23- 52.

İnceoğlu Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, **Çoğulcu Demokrasi- Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Ankara: TBB Yayınları, 2011, s. 300- 346.

Kahn Robert, “Holocaust Denial and Hate Speech”, **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 77- 108.

Karan Ulaş, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme)**, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta, 2013, s. 355- 379.

Karan Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der: Yasemin İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı yayınları, 2012, s. 81- 102.

Keane David, “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 25, no. 4, Dec. 2007, s. 641- 663.

Küzeci Elif, “AİHS’nin 10. maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, **TBB Dergisi**, S. 71, 2007, s. 174- 199.

Mcgonagle Tarlach, “Wrestling (Racial) Equality From Tolerance of Hate Speech”, **Dublin University Law Review**, Vol. 21, 2001, s. 21- 54.

Meiklejohn, Alexander, “The First Amendment Is An Absolute”, **The Supreme Court Review**, The University of Chicago Press publication, Vol. 1961, (1961), s. 245- 266.

Özsoy Şule, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBB Dergisi**, S. 56, 2005, s. 29- 47.

Post Robert, “Hate Speech”, **Extreme Speech and Democracy**, ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, s. 123-138.

Rosenfeld Michel, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, **Cardozo Law Review**, 2002- 2003, s. 1523- 1567.

Schauer Frederick, “Free Speech in a World of Private Power”, **Freedom of Communication**, ed. Tom D. Campbell, Wojciech Sadurski, Aldershot: Dartmouth, 1994, s. 1- 16.

Sottiaux Stefan, “ ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 7, No. 1, 2011, s. 40- 63.

Uygun Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, İstanbul: BGST, 2009, s. 15- 67.

Van Dijk Teun A., “Racism, the Press and the Freedom of Expression: A Summary of Ten Thesis”, **Expert Seminar: Combating Racism While Respecting the Freedom of Expression**, ECRI, 2007, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/732>, 08.08.2015.

Villiger Mark E., “Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg Practice”, **Freedom of Expression: essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights**, Ed. Josep Casadevall (et al), Strasbourg: Council of Europe/European Court of Human Rights; Oisterwijk: Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, s. 321- 329.

Voorhoof Dirk, “European Court of Human Rights: Where is the ‘Chilling Effect?’”, http://www.psw.ugent.be/Cms_global/uploads/publicaties/dv/05recente_publicaties/VOORHOOF.2008.LeroyDraft.6.10bis.pdf, 08.08.2015.

Weber Anne, “The Case Law of European Court of Human Rights on Article 10 ECHR Relevant for Combating Racism and Intolerance”, **Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression**, ECRI, 2007, s. 97-113, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/732>, 08.08.2015.

Weinstein James, Hare Ivan, “General Introduction: Free Speech, Democracy and the Suppression of Extreme Speech Past and Present”, **Extreme Speech and Democracy**, ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, s. 1- 7.

Welch James, “Case and Comment: Selected decisions from the ECHR from November 2013 to December 2013”, **European Human Rights Law Review**, Issue: 2, 2014, s. 179- 210.

Yamaner Melike Batur, Güngören Birden, “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den AİHM’e İfade Özgürlüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/2, s. 25-46.

Mahkeme Kararları

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

ABD Yüksek Mahkemesi kararlarının metinlerine ulaşmak için <https://supreme.justia.com/>, 08.08.2015.

Abrams v. United States, 250 US 616 (1919).

Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 US 568 (1963).

Beauharnais v. Illinois, 343 US 250 (1952).

Boos v. Barry, 485 US 312 (1988).

Bradenburg v. Ohio, 395 US 444 (1969).

Burson v. Freeman, 504 US 191 (1992).

Cantwell v. Connecticut, 310 US 296 (1940).

Carey v. Brown, 447 US 455 (1980).

Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Communication, 447 US 557 (1980).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568 (1942).

Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 US 288 (1984).

Cohen v. California, 403 US 15 (1971).

Connick v. Myers, 461 US 138, 145 (1983).

Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

Dennis v. United States, 341 US 494 (1951);

Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 US 749 (1985).

Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 US 205, 212-14 (1975).

Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925).

Hamling v. United States, 418 US 87 (1974).

Hess v. Indiana, 414 US 105 (1973).

Hurley v. Irish- American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 US 557 (1995).

Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 US 46 (1988).

Joseph Burstyn v. Wilson, 343 US 495 (1952).

Kolender v. Lawson, 461 US 352 (1963).

Konigsberg v. State Bar of California, 366 US 36, 56 (1961).

Kucharek v. Hanaway, 498 US 1041 (1991).

Landmark Communications v. Virginia, 435 US 829 (1978).

Lovell v. Griffin, 303 US 444 (1938).

Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490 (1981).

Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 US 241 (1974).

Miller v. California, 413 US 15 (1973).

Mills v. Alabama, 384 US 214 (1966).

Minnersville School District v. Gobitis, 310 US 586 (1940).

NAACP v. Alabama, 357 US 449 (1958).

New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964).

Noto v. United States, 367 US 290 (1961).

Papachristou v. Jacksonville, 405 US 296 (1972).

Police Dept. v. Mosley, 408 US 92 (1972).

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico, 478 US 328 (1986).

R.A.V v. St. Paul, 505 US 377 (1992).

Scales v. United States, 367 US 203 (1961);

Schenck v. United States, 249 US 47 (1919).

Schneider v. State, 308 US 147 (1939).

Smith v. Collin, 439 US 916 (1978).

Smith v. Goguen, 415 US 566 (1974).

Snyder v. Phelps, 562 US ___ (2011).

Street v. New York, 394 US 576 (1969).

Stromberg v. California, 283 US 359 (1931).

Sweezy v. New Hampshire, 354 US 234 (1957).

Terminiello v. Chicago, 337 US 1 (1949).

Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989).

Tinker v. Des Moines School District, 393 US 503 (1969).

United States v. Eichman, 496 US 310 (1990).

United States v. O'Brien, 391 US 367 (1968).

Virginia v. Black, 538 US 343 (2003).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943).

Whitney v. California, 274 US 357 (1927).

Wooley v. Maynards, 430 US 705 (1977).

Yates v. United States, 354 US 298 (1957).

ABD İstinaf Mahkemesi Kararları

The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 578 F.2d 1197 (1978).

The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 902 F.2d 513 (1990);

BM İnsan Hakları Komitesi Kararları

Faurisson v. France, Comm. No. 550/1993, 08.11.1996.

J.R.T and the W.G Party v. Canada, Comm. No. 104/1981, 06.04.1983.

Ross v. Canada, Comm. No. 736/1997, 26.10.2000.

İHAM Kararları

İHAM ve İHAK kararlarının metinlerine ulaşmak için <http://hudoc.echr.coe.int/eng>, 08.08.2015.

Aksoy v. Turkey, Appl. 21987/93, 18.12.1996.

Altuğ Taner Akçam v. Turkey, Appl. No. 27520/07, 25.10.2011.

Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/94, 08.07.1999.

Association Ekin v. France, Appl. No. 39288/98, 17.07.2001.

Balysté- Lideikiené v. Lithuania, Appl. No. 72596/01, 04.11.2008.

Barthold v. Germany, Appl. No. 8734/79, 25.03.1985.

Başkaya and Okçuoğlu, (Grand Chamber), Appl. No. 23536/94, 24408/94, 08.07.1999.

Bowman v. UK, Appl. No. 24839/94, 19.02.1998.

Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. Italy, Appl. No. 38433/09, 07.06.2012

Christian Democratic People's Party v. Moldova, Appl. No. 28793/02, 14.02.2006.

Communist Party (KPD) v. the Federal Republic of Germany, Appl. No. 250/57, 20.07.1957.

Cumpana and Mazare v. Romania, Appl. No. 33348/96, 17.12.2004.

De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium, Appl. No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18.06.1971.

Dichand and others v. Austria, Appl. No. 29271/95, 26.02.2002.

Dink v. Turkey, Appl. No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010;

Erbakan v. Turkey, Appl. No. 59405/00, 06.07.2006.

Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, Appl. No. 23885/94, 08.12.1999.

Fuentes Bobo v. Spain, Appl. No. 39293/98, 29.02.2000;

Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07.2012.

Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009.

Gerger v. Turkey, Appl. No. 24919/94, 08.07.1999.

Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands, Appl. No. 8348/78 8406/78, 11.10.1979.

Goodwin v. UK, Appl. No. 17488/90, 27.03.1996.

Gorzelik and others v. Poland, Appl. No. 44158/98, 17.02.2004.

Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

Groppera Radio AG and others v. Switzerland, Appl. No. 10890/84, 28.03.1990.

Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, 04.12.2013.

Handyside v. UK, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976.

Honsik v. Austria, Appl. No. 25062/94, 18.10.1995.

Incal v. Turkey, Appl. No. 22678/93, 09.06.1998.

İbrahim Aksoy v. Turkey, Appl. No. 28635/95, 10.10.2000.

Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994.

Jerusalem v. Austria, Appl. No. 26958/95, 27.02.2001.

Karataş v. Turkey, Appl. No. 23168/94, 08.07.1999.

Kruslin v. France, Appl. No. 11801/85, 24.04.1990.

Kühnen v. The Federal Republic of Germany, Appl. No. 12194/86, 12.05.1988.

Le Pen c. France, Req. No. 18788/09, 20.04.2010.

- Leander v. Sweden, Appl. No. 9248/81, 26.03.1987.
- Lehideux and Isorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998.
- Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008.
- Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986.
- Lunde v. Norway, Appl. No. 38318/97, 13.02.2001.
- Marais v. France, Appl. No. 31159/96, 24.06.1996.
- Müller and others v. Switzerland, Appl. No. 10737/94, 28.05.1988.
- Norwood v. UK, Appl. No. 23131/03, 16.07.2003.
- Observer and Guardian v. UK, Appl. No. 13585/88, 26. 11. 1991.
- Okçuoğlu v. Turkey, Appl. No. 48098/99, 24.01.2002.
- Olsson v. Sweden (No. 1), Appl. No. 10465/83, 24.03.1988.
- Özgür Gündem v. Turkey, Appl. No. 23144/93, 16.03.2000.
- Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013.
- Polat v. Turkey, Appl. No. 23500/94, 08.07.1999.
- Prager and Oberchlick v. Austria, Appl. No. 12974/90, 26.04.1995.
- Refah Partisi and others v. Turkey, (Grand Chamber), Appl. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/89, 13.02.2003.
- Sdruzeni Jihoceske Matky c. Republique Tcheque, Req. No. 19101/03, 10.07.2006.
- Silver and others v. UK, Appl. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983.
- Sirbu and others v. Moldova, Appl. No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/91, 15.06.2004.
- Socialist Party and others v. Turkey, Appl. No. 21237/93, 25. 5. 1998.
- Sorguç v. Turkey, Appl. No. 17089/03, 23.06.2009.
- Soulas and others v. France, Appl. No.15948/03,10.07.2008.
- Sunday Times v. UK, Appl. No. 6538/74, 25.04.1979.
- Sürek (No.1) v. Turkey, Appl. No. 26682/95, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No. 2), Appl. No. 24122/94, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No. 4), Appl. No. 24762/94, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No.3), Appl. No. 24735/94, 08.07.1999.

Şener v. Turkey, Appl. No. 26680/95, 18.07.2000.

Tarasag a Szabadsagjogokert v. Hungary, Appl. No. 37374/05, 14.04.2009.

The United Communist Party of Turkey others v. Turkey, (Grand Chamber), Appl. No. 19392/92, 30.01.1998.

Tolstoy Miloslavsky v. UK, Appl. No. 18139/91, 13.07.1995.

Tuşalp v. Turkey, Appl. No. 32131/08; 41617/08, 21.02.2012.

Ürper and Others v. Turkey, Appl. No. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20.10.2009.

Vejdeland and others v. Sweden, Appl. No. 1813/07, 09.02.2012.

Vereiniging Weekblaad Bluf! v. Netherlands, Appl. No. 16616/90, 09.02.1995.

Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, Appl. No. 68354/01, 25.01.2007.

Yıldırım v. Turkey, Appl. No. 3110/10, 18.12.2012.

Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

Zdanoka v. Latvia, Appl No. 58278/00, 16.03.2006.

Türk Anayasa Mahkemesi Kararı (Bireysel Başvuru Yolu)

Sinem Hun kararı, AYM, 2013/5356, 08.05.2014.

Diğer Kaynaklar

Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/189.htm>, 08.08.2015.

American Convention on Human Rights, <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=25&>, 08.08.2015.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.10.1997 tarihli (97) 20 Sayılı "Nefret Söylemi"ne ilişkin Tavsiye Kararı,

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp), 08.08.2015.

CoE Committee of Ministers, Recommendation on hate speech, Rec. (97)
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1658005&SecMode=1&DocId=582600&Usage=2>,
 08.08.2015.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No.1: states parties' obligations, contained in document A/87/18,
http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7473_E.doc,

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No.35: Combating racist hate speech, CERD/C/GC/35,
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhssyNNtg151ma08CMA6o7Bglz8iG4SuOjovEP%2bcqr8joDoVEbW%2bQ1MoWdOTNEV99v6FZp9aSSA1nZya6gtpTo2JUBMI0%2boOmjAwk%2b2xJW%2bC8e>, 08.08.2015.

Constitution of United States, <http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3>, 08.08.2015.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>,
 08.08.2015.

Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No.: 196,
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=1&NT=196>, 08.08.2015.

European Convention on Human Rights,
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 08.08.2015.

Human Rights Committee, General Comment 10: Article 19 (Freedom of opinion),
http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6627_E.doc, 08.08.2015.

Human Rights Committee, General Comment No.11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20): 20.07.1983,
<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/CCPRGeneralCommentNo11.pdf>,
 08.08.2015.

International Covenant of Civil and Political Rights,
<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, 08.08.2015.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, 08.08.2015.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun çalışmaları için bkz.
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp, 08.08.2015.

Parliamentary Assembly, Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on ground of their religion, Rec. 1805 (2007), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en>, 08.08.2015.

Parliamentary Assembly, Safeguarding human rights in relation to religion and belief, and protecting religious communities from violence, Resolution 1928 (2013), <http://www.refworld.org/pdfid/51c2b8554.pdf>, 08.08.2015.

Recommendation on the media and the promotion of a culture of tolerance, Rec. (97) 21, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=568159&SecMode=1&DocId=582590&Usage=2>, 08.08.2015.

Recommendation on the right of reply in the new media environment, Rec. (2004) 16, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2004\)16&Sector=secCM&Language=lanEnglish&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2004)16&Sector=secCM&Language=lanEnglish&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679), 08.08.2015.

Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>, 08.07.1990.

Universal Declaration on Human Rights, <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, 08.08.2015.

Venice Commission, Blasphemy, insult and hatred: Finding answers in a democratic society, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(2010\)047-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(2010)047-e), 08.08.2015.

ÖZGEÇMİŞ

08.07.1990 tarihinde İzmir’de doğmuştur. 2007 yılında (Çankaya) Milli Piyango Anadolu Lisesi’nden, 2012 yılında Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. 2012 güz yarıyılında Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programına başlamış ve halen burada eğitimini sürdürmekte olup tez aşamasındadır. Ayrıca 2015 güz yarıyılı için Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı’na başlamaya hak kazanmıştır. 2012 yılında İzmir Barosu’nda başladığı avukatlık stajını 2013 yılında İstanbul Barosu’nda tamamlamış ve avukatlık ruhsatını almıştır. 2014 bahar döneminde Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamış ve halen bu görevini sürdürmektedir. Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku alanlarında sertifika programları, konferans ve çalıştaylara katılmış olup kendisinin “Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı” başlıklı yayınlanmış makalesi bulunmaktadır. İngilizce ve Fransızca bilmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Ceren Ezgi Özlü
Tez Başlığı ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade
Özgürlüğü ve Nefret Söylemi
Savunma Tarihi 7 Eylül 2015
Danışmanı Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Yrd. Doç. Dr. Barış Bahçeci

Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik

İmza






Enstitü Müdür Vekili

Yrd. Doç. Dr. A. Fahri NEGÜS

