

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DİNİ TEMELLİ NEFRET SÖYLEMİ EKSENİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN  
SINIRLANDIRILMASI

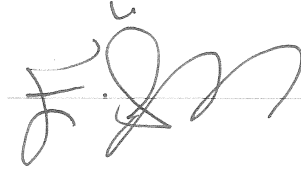
PINAR YAZICI ÜSTEL

EYLÜL 2014

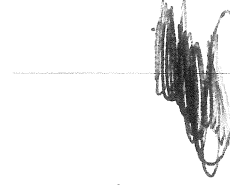
Bu tezi okuduğumuzu ve bu tezin kapsamı ve niteliği açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesi için tamamen yeterli olduğunu beyan ederiz.

Tez Jürisi Üyeleri:

Prof. Dr. Ergun Özbudun  
(Tez Danışmanı)



Prof. Dr. Serap Yazıcı



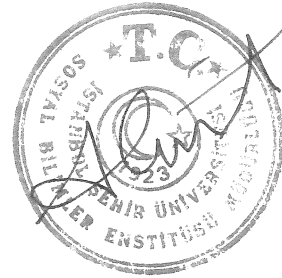
Yrd. Doç. Dr. Hızır Murat Köse



Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih  
8.9.2014

İmza/Mühür



Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada zgn olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Ad/Soyad: Pınar Yazıcı stel

İmza:



## ÖZ

### DİNİ TEMELLİ NEFRET SÖYLEMİ EKSENİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Yazıcı Üstel, Pınar.

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ergun Özbudun

Eylül 2014, 112 sayfa

Bu çalışma, özellikle internet fenomeninin ortaya çıkışı, sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması, genel olarak basın-yayın kanallarının çeşitlenmesi ve bu kanalların herkesçe erişilebilir hale gelmesiyle birlikte sıklıkla karşılaşılan ‘nefret söylemi’ne hasredilmiştir. Çağın epidemisi olarak da adlandırılan ve tanımlanması kadar tespiti de oldukça zor olan nefret söylemi pek çok farklı disiplinin alanına giren bir çalışma konusudur. Hukuk bilimini ilgilendiren nokta, nefret söyleminin ulusal ve uluslararası metinlerde nasıl tanımlandığı ile nefret söyleminin hak ve özgürlüklerle olan ilişkisidir. Nefret söylemi, içeriği itibarıyla ifade özgürlüğü ile yakından ilişkilidir. Nefret söylemi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün akıbeti konusunda iki ana yaklaşım bulunmaktadır. Amerikan ‘free speech’ doktrini ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının karşı karşıya geldiği bu nokta çalışmanın hareket noktasını oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, nefret söylemi karşısında sınırlandırılmalı mıdır? Sorunun cevabı olumlu ise bu sınırlandırma hangi durumlarda ve hangi ölçüde gerçekleştirilmelidir? Çalışmada bu sorunun yanıtı aranmakta ve muhtelif yargı organlarının ve uluslararası komitelerin ifade özgürlüğünün nefret söylemi sebebiyle sınırlandırılmasında kullandıkları kriterler açıklanmaktadır. Nihai amaç ise demokrasinin belkemiği olarak nitelendirilen ifade özgürlüğünün, dini temelli nefret söylemi karşısında ‘ideal’e yakın sınırlandırma kriterinin ne olabileceğini ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: nefret söylemi, ifade özgürlüğü, sınırlandırma, kriter, din



## ABSTRACT

### RESTRICTING FREEDOM OF SPEECH IN TERMS OF RELIGIOUSLY MOTIVATED HATE SPEECH

Yazıcı Üstel, Pınar.

LLM, Department of Public Law

Thesis Advisor: Prof. Ergun Özbudun

September 2014, 112 pages

This study focuses on hate speech which is a widely encountered and debated issue particularly since the incredible growth of the internet phenomenon, increasing use of the social media platforms, varying types of print/broadcast media and the easy access thereto. Hate speech, also named as the epidemic of the century, is hard to define and detect and is an issue that falls within the framework of many different disciplines. Being one of these disciplines, law concerns itself about how hate speech is defined in national and international texts and its relation to human rights and fundamental freedoms. Hate speech, contextually, is deeply linked to free speech. When hate speech is at issue, two main approaches come into play regarding the solution to the free speech-hate speech dilemma. These approaches decide and affect the fate of free speech. This point where the American free speech doctrine and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (European approach, in broad terms) come across, constitutes the focal point of this study. Should freedom of speech be restricted, and more specifically should hate speech be legally considered a legitimate reason in limiting free speech. If so, under which circumstances and to what extent should this restriction be applied? In this study, the answer to these questions are sought concurrently with the explanation of the criteria used by different judicial bodies and international organizations/committees. in the restriction of free speech based on hate speech. The ultimate goal is to come up with a solution to what might be the ideal criteria in limiting freedom of speech, a freedom without which a democracy, surely, can't be conceived.

Keywords: Hate speech, freedom of speech, restriction, criteria, religion

## TEŞEKKÜR

Zor bir sürecin sonunda ortaya çıkan bu tez çalışması, çok değerli Hocalarımla katkılarıyla şekillendi ve son halini aldı. Öncelikle tez konusunun seçilmesinden teze son noktanın konulması anına kadar benden görüşlerini, değerlendirmelerini esirgemeyen, özellikle ilerleyemediğim ve duraksadığım noktalarda manevi desteğiyle güven ve sürat kazanmamı sağlayan, değerli zamanından ayırarak akademik hayatımın bu adımında bana yardımcı olan tez danışmanım, saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Ergun Özbudun'a teşekkürü bir borç bilirim. Doktora ve sonrasında atacağım adımlarda da yeniyetme çırağı olarak Hocamdan feyz alabilmeyi ümit ederim. İlk hukuk dersini aldığım, akademik kariyer arzusunu taşıma sebebim saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Serap Yazıcı'ya çalışmamın yazımı ve değerlendirilmesi aşamalarındaki katkıları ve salt tezde değil hayatta da öğütleriyle dengeli bir yol izlememe vesile olduğu için çok müteşekkirim. Görüşleriyle tezime farklı bir noktadan bakmamı sağlayan ve tez jürimde yer almayı kabul ederek çok kısa bir süre içerisinde tezimi okuyup değerlendiren Yrd. Doç. Dr. Hızır Murat Köse'ye ayrıca teşekkür ederim. Tez çalışmamı yürütebilmem için her türlü kolaylığı sağlayan İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Macit Kenanoğlu'na, özellikle tezimin teslimi ve savunulması aşamalarında bana tahammül eden ve işlerinden feragat ederek bana her türlü desteği sağlayan asistan arkadaşlarım Özge Bozkurt, Şerife Gündoğan, Enes Güran, Muhammed Ali Aydın ve Ömer Faruk Petek'e, fiziken yanımda olamasalar da varlıkları bile güç kaynağı olan canım aileme, sözleriyle bende adeta meditasyon etkisi yaratan her şeyim kardeşim Damla'ya ve son olarak uykusuz kalma pahasına çalışmamın her anında yanımda olan, tükenmek bilmeyen bir sabırla beni bekleyen, bana ve tezime gözü gibi bakan evimizin direği eşim Emre Üstel'e çok teşekkür ederim.

Tezimin bu hususta çalışma yapmak isteyenler veya sadece konuya ilgi duyanlar bakımından fayda sağlamasını ümit ederim.

## İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iv
ABSTRACT .....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR .....	ix
GİRİŞ .....	1
BÖLÜM	
1. Nefret Söylemi .....	7
1. 1 Uluslararası Düzlemde Nefret Söylemi .....	7
1.1.1 Genel Nefret Söylemi Düzenlemeleri ve Tanımları.....	7
1.1.1.1 Birleşmiş Milletler.....	7
1.1.1.2 Avrupa Konseyi.....	8
1.1.1.3 Avrupa Birliği.....	11
1.1.2 Dini Temelli Nefret Söylemi.....	12
1.1.2.1 Birleşmiş Milletler.....	12
1.1.2.2 Avrupa Konseyi.....	13
1.1.2.3 Avrupa Birliği.....	15
1.1.3 Karşılaştırmalı Hukukta Nefret Söylemi.....	16
1.2 Türkiye’de Nefret Söylemi .....	17
1.2.1 Nefret Söylemine İlişkin Düzenlemeler .....	17
1.2.2 Muhtelif Çalışma ve Öneriler.....	22
1.3 Nefret Söyleminin Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	24
1.3.1 Küfür (Blasphemy).....	24
1.3.2 Hakaret (Religious Insult) .....	24
1.3.3 Nefret Suçu (Hate Crime) .....	25
2. Temel Hak ve Özgürlükler ile Dini Temelli Nefret Söylemi Çatışması .....	33
2.1 Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü ile İlişkisi.....	33

2.2 Nefret Söyleminin Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi .....	40
2.2.1 Yaşam Hakkı .....	41
2.2.2 İnsan Onuru ve Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı .....	43
2.2.3 Din Özgürlüğü .....	46
2.3 Nefret Söyleminin Yaptırma Tabi Tutulması .....	50
3. İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Bir Sebep Olarak Dini Temelli Nefret Söylemi ve Sınırlandırma Kriterleri .....	55
3.1 Sınırlandırma Kriterleri .....	55
3.1.1 Birleşmiş Milletler ve Sınırlandırma .....	58
3.1.1.1 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komitesi .....	58
3.1.1.2 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Irk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD) .....	62
3.1.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Sınırlandırma .....	66
3.1.3 Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Sınırlandırma .....	74
3.2 Örnek Kararlar Çerçevesinde Kriterlerin Uygulanması .....	81
SONUÇ .....	92
KAYNAKÇA .....	95

## KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
AGİT	:	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY	:	Anayasa
BM	:	Birleşmiş Milletler
CERD	:	İrk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
ECRI	:	İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu
FRA	:	Avrupa Temel Haklar Ajansı
MSHS	:	Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi



## GİRİŞ

Bu çalışma, özellikle internet fenomeninin ortaya çıkışı, sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması, genel olarak basın-yayın kanallarının çeşitlenmesi ve bu kanalların herkesçe erişilebilir hale gelmesiyle birlikte sıklıkla karşılaşılan ‘nefret söylemi’ne hasredilmiştir. Nefret söylemine ilişkin özellikle uluslararası ölçekli pek çok monografik çalışma yayınlanmıştır. Türkiye’de ise bu konu, son çalışmalar hariç tutulursa, daha ziyade köşe yazılarında ve bazı sivil toplum örgütlerinin yayınladığı raporlarda ele alınmıştır. Nefret söylemi, kapsamı itibarıyla çeşitli hak ve hürriyetle birçok temelde çatıştığından; insanlık onuruna, toplumda var olan ahenge ve plüralizme zarar verdiğinden çok hassasiyet arz eden, önemli bir konudur. Ayrıca konu, ele alınması bakımından zor bir konudur. Burada iki açıdan bir güçlkle karşılaşıldığı söylenebilir. Temel zorluk nefret söylemiyle mücadele noktasında değil, daha merdivenin ilk basamağında, yani nefret söyleminin hukuki olarak tanımlanması noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir düşünce açıklaması hangi şartlarda ifade özgürlüğünün kabul edilebilir alanı içerisinde kalır, hangi durumlarda nefret söylemi olarak nitelendirilir? Nefret söyleminin kapsayıcı evrensel bir tanımı yapılabilir mi? Tanımlama sorununun aşılmasının ardından karşılaşılan bir diğer zorluk ise nefret söyleminin tespitidir. Nefret söyleminin tespit edilmesini zorlaştıran bir durum olarak tanım probleminin yanında ‘sıradanlık algısı’ gösterilebilir. Nefret söylemi teşkil eden ifadeler, nefret söyleminin yaygınlaşmasıyla birlikte ve medyanın aldığı tavırla toplumun algısında sıradanlaşmaktadır. Sıradanlaştığı nispette nefret söyleminin tespiti de zorlaşmaktadır. Çalışmada bu bağlamda değerlendirilebilecek örneklere de yer verilmiştir.

Çalışma ‘Nefret Söylemi’, ‘Temel Hak ve Özgürlükler ile Dini Temelli Nefret Söylemi Çatışması’ ile ‘İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Bir Sebep Olarak Dini Temelli Nefret Söylemi ve Sınırlandırma Kriterleri’ olmak üzere üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümü öncelikli olarak nefret söyleminin tanımlanması çabalarına ayrılmıştır. Bu çerçevede ilk iki kısımda uluslararası ve ulusal düzlemde nefret söyleminin tanımını içeren düzenlemeler irdelenmiştir. Ancak

çalışmanın kapsamı bakımından burada bir ayrıma gitmek gerekmiştir. Nefret söylemi din, dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim gibi muhtelif temellerde gerçekleştirilebileceğinden, kapsamı bir yüksek lisans tezinin boyutlarını aşacak ölçüdedir. Bu sebeple, çalışmanın dengesi de gözetilerek araştırma ve değerlendirmenin konusu olarak dini temelli nefret söylemi seçilmiştir. Birinci bölümde hem genel anlamda nefret söylemine ilişkin tanımlamalar ve düzenlemeler hem de özel anlamda dini temelli nefret söylemine ilişkin tanımlamalar ve düzenlemelere yer verilmiştir. Sonraki bölümlerde ise yapılan inceleme ve değerlendirmeler, salt dini temelli nefret söylemi üzerinden yapılmıştır. Çalışmanın birinci bölümünün ilk kısmı dışında, özel olarak belirtilmediği sürece nefret söylemine yapılan referansların, dini temelli nefret söylemine yapıldığı kabul edilmelidir.

Doğrudan veya dolaylı olarak nefret söyleminin bir tanımını veren belli başlı dokümanlara örnek olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi ve Ekli Protokolü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin kararları, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)'nun çalışmaları ve raporları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları temelinde belirli bazı konularla ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin nasıl yorumlandığının anlaşılması amacıyla Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından hazırlanmış nefret söylemi ve din özgürlüğü temalı bilgi notları ve yine Avrupa Konseyi bünyesinde çıkarılan nefret söylemi el kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi kararları, Avrupa Parlamentosu Çerçeve Kararı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ile Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın raporları gösterilebilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1997 yılında R (97) 20 sayılı tavsiye kararında geliştirdiği “yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi” tanımı, nefret söylemine ilişkin en fazla atıf yapılan ‘temel’ tanımlardan birini oluşturması bakımından önemlidir. Nefret söylemine evrensel bir tanım geliştirme arayışında, bu belgelerde ve çalışmalarda öngörülen tanımlar ve dikkat çekilen hususlar karşılaştırmalı olarak incelenecek, bu çerçevede, çeşitli ülkelerin nefret söylemi düzenlemelerine de değinilecektir.



Uluslararası ölçekte yapılan incelemenin ardından ikinci kısımda Türkiye’de nefret söylemine ilişkin düzenlemelerin açıklanmasına geçilmiştir. Doğrudan veya dolaylı olarak nefret söylemi ile irtibatlandırılabilir mevzuatın irdelenmesinin ardından, bu hususta yapılmış ve yapılmakta olan çalışmalara yer verilmiştir. Resmi çabalar var olmakla birlikte Türkiye’de nefret söylemi ile mücadelenin öncülüğünü sivil toplum örgütleri yapmaktadır. Irkçılığa ve Milliyetçiliğe DurDe, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Açık Toplum Vakfı, Sosyal Değişim Derneği, Hrant Dink Vakfı gibi girişim, dernek ve vakıfların yıllardır süregelen çabaları nefret söyleminin Türkiye bakımından incelenmesi ve değerlendirilmesi sürecinde belirleyici olmaktadır. Bu sebeple, sivil toplum örgütlerinin, özellikle Hrant Dink Vakfı’nın belirli aralıklarla yayınladığı ‘Medyada Nefret Söyleminin İzlenmesi Raporu’nu da içeren çalışmalarına bu kısımda yer verilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünün son kısmı nefret söyleminin benzer kavramlarla ilişkisine ayrılmıştır. Nefret söylemi sıklıkla, kendisiyle yakından ilişkili olmakla birlikte birbirinden farklılık arz eden bazı kavramların yerine veya onları içerecek şekilde kullanılmaktadır. Özellikle küfür, dine ve dini değerlere hakaret, din temelli nefret suçu gibi kavramlarla nefret söylemi sıklıkla karıştırılan kavramlardır. Gerçekten de bazı örneklerde aralarındaki farkın bulanıklaştığı ve isimlendirmenin zorlaştığı vakidir. Tüm zorluğuna rağmen, yine uluslararası düzenlemelerden ve özellikle içtihatlardan yardım alınarak birbirlerinden farklı olan yönleri vurgulanmak suretiyle bu kavramların tanımlanmasına çalışılmıştır.

Dini temelli nefret söyleminin tanımlanmasının ardından, çalışmanın ikinci bölümünde, nefret söyleminin büyük önem atfedilen bir konu olmasına ve yaygın bir şekilde ele alınmasına sebep olan niteliği, kısaca insan hak ve özgürlükleri ile çatışması ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle, nefret söylemi ifade özgürlüğü ilişkisi ele alınacaktır. İfade özgürlüğüne ilişkin açıklamalarda demokratik kültürlerin olmazsa olmazı olan toplumsal çeşitlilik, çoğulculuk ve hoşgörü kavramlarına yer verilecektir. Daha sonra ise genel bir girişim takiben nefret söyleminin irtibatlı olduğu insan onuru, yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile din özgürlüğüne yer verilecektir.

Nefret söyleminin, insan haklarıyla asıl çatışma eksenini, ifade özgürlüğüdür. Nefret söyleminin adından da anlaşılacağı üzere, herhangi bir ifadenin söz konusu olmadığı durumda nefret söyleminden de bahsedilemez. Ortada bir ifadenin olması, ifade özgürlüğüyle ilgili bir tartışmayı da gündeme getirmektedir. İfade özgürlüğünün içerik bakımından sınırlanamayacağı ile bazı meşru amaçlar dahilinde, amaçla orantılı olarak sınırlanabileceği yönünde iki ana karşıt akım bulunmaktadır. Bazı ifadelerin ifade özgürlüğü şemsiyesi altında değerlendirilemeyeceği hatta bu ifadeleri serdedenlerin haklarını kötüye kullandıkları dahi belirtilmektedir. Bu düşünceyi benimseyenler açısından ise nefret söylemi, ifade özgürlüğünün norm alanı içerisinde dahi sayılmamaktadır. İşte bu karşıt akımlar, nefret söylemi noktasında daha da kutuplaşmaktadır. Burada, mutlak bir bakışla, nefret söylemi olarak addedilebilecek ifadeler yönünden dahi ifade özgürlüğünün tanınması gerektiğini savunanlar; öncelikle nefret söylemini tanımlamak suretiyle onu diğer içeriklerden ayıran ve nefret söyleminin ifade özgürlüğünün korumasından faydalanmaması gerektiğine inananlarla karşı karşıya gelmektedir. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde, Amerikan Anayasası'nın 1. maddesine yönelik farklı yaklaşımlar, nefret söylemi konusunda derin ve çok boyutlu tartışmaların yapılmasına neden olmuştur. Çalışmada her iki yöndeki savlar da incelenmiş ve ikinci sav tercih edilerek hareket noktası belirlenmiştir. Buna göre, nefret söylemi ifade özgürlüğünün alanına girmekle birlikte ifade özgürlüğü, nefret söyleminin söz konusu olduğu durumlarda meşru amaçlarla sınırlandırılabilir. Bu kısımdaki tartışmalar, ifade özgürlüğünün nefret söylemi karşısında sınırlandırılmasının meşru amaçlarını da ortaya koymaktadır. Sınırlandırmanın kriterleri ve uygulaması ise çalışmanın üçüncü bölümüne bırakılmıştır.

Belirlenen hareket noktasından başlayarak devletin ifade özgürlüğü karşısında iki yönlü bir yükümlülüğü olduğundan rahatlıkla bahsedilebilir. Klasik haklar arasında sayılan ifade özgürlüğü, devlete sadece müdahale etmeme veya nefret söylemi teşkil edecek ifadelerden kaçınma yükümlülüğü yüklememektedir. Devlet, nefret söylemi gibi yatay düzlemde gerçekleşen ihlallere karşı da gerekli yasal düzenlemeleri yapmak suretiyle önlemler almak durumundadır. Bu ihtiyaç, nefret söyleminin hak ve hürriyetlerle çatışması sonucu ortaya çıkan tablodan kaynaklanmaktadır. İhtiyaç varsa, bu nasıl karşılanacaktır? Bu önlemlerin hukuki mahiyeti ne olacaktır? İşte ikinci bölümün 'Nefret Söyleminin Yaptırıma Tabi Tutulması' başlıklı son kısmı,

önceki kısımlarda ortaya konulan ihtiyacın bir sentezinin yapılarak ihtiyacı karşılayacak olan devlet müdahalesinin mahiyetinin ne olması gerektiği konusuna özgülenmiştir. Bu noktada, son yıllarda nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması yönündeki çabalara da dikkat çekilmiştir.

Çalışmanın son bölümü, ifade özgürlüğünün dini temelli nefret söylemi karşısında hangi kriterlere bağlı olarak ve ne şekilde sınırlanacağı konularına ayrılmıştır. İfade özgürlüğü öylesine önemli bir özgürlüktür ki, sınırlandırılması noktasında çok hassas bir dengenin güdülməsi gerekir. Nefret söylemi teşkil eden her ifade sınırlandırılacak mıdır? Çizgi nereden çekilecektir? Bu noktada devletlerin takdir marjı olmakla birlikte, bu takdir marjının ne yönde kullanılmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetiminden başışık değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gündüz/Türkiye kararında verdiği tanıtma nefret söylemini “demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan veya mazur gösteren her türlü ifade” şeklinde tanımlamıştır. Verilen bu tanım karşısında hoşgörüsüzlük bir kriter olarak düşünülebilir mi? Mahkemenin Handyside kararındaki kriterleri düşünöldüğünde, şiddete çağrı dolaylı bir kriter olarak sayılabilir mi? Bu kriterler yanında, dini temelli nefret söylemi çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandığı durumlarda sıklıkla kullanılan ‘açık ve yakın tehlike’ kavramı da irdelenmesi gereken kriterler arasındadır. Çalışmanın ilk bölümünde adı geçen ve nefret söyleminin tanımlanması yönünde çabaları içeren belgelerden de çeşitli kriterler devşirilebilir. İşte bu bölümde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ile Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda kabul ettiği kriterlere değinilmiştir. Çalışmada nispeten uzun bir yer ayrılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin ifade özgürlüğüne nefret söylemi temelinde müdahalelerini büyük ölçüde demokratik toplumda gereklilik kriteri üzerinden değerlendirmektedir. Dini temelli nefret söylemi karşısında bu kriterin anlamı da yine bu bölümde açıklanmış konular arasındadır. Kriterler tespit edilip açıklandıktan sonra çeşitli Mahkeme kararlarından örnekler verilmek suretiyle sınırlandırmanın nasıl uygulandığı, bu çerçevede dengenin nasıl sağlandığı açıklanmış ve değerlendirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nefret söylemi karşısında konuyu Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde değerlendirebildiği gibi, 17. madde kapsamında görerek

başvuruyu kabul edilemez de bulabilmektedir. Bu son durumda Mahkeme, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin dini temelli nefret söylemini, ifade özgürlüğünün norm alanının dışında gördüğü (MSHS m. 20/2) yaklaşımına yakın bir yaklaşım sergilemektedir. İşte çalışmanın son kısmında, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse de bu hususta karar verici pozisyonda olan tüm merciler bakımından ortaya çıkan farklı uygulamalara yer verilmiş ve sonuçlar karşılaştırılmıştır.

İkinci bölümün genişçe bir kısmında değinilen ifade özgürlüğü-nefret söylemi çatışması kapsamında özel olarak üzerinde durulan ve üçüncü bölümde de uygulamasına yer verilen bir başka çatışma alanı da, basın özgürlüğü ile nefret söylemi çatışmasıdır. Medyada nefret söylemi konulu güncel raporlar, medyada nefret söyleminin ne kadar yaygın olduğunu ortaya koymaktadır. Bu da, nefret söylemi teşkil eden ifadeleri kullanan basının kamuoyunu bilgilendirme / haber verme hakkı ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında bir çatışmanın mevcudiyetini ortaya koymaktadır. Çalışmada bu çatışmaya ve çatışmanın çözümünde kullanılan kriterlere ilişkin veriler de yer almaktadır. Ayrıca çalışma, siyasetçilerin kullandıkları ifadelerin, nefret söylemi teşkil etmesi halinde hangi kriterlere başvurulduğu ve uygulamanın ne yönde olduğu konusunda da örnekler içermektedir.

## BÖLÜM I

### NEFRET SÖYLEMİ

#### 1. 1 Uluslararası Düzlemde Nefret Söylemi

##### 1.1.1 Genel Nefret Söylemi Düzenlemeleri ve Tanımları

###### 1.1.1.1 Birleşmiş Milletler

Nefret söyleminin sınırları belli bir tanımını veren uluslararası ölçekte bağlayıcı bir hukuk metni bulunmamaktadır. Özel bir nefret söylemi düzenlemesi içermese de, uluslararası düzlemde nefret söylemine işaret eden ve onun yasaklanmasını öngören metinler vardır. Bu metinlerden biri, insan hakları alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ("AİHS") sonra en fazla referans verilen insan hakları belgesi olan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ("MSHS")'dir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde nefret söylemine ilişkin açık bir tanım yapılmamış ve nefret söylemine doğrudan bir referans verilmemiştir. Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 3. fıkrasında ifade özgürlüğünün beraberinde ödev ve sorumluluklar getirdiği ve bu çerçevede özgürlüğün sınırlandırılabilirliği belirtilerek çeşitli sınırlandırma sebepleri sıralanmıştır. Nefret söylemi bu sebeplerin arasında sayılmamıştır. Ancak Sözleşme'nin 'Savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı' başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrası "ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel nefretin savunulması hukuk tarafından yasaklanır." demek suretiyle hem nefret söylemini açıkça içerir bir yasak kategorisi yaratmakta hem de nefret söyleminin tanımlanmasında ölçüt olarak kullanılabilir 'ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete tahrik' gibi dayanaklar sağlamaktadır. Nefret söylemine ilişkin doktrinin, Birleşmiş Milletler ("BM") düzeninde nefret söylemi düzenlemeleri adı altında yeknesak bir şekilde bu maddeye referans vermeleri<sup>1</sup>, Sözleşme'nin 20. maddesinin 2. fıkrasında açıkça yasaklanması öngörülen hususlardan birinin nefret söylemi olduğu gerçeğini pekiştirmektedir.

---

<sup>1</sup> Anne Weber, Manual on Hate Speech, Council of Europe Publishing, 2009, s. 9.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin dışında, nefret söylemini içeren bir başka hukuki metin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmedir. Sözleşme, 4. maddesinde ırksal ayrımcılığı destekleyen ve bu ayrımcılığa kışkırtan tüm propaganda faaliyetlerini hukuka aykırı bulmakta ve devletleri Sözleşme’de sınırları çizilen ifade ve eylemleri cezalandırma noktasında yükümlülük altına sokmaktadır.

Nefret söylemi konusunda Birleşmiş Milletler bünyesinde yürütülen çalışmalar arasında ‘Birleşmiş Milletler Irkçılığın, Etnik Ayrımcılığın, Yabancı Düşmanlığının ve Bunlara Bağlı Hoşgörüsüzlüğün Çağdaş Şekilleri Hakkında Özel Raportör’ün faaliyetleri de gösterilebilir. Raportör, çeşitli ülkeleri ziyaret edip tematik bilgileri toplayarak bu bilgileri Birleşmiş Milletlerin organlarının önüne getirmekte ve böylece ilgili konularda güncel ve kesintisiz bilgi edinimini sağlamaktadır.

### **1.1.1.2 Avrupa Konseyi**

Uluslararası alanda nefret söylemine ilişkin en belirgin tanım, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1997 tarihli R (97) 20 sayılı tavsiye kararında<sup>2</sup> yapılmıştır. Kararda nefret söylemi, “yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, antisemitizm ve agresif milliyetçilik, kendi kültürünü üstün görme -etnik merkezilik-, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenlilere karşı ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ortaya çıkan hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi” olarak tanımlanmış ve devletler, kararda önerilenler ışığında gerekli adımları atmaya ve bu kararda ortaya konulan ilkelere uygun düzenlemeler yapmaya davet edilmiştir. Bakanlar Komitesi, nefret söylemi teşkil eden bu tür ifadelerin medya kanalıyla yayılması halinde etkilerinin daha büyük ve zarar verici olacağını belirtmiştir. Komite, kararında, demokrasiyi koruma gerekçesiyle demokrasiye zarar verme riskinden kaçınabilmek için ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele ile ifade özgürlüğünün korunmasının bağdaştırılması ihtiyacının bulunduğunun da altını çizmiştir. Komite, devlet yetkililerinin ve kamu

---

<sup>2</sup> Recommendation No. R (97) 20 of The Committee of Ministers to Member States on ‘Hate Speech’, 30 October 1997 için bkz. <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other\\_committees/dh-lgbt\\_docs/CM\\_Rec\(97\)20\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf)>, erişim tarihi: 01.07.2014.

kurumlarının, özellikle basında, nefret söylemi olarak anlaşılabilir veya ırksal nefret, yabancı düşmanlığı, antisemitizm veya hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret veya ayrımcılık türlerini meşru gösterme, yayma veya destekleme yönünde bir etki yaratabilecek potansiyeldeki ifadelerden kaçınma konusunda özel bir sorumluluk altında olduklarını belirtmiştir. Hükümetler, adli, cezai ve idari planda nefret söylemiyle mücadele ederken ifade özgürlüğüne müdahalede objektif ve denetime açık kriterler belirlemelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AİHM") göre, Bakanlar Komitesi'nin söz konusu Tavsiye Kararı, Komite'nin nefret söylemi hususundaki mücadele isteğini yansıtmakta ve hükümetlerin nefret söyleminin tüm biçimleriyle giriştikleri savaşta kullanabilecekleri yol gösterici satırlar içermektedir.<sup>3</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2004 tarihli 'Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü' başlıklı bildirisinde<sup>4</sup> de nefret söylemine doğrudan referans vermiştir. Bildirge'de, politik tartışma özgürlüğünün, ırkçı görüşleri veya nefrete, yabancı düşmanlığına, antisemitizm ile tüm hoşgörüsüzlük biçimlerine kısırtma arz eden düşünceleri içermediğinin altı çizilmiştir. Bildirge'de, medya kanalıyla karalamanın veya aşağılamanın hapis cezasına sebebiyet vermemesi gerektiği, hapis cezasının ancak kat'i surette gerekli ve başkalarının haklarının ihlalinin ciddiyetiyle orantılı olduğu durumlarda verilebileceği belirtilmiştir. Nefret söylemi gibi, medya aracılığıyla yapılan karalayıcı ve aşağılayıcı açıklamaların temel insan haklarını ciddi biçimde ihlal ettiği durumlar, bu hale örnek olarak gösterilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan nefret söylemine bir referans bulunmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında nefret söylemine ilişkin tanımlamalar ve değerlendirmeler yapmıştır. AİHM Gündüz/Türkiye<sup>5</sup> kararında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tanımına yollamada bulunarak nefret söyleminin çerçevesini çizmeye çalışmış, ancak izleyen içtihadında bu tanımla bağlı kalmayarak kendi sınırlarını oluşturmaya gayret göstermiştir. Mahkemeye göre nefret söylemi,

<sup>3</sup> Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 14.06.2004, para. 22.

<sup>4</sup> Council of Europe Committee of Ministers, Declaration on Freedom of Political Debate in the Media, 12 Feb. 2004 için bkz.<<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995>>, erişim tarihi: 01.07.2014.

<sup>5</sup> Gündüz/Türkiye, para. 22.

“hoşgörüsüzlüğü kışkırtan, yayan, savunan veya haklı gösteren her türlü ifade”dir.<sup>6</sup> Bir ceza kanununda yer alması halinde genişliği, kapsamının belirsizliği sebebiyle kanunilik ilkesine aykırı görülebilecek olan bu tanım, AİHM tarafından getirildiğinde olağan karşılanabilir. Zira, Mahkeme’nin kuruluş nosyonu ve bölgesel olmasına rağmen insan hakları konusunda evrensel standardı oluşturmaya çalışan bir mercii olduğu dikkate alındığında, hak ve özgürlüklerin azami ölçüde korunması adına hiçbir örneği dışarıda bırakmayacak şekilde tanımlamaları geniş tuttuğu söylenebilir. Ancak genişlik nispetindeki muğlaklık aynı zamanda farklı yorumlara da yol açabilecektir. Üstelik belli bir standardın yaratılması ve yakalanabilmesi için devletlere sınırları net bir şekilde çizilmiş tanımlar, öneriler ve örnekler sunmak gerekmektedir. Dolayısıyla bu tanım AİHM uygulaması yönünden olağan görünmekle birlikte, fonksiyon ve misyon bakımından fayda getirmeyecektir. Mahkemenin nefret söylemi tanımı ve ifade özgürlüğü-nefret söylemi çatışmasını ele alan davalarda bağlam odaklı hareket ederek ifade özgürlüğü yargılamalarında kullanılabilir genel formüller üretmedeki tereddütlü tavrı eleştiri konusu olmaktadır.<sup>7</sup>

Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi’nin 2003 tarihli ‘Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanlığı Nitelikli Fiillerin Suç Olarak Düzenlenmesine İlişkin Ek Protokolü’ Konsey bünyesinde çıkartılan ve nefret söylemine ilişkin düzenlemeler içerdiği söylenebilen bir başka önemli dökümandır. İrkçilik ve yabancı düşmanlığının bilişim sistemleri vasıtasıyla gerçekleştirilmesinin cezalandırılması hususu, bazı devletlerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılacak olmasına yönelik endişeleri sebebiyle, Sözleşme’de düzenlenmeyip Ek Protokol’e bırakılmıştır.<sup>8</sup> 2006’da yürürlüğe giren bu Protokol ile yeni iletişim araçlarında nefret söyleminin yasaklanması, böylece nefret içerikli mesajların internet ortamında yayılmasının engellenmesi öngörülmüştür. Protokol’ü imzalayan devletler, bir bilişim sistemi aracılığıyla ırkçı veya yabancı düşmanlığı içeren bilgi/belgelerin

---

<sup>6</sup> Gündüz/Türkiye, para. 51.

<sup>7</sup> Antoine Buyse, “Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, Issue 02, April 2014, s. 494.

<sup>8</sup> Murat Önok, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üni. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1242.



yayılması veya erişilebilir kılınması, bir kişinin veya grubun, ırk, renk, milliyet, etnik köken ve din gibi aidiyetler temelinde bilişim sistemi aracılığıyla ciddi bir suçun işleneceğinden bahisle tehdit edilmesi, benzer sebeple alenen aşağılanması, uluslararası hukuk tarafından soykırım veya insanlığa karşı suç teşkil ettiği belirlenen eylemleri inkar eden, küçümseyen, onaylayan veya meşru gösteren bilgi/belgelerin bilişim sistemi vasıtasıyla yayılması veya erişilebilir kılınması gibi fiilleri cezalandırmakla yükümlüdürler.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun ("ECRI") 13 Aralık 2002 tarihinde kabul ettiği 7 numaralı Genel Tavsiye Kararı<sup>9</sup>, devletlere, ırkçılık ve ırksal ayrımcılıkla mücadele için mevzuatlarında olması gereken anahtar unsurları sıralamakta ve bu konularla mücadelede devletlere rehberlik yapmaktadır. Kararda yer alan tanımlar bölümünde devletlere yol göstermesi bakımından bir ırkçılık tanımı sunulmaktadır. Komisyon'a göre ırkçılık, "bir kişi veya grubu tahkir etmenin veya bir kişi veya grubu üstün görmenin, ırk, dil renk, din, milliyet, etnik köken gibi sebeplere dayalı olarak meşru görüleceğine duyulan inanç"tır.<sup>10</sup> Doğrudan ve dolaylı ırksal ayrımcılık tanımlaması da yapan Komisyon, belli bir niyetle gerçekleştirilen, şiddete, nefrete veya ayrımcılığa kışkırtma; ırk, dil, renk, din, milliyet ve etnik kökenleri sebebiyle kişilere veya gruplara yönelik tehdit gibi birçok kategoride eylemi de devletlerce cezalandırılması gereken eylemler olarak sıralamaktadır.

### 1.1.1.3 Avrupa Birliği

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, genel ayrımcılık maddesi dışında dolaylı olarak nefret söylemiyle irtibat kurulabilecek bir hükmü ihtiva etmemektedir. Avrupa Birliği Konseyi ceza hukuku kanalıyla ırkçılık ve yabancı düşmanlığıyla mücadeleye ilişkin 2008 tarihli Çerçeve Kararı'nda<sup>11</sup> ırkçılık ve yabancı düşmanlığının, Birliğin temelini oluşturan özgürlük, demokrasi, insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkesi gibi değerlerin doğrudan bir ihlali olduğunu belirtmiştir. Konsey, her türlü ırkçılık,

<sup>9</sup> ECRI, General Policy Recommendation No. 7 On National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination (Adopted 13 December 2002), Council of Europe Publishing, 2003.

<sup>10</sup> ECRI, General Policy Recommendation No. 7, s. 5.

<sup>11</sup> Council of the European Union, Council Framework Decision 2008/913/JHA, 28 November 2008, için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008F0913>>, erişim tarihi: 15.07.2014.

antisemitizm ve yabancı düşmanlığıyla mücadelede kararlı olduğunu ifade etmiş ve yöneldiği kişi/gruplara karşı bir tehdit oluşturan bu gibi fiillere karşı üye ülkelerin ortak bir ceza hukuku yaklaşımı sergilemesi gerektiğini vurgulamıştır. Kararda, köken, din ve nefret (ırka, renge, dine, milliyete ve etnik kökene dayalı nefret) tanımları yapılmış ve devletlerin, belirtilen ayrımcılık temelleri dışında da temeller belirleyebileceği belirtilmiştir. Konsey, bu Çerçeve Karar kapsamında ırkçılık ve yabancı düşmanlığıyla ilgili suç tiplerine yer vermiş ve üye devletlerden bu eylemleri cezalandırılabilir kılmasını istemiştir. Sayılan cezalandırılabilir eylemler arasında, ırkı, rengi, dini, milliyeti ve etnik kökeni üzerinden tanımlanan bir gruba veya grubun mensubuna yönelik nefrete veya şiddete alenen kışkırtma yer almaktadır. Konseye göre, ırkçı veya yabancı düşmanlığı içeren saikler ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmesi veya cezaların tespiti sürecinde etkili olmalıdır.

### **1.1.2 Dini Temelli Nefret Söylemi**

#### **1.1.2.1 Birleşmiş Milletler**

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 2. fıkrası ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir dinsel düşmanlığın savunulmasını yasaklamıştır. Dini temelli nefret söyleminin hangi durumlarda ifade özgürlüğünün kapsamında görülmeyeceğini de ortaya koyan bu hükmün uygulaması Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından Ross / Kanada ve J.R.T / Kanada kararlarında somutlaştırılmıştır.<sup>12</sup>

Birleşmiş Milletler nezdinde dini temelli hoşgörüsüzlüğe referans veren önemli dökümanlardan biri Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1997 yılında kabul ettiği 52/122 sayılı karardır<sup>13</sup>. Dini temelli hoşgörüsüzlüğün tüm türlerinin ortadan kaldırılmasını konu edinen kararda, Genel Kurul, devletleri uluslararası insan hakları standartlarına uygun olarak dini temelli nefret, hoşgörüsüzlük, şiddet, sindirme ve zor kullanmaya karşı gerekli adımları atma yönünde teşvik etmiştir.

---

<sup>12</sup> Kararların incelemesi, bu çalışmanın 3. Bölümünde yer almaktadır.

<sup>13</sup> UN General Assembly, A/RES/52/122, 23 Feb. 1998 için bkz..  
<<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1997/156.pdf>>, erişim tarihi: 15.07.2014.

### 1.1.2.2 Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin İfade Özgürlüğü ve Dini İnançlara Saygı konulu 1510 (2006) sayılı Kararı<sup>14</sup>, dini inançlara saygı gösterilmesinin ifade özgürlüğünü sınırlandırmada bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği, kabul edilecekse ne ölçüde bir sınırlandırmanın söz konusu olacağı sorusunu konu edinmektedir. İfade özgürlüğünün ve din özgürlüğünün ayrı ayrı önemine dikkat çekilen Kararda, nefret söyleminin hangi dini gruba karşı olursa olsun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve temel değerlerine aykırı düşeceği belirtilmiş ancak belli dini grupların artan dini hassasiyetlerini karşılama adına ifade özgürlüğünün daha fazla feda edilmemesi gerektiğinin de altı çizilmiştir. Bu Karardan bir yıl sonra küfür, dine hakaret ve dinleri nedeniyle insanlar hakkında nefret söyleminde bulunma konulu 1805 (2007) sayılı Karar<sup>15</sup> çıkarılmıştır. Kararda, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun 7 numaralı Genel Tavsiye Kararı kapsamında dini temelde olsun veya olmasın nefret söyleminin hukuken cezalandırılması gerektiği vurgulanmış ve bir ifadenin, cezalandırılabilir anlamda nefret söylemi teşkil edebilmesi için dini/dinleri sebebiyle belirli bir kişi veya gruba yönelik nefret, ayrımcılık veya şiddet için çağrıda bulunuluyor olması gerektiği belirtilmiştir. Parlamenterler Meclisi, ulusal hukukların dini konulara ilişkin açıklamaları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca demokratik bir toplumda gerekli görüldüğü nispette sadece kamu düzenini ciddi ölçüde bozduğu ve bir kişi veya grubun şiddete, ayrımcılığa ve nefrete maruz kalması için çağrıda bulunduğu durumlarda cezalandırması gerektiğini ifade etmiştir.

Parlamenterler Meclisi'nin ilk kararı üzerine yapılan araştırmaların ve anketlerin bir sonucu olarak Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)'nun İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye İlişkin

---

<sup>14</sup> Resolution 1510 (2006), Freedom of Expression and Respect For Religious Beliefs, The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 28 June 2006 için bkz. <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERes1510.htm>>, erişim tarihi: 15.07.2014.

<sup>15</sup> Resolution 1805 (2007), "Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion", The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 29 June 2007 için bkz. <<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm>>, erişim tarihi: 15.07.2014.

Raporu<sup>16</sup> yayınlanmıştır. Raporda gerçek bir demokraside, toplumu aşırı da olsa karşıt görüşlerden korumanın yolunun ifade özgürlüğüne sınır koymakla gerçekleşmediği, aksine açık kamusal tartışmanın sağlanması ve korunması ile hem hakların hem de birey ve toplumların korunabileceği vurgulanmıştır. İfade özgürlüğüne sınırın konulabileceği tek örnek olarak, nefrete kışkırtması sebebiyle demokrasinin temelleriyle çatışan fikirler ve yayınlar gösterilmiştir.<sup>17</sup> Komisyon'a göre kişilerin dini inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması çerçevesinde yapılacak olan sınırlandırmalar, hem 'başkalarının haklarının korunması' hem de 'kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanması' meşru amaçlarını güdebilir. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırma, inanç sistemlerinin eleştirilmesinin engellenmesi amacını değil, belli inanç ve görüşteki bireyleri koruma, toplumsal barışı ve kamu düzenini sağlama amacını taşımalıdır. Bir bireye veya gruba yönelik nefret savunulmadığı sürece, inanç sistemleri, açıkça, sertçe ve hatta mantıksız bir şekilde eleştirilebilir. Komisyon'a göre, dini duygulara hakaret (ve hatta küfür) ile nefret söyleminin sınırı çoğu zaman bulanıklaşır ve hakaret içeren bir söylemin ne kadarının fikirlerin dışavurumu ne kadarının ise nefrete kışkırtma olduğunun belirlenmesi zorlaşır. Yapılması gereken, refleks olarak dini duygulara hakareti cezalandırmak değil, nefrete kışkırtma özelinde derin bir analiz yapmaktır. Hakaret ile nefret söylemini ayırmada açıklamanın hangi bağlamda yapıldığı, hangi şekilde sunulduğu (sanatsal bir eser formatında mı, medya aracılığıyla mı vs.), ifadenin muhatap aldığı kitle, ifadenin sahibi (öz. siyasetçi ise böyle ifadelerden kaçınma ödevi vardır) gibi kriterler kullanılabilir. Komisyon'a göre bazıları tarafından dini duygularını incittiği şeklinde algılansa da, dini görüşlerin eleştirilebilmesi gerekir ve bir ilke veya dogmaya veya bir dinin temsilcisine hakaret, o dine inanan bir bireye/kitleye hakaret teşkil etmeyebilir.<sup>18</sup> Farklı toplumlarda çok farklı hassasiyetlerin gözlemlendiğini belirten Komisyon, bunun geçmişte küfrün ve dini

---

<sup>16</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, "Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred", Oct. 17-18, 2008 için bkz. <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2008\)026.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2008)026.aspx)>, erişim tarihi: 30.06.2014.

<sup>17</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 46.

<sup>18</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 76, 77. Buna paralel bir AİHM kararı için bkz. Klein/Slovakya, Başvuru no: 72208/01, 31.01.2007 ve Aydın Tatlav/Türkiye, Başvuru no: 50692/99, 02.08.2006.

duygulara hakaretin, günümüzde ise nefrete kışkırtma (nefret söylemi) suçunun yorumunda etkili olduğunu vurgulamıştır. Demokratik toplumların bu tür hassasiyetlerin rehinesi olmaması gerektiği konusunda uyarıda bulunan Komisyon'a göre ifade özgürlüğü her şiddetli tepkiyle karşılaştığı durumda rastgele geri çekilmemelidir.<sup>19</sup>

### 1.1.2.3 Avrupa Birliği

2007 yılı itibarıyla Avrupa Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığını İzleme Merkezi (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia)'nin yerini alan Avrupa Temel Haklar Ajansı ("FRA"),

AB çapında temel haklar bağlamında etkili bir bilgi alanı oluşturulması, bu bilgilerin muhafaza edilmesi ve yayılması; bu bilgiler ışığında insan haklarına ilişkin politika ve eylemlerin geliştirilmesine yönelik olarak ilgili AB kurumları ve üye devletlere tavsiye ve görüş sunma; değişik araçlar vasıtasıyla AB çapında temel haklara yönelik farkındalık oluşturma ve temel hakların geniş bir platformda korunması ve geliştirilmesini mümkün kılacak şekilde sivil toplum başta olmak üzere geniş bir işbirliği ağı kurmada önemli ve kilit bir rol<sup>20</sup>

üstlenmiştir. Ajans, insan hakları politikaları alanında Avrupa Birliği ("AB") kurum ve üye ülkelerine bir nevi danışmanlık vermektedir. Ana çalışma alanı ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve antisemitizmle (ve dine dayalı hoşgörüsüzlükle) mücadele olan Ajansın yayınladığı raporlar ve görüşler, bağlayıcılıktan uzak olsa da nefret söylemi konusunda var olan uygulamayı güncel olarak gözler önüne sermektedir. Ajansın, 'antisemitizm' isimli özet raporu, AB üyesi ülkelerdeki yahudilere karşı gerçekleştirilen ayrımcılık ve nefret suçlarını ortaya koyan araştırması, 'ırkçılık ve yabancı düşmanlığına ilişkin çerçeve kararı', 'AB'de nefret ve önyargı saikiyle işlenen suçlar', 'AB'de nefret suçlarını görünür kılmak', 'suç mağdurları olarak azınlıklar', 'ırkçılık, ayrımcılık, hoşgörüsüzlük ve aşırılık' ile 'ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve medya' konulu çok kapsamlı çalışmaları bulunmaktadır.

<sup>19</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 81.

<sup>20</sup> V. Atilla Oğuşgil, "AB Temel Haklar Ajansı'nın İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesindeki Rolü ve Etkinliği", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 9, Sayı: 35, 2013, s. 78, 79.

AB bünyesinde din özelinde vurgunun yapıldığı bir metin olarak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 3 Ekim 1989 tarih ve 89/552/EEC sayılı 'Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi'<sup>21</sup> gösterilebilir. Yönerge'nin 12. maddesinde, televizyon reklamcılığının insan onuruna saygı ilkesine riayet edilerek yürütülmesi, reklamcılıkta ırk, cinsiyet ve milliyete dayalı ayrımcılık yapılmaması, dini ve siyasi görüşlere saldırı mahiyetinde, inanışları incitici reklamlara yer verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

### 1.1.3 Karşılaştırmalı Hukukta Nefret Söylemi

Venedik Komisyonu'nun 'İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye İlişkin Raporu'nda<sup>22</sup> toplanan verilere göre Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin neredeyse tamamında nefrete kışkırtma anlamında nefret söylemi düzenlemeleri bulunmaktadır.<sup>23</sup> Avusturya, Kıbrıs, Yunanistan, İtalya ve Portekiz gibi ülkelerde salt nefrete değil, ayrımcılık veya şiddeti yaratmaya meyilli eylemlere kışkırtma da cezalandırılmaktadır. Litvanya ise hem nefrete hem de şiddete kışkırtmanın cezalandırıldığı bir ülkedir. Çoğu üye ülkede, dini nefrete kışkırtma, genel manada nefrete kışkırtma suçunun altında sayılmaktadır. Nefret temeli olarak bu ülkelerde genellikle ırk, milliyet ve din kapsama alınırken, bazen cinsiyet veya cinsel yönelim, siyasi görüş, dil, sosyal statü, fiziksel veya zihinsel engel de bir kategori olarak kabul edilebilmektedir. Gürcistan, Malta, Slovakya ve Makedonya, dinin açıkça bir nefret temeli olarak öngörülmediği ülkelerdir. Ermenistan, Bosna, Letonya, Karadağ, Sırbistan, Slovenya ve Ukrayna gibi ülkeler, nefrete kışkırtmanın şiddet yoluyla gerçekleştirilmiş veya gerçek anlamda şiddete tahrik etmiş olması halinde suçun gerçekleştiğini kabul etmektedir. Konseye üye ülkelerin çoğu, nefrete kışkırtmanın kamusal alanda gerçekleşmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu durum, Ermenistan ve

---

<sup>21</sup> Council Directive, 89/552/EEC, Council Directive on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, 3 October 1989 için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:EN:HTML>>, erişim tarihi: 17.07.2014.

<sup>22</sup> Venice Commission, Study no. 406/206.

<sup>23</sup> Konuya ilişkin detaylı bir tablo için bkz. Venice Commission, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers In A Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe, s. 149.

Fransa için cezayı ağırlaştırıcı bir sebeptir. Avusturya ve Almanya'da, nefrete kışkırtmanın suç teşkil edebilmesi için kamu düzeninin bozulması gerekmektedir. Yine Ermenistan, Azerbaycan, Çek Cumhuriyeti ve Romanya, basın yoluyla nefrete kışkırtmayı daha katı düzenlemelere tabi tutmaktadır.

Nefret uyandırma niyeti genelde suçun oluşumu için zorunlu tutulmazken, Kıbrıs, İrlanda, Malta, Portekiz, Ukrayna, İngiltere ve Galler aksi yönde bir düzenleme yapmıştır. Taksir dahi bir kusur türü olarak dikkate alınabilmektedir. İrlanda'da, nefreti uyandırma niyetinin olmadığı veya ilgili sözlerin, davranışın tehdit edici, incitici olabileceğinin farkında olunmadığı veya buna niyet edilmediği, bir savunma olarak sunulabilmektedir. İtalya'da söz konusu ifade veya davranışın nefreti uyandırması veya uyandırmasının niyetlenmesi veya nefreti uyandırabilme potansiyelinin olması cezalandırılmaktadır.

İngiltere'nin 2006 tarihli 'İrksal ve Dini Nefret Yasası'<sup>24</sup>, dini inanışları veya inançsızlıkları sebebiyle bireylere yönelik nefretin tahrik edilmesini, uyandırılmasını hukuka aykırı sayarken; ifade özgürlüğünün korunabilmesi için Yasa'da yer alan hiçbir hükmün, herhangi bir dini inanışın eleştirilmesini engelleyip tartışılmasını sınırlandıracak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir.

Son yıllarda yürütülen çalışmalar, yaratılan farkındalık ve uluslararası belgelerin taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerin de etkisiyle özellikle Kıta Avrupasında, ülkeden ülkeye suçun oluşumu için aranan şartlar farklılık arz etse de, nefret söylemini cezalandırma eğiliminde ortak bir paydada buluşulduğu söylenebilir.

## **1.2 Türkiye'de Nefret Söylemi**

### **1.2.1 Nefret Söylemine İlişkin Düzenlemeler**

Nefret söylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 'Kamu Barışına Karşı Suçlar' bölümünde yer alan 'Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama' başlıklı 216. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

<sup>24</sup> Racial and Religious Hatred Act 2006 için bkz.

<[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga\\_20060001\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga_20060001_en.pdf)>, erişim tarihi: 09.08.2014.

(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.

Maddenin 1. fıkrasında suç olarak sayılan kin ve düşmanlığa tahrik eyleminde, unsur olarak kin ve düşmanlığın öngörülmesi, çalışmanın 3. Bölümünde incelenecek olan AİHM'in nefret söylemine ilişkin içtihadında referans aldığı kriterlerle uyum göstermektedir. Gerekçede sadece "şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler" in madde kapsamında değerlendirilebileceğinin belirtilmesi de bu içtihadı uygundur. Sistematik bir yorumla incelendiğinde, maddeyle korunmak istenen menfaatin kamu güvenliği olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu ise, nefret söyleminin ucunun nereye kadar uzandığının bir göstergesidir. Gerçekten de nefret söylemi failinin hedefi, mağdurdan ziyade mağdurun temsil ettiği kimlik ve bu kimlikle kendini tanımlayan gruplardır. Maddenin gerekçesinde suçu oluşturan 'tahrik'in, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli, ağır ve yoğun olması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, belli görüşteki kişi, sınıf ve gruplara karşı dostça olmayan her düşünce açıklamasının, kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacağına işaret etmiştir.<sup>25</sup>

Tahrikin aynı grup içerisinde ancak farklı görüşlere sahip olanlar arasında yaratılması bu suçu oluşturmayacağı gibi, farklı sınıflar arasında kin ve düşmanlığı tahrik etmeden devlet idaresinin uygulamalarını ağır şekilde de olsa eleştirmek de bu madde bakımından suç teşkil etmeyecektir. Halkı devlete karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmek bu maddenin kapsamına girmemektedir. Ancak eski Türk Ceza Kanunu döneminde suçun muadili olan 312. maddenin kapsamı, laiklik uygulamalarının

<sup>25</sup> Yargıtay 8. CD., E. 1989/9668, K. 1989/3475, t. 21.04.1989.



eleştirilmesi başta olmak üzere siyasal düzenle bir biçimde uyuşmayan tüm düşüncelerin ifade edilmesini cezalandıracak kadar geniş tutulmuştur.<sup>26</sup> Yargıtay, önüne gelen bir davada sorumlu yazı işleri müdürünün, yöre halkını etnik köken ve bölge ayrımı gözeterek devlete karşı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.<sup>27</sup>

Gazeteci ve avukat Orhan Kemal Cengiz'in 216. maddenin uygulamasına ilişkin eleştirisi dikkate değer vehamettedir. Cengiz, 216. madde için:

Kim ki 'Kürtler vardır' diyor, onlara karşı kullanılıyor. Rakamın bu kadar çok olması aynı şüpheyi uyandırıyor. Oysa 216 tipik nefret söylemini cezalandıran maddedir. Fakat bunun Ermeniler ya da Alevilere yönelik kışkırtmalar ve söylemler için kullanıldığına bir kez tanık olmadım. Nadiren uygulanıyor. Yargıç ve savcıların zihinsel kodları buna uygun değil. Onlar halkı kin ve düşmanlığa sevk etmekten Türkiye'nin çok etnisiteli toplum olduğunu söylemeyi anlıyor. Kırılğan grupların korunması için geçerli olacak bu madde, kırılğan gruplara karşı kullanılıyor.<sup>28</sup>

diyerek, uygulamaya yansıyan kemikleşmiş ideolojileri ortaya koymuştur.

Suçun oluşabilmesi için kin ve düşmanlığa tahrikin alenen gerçekleşmesi gerekmektedir. Aleniyetten kasıt, suçun, herkesin algılayabilmesinin sağlanacağı şekilde, elverişli bir vasıtayla elverişli bir ortamda işlenmesidir. Suçun oluşabilmesi için ayrıca kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, maddenin nasıl anlaşılması gerektiğine ışık tuttuğu bir kararında suçun oluşumu için şiddet çağrısının ve kamu düzeni bakımından somut ve yakın bir tehlikenin var olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>29</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi içithadından mülhem 'açık ve yakın

---

<sup>26</sup>Ali Okumuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti, Adalet, Ankara, 2007, s. 166, 176. Konuyla ilgili karar için bkz YCGK, E. 2004/8-201, K. 205/30, 15.03.2005.

<sup>27</sup> Yargıtay 8. CD., E. 1994/6163, K. 1994/7188, t. 10.06.1994.

<sup>28</sup> Aktaran İsmail Saymaz, "Nefret Suçunu Kürtler mi İşliyor?", Radikal, 17.09.2012, <[http://www.radikal.com.tr/turkiye/nefret\\_sucunu\\_kurtler\\_mi\\_isliyor-1100642](http://www.radikal.com.tr/turkiye/nefret_sucunu_kurtler_mi_isliyor-1100642)>, erişim tarihi: 27.07.2014.

<sup>29</sup> YCGK, E. 2004/8-30, K. 2004/206, 23.11.2004.

tehlike'den ne kastedildiği, hangi durumlarda tehlikenin yeterince açık ve yakın olduğu ancak içtihatla somutlaştırılabilecektir.

216. maddenin ikinci fıkrasında halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin alenen aşağılanması suç olarak sayılmıştır. Aşağılama eyleminin, aşağılanan kesimin sayılan özelliklerinden dolayı gerçekleşmesi gerekmektedir. Belli bir gruba yönelik nefret söylemine işaret eden bu düzenleme ile ifade özgürlüğünün sınırlanmasında devlete geniş bir takdir yetkisi tanımamak adına aşağılamanın, yoğun ve incitici olması ve hatta şiddete kışkırtması aranabilir. Kişisel aşağılamalar elbette bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında bir halk kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç haline getirilmiştir. Fiilin cezalandırılabilmesi için, 'kamu barışını bozmaya elverişli' olması gerekir. Açık ve yakın tehlike kavramına benzerlik gösteren 'kamu barışını bozmaya elverişlilik' ölçütünün, ondan daha az tahammüle izin veren bir ölçüt olduğu belirtilmektedir.<sup>30</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 218. maddesi, 216. maddede sayılan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halini cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlemiştir. Nefret söyleminin özellikle basın-yayın yoluyla gerçekleşmesi halinde yaratacağı etkinin katlanacağı ve kamu barışını bozma noktasında suçun daha elverişli olacağı dikkate alındığında düzenlemenin makul olduğu söylenebilir.

Konunun önemine binaen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 'yayın hizmeti ilkeleri' başlıklı 8. maddesinde yayın hizmetlerinin ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemeyeceği, toplumda nefret duygularını oluşturamayacağı ve ırk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, engellilik, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içerip teşvik edemeyeceği belirtilmiştir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Televizyon Yayıncıları Derneği tarafından, Türkiye'de televizyon yayıncılığı

---

<sup>30</sup> Ali Okumuş, s. 177.

alanında yaşanan sorunlar karşısında yayın kuruluşlarının etrafında uzlaşacakları ortak bir etik davranış zemini oluşturulması amacıyla yürütülen çalışmalar sonucunda hazırlanan ‘Yayıncılık Etik İlkeleri’ de daha genel bir ifadeyle benzer sorumlulukların altını çizmektedir. Türkiye’de iletişim özgürlüğü, meslek etiği ve ilkelerini savunan bağımsız bir özdenetim kuruluşu olarak kurulan Basın Konseyi de yayınladığı ‘Basın Meslek İlkeleri’nde hiç kimsenin; ırkı, cinsiyeti, yaşı, sağlığı, bedensel özrü, sosyal düzeyi ve dini inançları nedeniyle kınanamayacağını, aşağılanamayacağını; düşünce, vicdan ve ifade özgürlüğünü sınırlayıcı, genel ahlak anlayışını, din duygularını, aile kurumunun temel dayanaklarını sarsıcı ya da incitici yayınların yapılamayacağını ve şiddet ve zorbalığı özendirici, insani değerleri incitici yayın yapmaktan kaçınılacağını vurgulamıştır.

Türkiye Gazeteciler Cemiyeti’nin yayınladığı ‘Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi’nin ‘Gazetecinin temel görevleri ve ilkeleri’ başlıklı E bölümünün 3. bendine göre de;

Gazeteci; başta barış, demokrasi ve insan hakları olmak üzere, insanlığın evrensel değerlerini, çok sesliliği, farklılıklara saygıyı savunur. Milliyet, ırk, etnisite, cinsiyet, dil, din, sınıf ve felsefi inanç ayrımcılığı yapmadan tüm ulusların, tüm halkların ve tüm bireylerin haklarını ve saygınlığını tanır. İnsanlar, topluluklar ve uluslar arasında nefreti, düşmanlığı körükleyici yayından kaçınır. Bir ulusun, bir topluluğun ve bireylerin kültürel değerlerini ve inançlarını (veya inançsızlığını) doğrudan saldırı konusu yapamaz. Gazeteci; her türden şiddeti haklı gösterici, özendirici ve kışkırtıcı yayın yapamaz.<sup>31</sup>

Bu alanda gazetecilerin sorumluluğunun yanında, kamuoyunda tanınan kişilerin ve özellikle siyasetçilerin de sorumluluğu yadsınamaz boyuttadır. Nitekim Türkiye Gazeteciler Cemiyeti Yönetim Kurulu 8.8.2014 tarihli açıklamasında Başbakan dahil olmak üzere, siyasetçileri de etnik ayrımcılığı körükleyen nefret söyleminden vazgeçmeye çağırıştır.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> ‘Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi’ için bkz. <<http://www.tgc.org.tr/bildirge.asp>>, erişim tarihi: 27.07.2014.

<sup>32</sup> TGC Yönetim Kurulu’nun açıklaması için bkz. <<http://www.tgc.org.tr/duyuru.asp?did=809>>, erişim tarihi: 15.08.2014.

## 1.2.2 Muhtelif Çalışma ve Öneriler

Türkiye’de nefret söylemine ilişkin olarak iki kapsamlı çalışma öne çıkmaktadır. Bu çalışmalardan ilki, Irkçılığa ve Milliyetçiliğe Dur De girişiminin katkısıyla Sosyal Değişim Derneği tarafından hazırlanan, Açık Toplum Vakfı ve Hollanda Konsoloslugu tarafından desteklenen 29 Nisan 2010 tarihli ‘Ulusal Basında Nefret Suçları: On Yıl, On Örnek’ adlı çalışmadır. Çalışmanın amacı, nefret söylemi ve nefret suçlarını kamuoyunun gündemine taşımak ve bu alanda farkındalığın artırılmasıyla sorunun çözümüne katkı sağlamaktır. Türkiye’nin adeta nefret haritasını ortaya koyan çalışmada, başta kültürel kimlikler olmak üzere pek çok temelde farklılıklara yönelik algıların ve önyargıların boyutu gözler önüne serilmiştir. Çalışmada nefret söylemi ve nefret suçlarıyla mücadelenin çok boyutlu bir yapı arz ettiği, hukuk, medya, eğitim alanları başta olmak üzere tüm toplumsal yapıların sorgulanması ve bu bağlamda gözden geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çalışmaya göre, sorun, sadece nefret söyleminin ve nefret suçlarının hedefi olan grupların sorunu değil, tüm toplumun sorunudur dolayısıyla çözümünde de kolektif olarak rol alınmalıdır.

Uluslararası Hrant Dink Vakfı, özellikle Dink cinayeti sonrasında nefret söylemi ve nefret suçlarına ilişkin çalışmalarını yoğunlaştırarak bu alandaki tartışmalara ve doktrine önemli katkılarda bulunmuştur. Vakıf, ‘Medyada Nefret Söyleminin İzlenmesi’ çalışmasını başlatarak, Türkiye’de ırkçılık, ayrımcılık ve hoşgörüsüzlükle mücadeleye katılmıştır. Bu çalışma ile Vakıf, “medyanın sivil denetiminin önemini gözeterek, ırkçılık, ayrımcılık ve ötekileştirmenin üretilmesi ve yeniden üretilmesinin en önemli araçlarından biri olan medyada insan hakları ve farklılıklara saygının güçlendirilmesini, belli kimlik özellikleri üzerinden hedef alınan kişi veya gruplara yönelik ayrımcı dil ve nefret söylemine dikkat çekmeyi ve bu konuda farkındalık yaratmayı hedeflemektedir”.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Uluslararası Hrant Dink Vakfı, Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Dil Eylül-Aralık 2013 Raporu, s. 2, <http://www.hrantdink.org/?Detail=937>, erişim tarihi: 10.06.2014.

Vakıf, dörder aylık periyotlarla rapor yayınlamakta ve Türkiye'nin dönemlik karnesini ortaya koymaktadır. Ocak-Nisan 2014 dönemine ilişkin rapor, Türkiye'de nefret söylemi örneklerinin arttığını gözler önüne sermektedir.<sup>34</sup>

Dink Vakfı, 'İnciten Sözler, Yaralayan Fiiller: Nefret Söylemi ve Nefret Suçları' adlı üç günlük konferansın sunumlarından oluşan 'Nefret Suçları ve Nefret Söylemi' başlıklı kitabı yayınlamak suretiyle nefret söylemiyle mücadele alanına bir başka değerli katkıda bulunmuştur. Kitapta, söylemin gücü, Türkiye'nin sosyolojik yapısı, nefret söylemi ve nefret suçu örnekleri, medyanın rolü, Türkiye ve diğer ülkelerde nefret söylemi ve nefret suçlarıyla ilgili mücadele örnekleri, ulusal, bölgesel ve uluslararası mekanizma ve standartlar, medyanın işleyişindeki sorunlar, yeni medyada nefret söylemi ve Türk hukuk sisteminin neden mücadelede yetersiz kaldığı gibi konular tartışılmış ve açıklığa kavuşturulmuştur. Nefret söylemi ve nefret suçlarıyla mücadelenin yalnızca tanık olduklarımız ve yaşadıklarımızla sınırlı olmadığı, nefret söyleminin Avrupa ve Amerika başta olmak üzere dünya çapında giderek yaygınlaşan bir sorun olduğu vurgulanarak kalıcı bir çözüm üretebilmek için konuya interdisipliner bir yaklaşımla yaklaşılması ve mücadelenin işbirliği ve iletişim içinde gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çalışmaların dışında, Irkçılığa ve Milliyetçiliğe Dur De girişimi medyayı yakından izlemekte, medyada muhtelif temelerde nefret söylemi teşkil eden demeç/yazı ve olayları incelemek suretiyle her ay, 'ayın ırkçısı'nı seçmektedir.

Türkiye'nin en yaygın sivil girişimlerinden biri olarak kabul edilen ve nefret söylemi ile nefret suçlarına karşı mücadele yürüten Türkiye Barış Meclisi ise barışın dilde başlaması gerektiğini vurgulayarak özellikle siyasetin diline dikkat çekmektedir. Meclis, Türkiye'de bağımsız bir 'ayrımcılıkla mücadele komisyonu'nun kurulmasını önermektedir.

---

<sup>34</sup> 'Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Dil, Ocak - Nisan 2014 Raporu' için bkz. <[http://nefretsoylemi.org/rapor/HDV\\_ocak-nisan2014\\_rapor.pdf](http://nefretsoylemi.org/rapor/HDV_ocak-nisan2014_rapor.pdf)>, erişim tarihi: 27.07.2014.

## 1.3 Nefret Söyleminin Benzer Kavramlarla İlişkisi

### 1.3.1 Küfür (Blasphemy)

Venedik Komisyonu'nun 'İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye İlişkin Raporu'nda<sup>35</sup> da belirttiği gibi küfrün tek tip bir tanımı bulunmamaktadır. Yüzyıllardır varlığını koruyan bir kavram olan blasphemy, genel manada "Tanrıya veya kutsal sayılan herhangi bir şeye karşı saygısızlık gösterme, küçük görme, aşağılama eylemidir."<sup>36</sup> Küfür, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin çok azında (Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, San Marino ve Lihtenştayn'da) bir suç olarak kabul edilmektedir ve cezası da hafiftir. Günümüzde Avrupa'da çok az soruşturulan küfür, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gerekçe olarak pek kullanılmamaktadır. Hatta küfre ilişkin var olan az sayıdaki düzenlemenin de küfrün geçmişte hep hakim dinin lehine kullanıldığı dikkate alındığında ve Avrupadaki dinsel çeşitlilik karşısında geri çekilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>37</sup>

### 1.3.2 Hakaret (Religious Insult)

Dine ve dini duygulara hakaret (religious insult), küfürden farklı olarak Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin neredeyse yarısı tarafından suç olarak düzenlenmiştir. Venedik Komisyonu'nun 'İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye İlişkin Raporu'nda, hakaretin, 'belirli bir dine mensup olma sebebiyle yapılan hakaret' ile 'dini duygulara hakaret'i içerdiği belirtilmiştir.<sup>38</sup> Cezası küfre oranla daha ağır olan hakaret suçu bakımından en kritik nokta, bazı durumlarda nefret söyleminin çizgisini geçip geçmediğidir. Küfür, hakaret ve nefret söylemi (nefrete kışkırtma), Komisyon'un raporu uyarınca kademelendirildiğinde, küfür teşkil eden ifadeler, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için yeterli görülmeyen, en alt tabakayı oluşturmaktadır. Nefret söyleminin, dini temelli nefrete kışkırtma (incitement to

---

<sup>35</sup> Venice Commission, Study no. 406/206.

<sup>36</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 24.

<sup>37</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 59, 62.

<sup>38</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 28.

religious hatred) çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru bir sebep olarak en üst kademeye yerleştirildiği skalada, hakaret ikircikli bir durum arz etmektedir. Hakaret içeren, incitici ifadeler, küfre göre daha saldırgan ve aşağılayıcı olmakla birlikte her zaman dini temelde nefrete kışkırtmayabilir.<sup>39</sup> Nefrete kışkırtmadıkları sürece, bu ifadeler karşısında ifade özgürlüğünü korumak, demokrasinin gereğini yerine getirmeye eş değerdir. Bu sebeple, dini duygulara hakaretin veya belli bir dine mensup olma sebebiyle yapılan hakaretin saf haliyle cezalandırılabilir bir eylem olması tercih edilmemektedir. Hatta ırka yönelik hakaret ile dini duygulara yönelik hakaret arasında, ırkın değiştirilemez ancak dinin değiştirilebilir olması bakımından fark gözetilerek dine yönelik hakarete daha geniş bir eleştiri marjının olduğu da belirtilmektedir.<sup>40</sup> Dini duygulara hakaretin cezalandırılmasının, herkese (potansiyel fail ve mağdurlara), etkin bir demokraside gereksiz yere sarfedilen incitici sözlerin tolere edilmediğine ilişkin güçlü bir mesaj vereceğini kabul eden Komisyon, ceza hukukuna başvurunun son çare olarak tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>41</sup>

### 1.3.3 Nefret Suçu (Hate Crime)

Yaygın kanaatin aksine nefret söylemi ile nefret suçu kavramları birbirinden ayrı iki mefhuma işaret etmektedir. Nefret suçuna kapı açtığı kabul edilen nefret söylemi bu bağlamda nefret suçunu besleyen bir unsur olarak tanımlanmaktadır.<sup>42</sup> Adından da anlaşılacağı üzere daha ziyade nefret suçları cezalandırılan eylemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünyada nefret suçlarının kavramsal olarak ortaya çıkışı 1980’li yılların ortalarına denk gelmektedir.<sup>43</sup> Nefret suçları genellikle ulusal düzlemde

---

<sup>39</sup> Ergun Özbudun, “Freedom of Expression, Religious Insult and Hate Crime”, Turkish Review, Vol. 3/1, 2013, s. 60.

<sup>40</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 60.

<sup>41</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 65-66.

<sup>42</sup> Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 68; Fethiye Çetin, “Yargı Söylemi ya da Hukukun Hakikati”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 126.

<sup>43</sup> Jack Levin, “Hate Crimes”, The Blackwell Encyclopedia of Sociology, der. George Ritzer, Cilt 4, US, 2007, s. 2048. Kavramın ABD’de, medeni hak hareketi (civil rights movement) tarafından geliştirildiği yönünde bkz. Taner Kılıç, “Nefret Suçları İle Mücadelede Bir Örnek: Güney Yoksulluk

tanımlanmaktadır. Uluslararası ölçekli, genel kabul görmüş bir tanıma rastlanmamaktadır. Bu planda sadece, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın ("AGİT") yapmış olduğu tanım, üzerinde mutabık kalınmış kapsayıcı bir tanım olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>44</sup> Tanıma göre nefret suçu "mağdurun, mülkün ya da suçun hedefinin, gerçek ya da öyle algılanan ırk, ulusal veya etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörler gibi üyelerinin ortak özellikler taşıdığı bir grupla gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği/aidiyeti nedeniyle seçildiği; kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suçtur".<sup>45</sup> Elbette tanımın, nefret suçlarına yönelik farkındalığı artırma, hükümetleri nefret suçlarına ilişkin düzenleme yapma konusunda teşvik etme ve onlara yol gösterme dışında hukuken bağlayıcı addedilebilecek bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim tanımın sonunda devletlerin mevzuat, kaynak, yaklaşım ve ihtiyaçları ölçüsünde bu tanımda değişiklik yapabileceği belirtilmiştir.

Gerek nefret söylemi gerek nefret suçlarının tanımı yapılırken genellikle ırk, etnik köken ve din temelli bir tanımlama yapılmaktadır. Bunun sebebi, tarihsel tecrübelerin tedrici olarak hukuk metinlerine yansımalarıdır. Ancak çok yakın bir geçmişte, hedef olabilecek grupların aidiyet temelleri, karakteristik özellikleri genişletilmiş ve cinsiyet, yaş, cinsel yönelim, engellilik gibi temeller de tanıma dahil edilmiştir. Ülkelerin tarihi ve sosyal kodları ve toplumlarının ihtiyaçlarına bağlı olarak yasal mevzuatlarında koruma altına aldıkları özellikler farklılaşmaktadır.

Nefret suçları iki unsurdan müteşekkildir. Nefret suçundan bahsedebilmek için ceza kanunlarında yer alan suçlardan birinin önyargı saiki ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Suç, herhangi bir suç olabilir. Saik, adi suçtu nefret suçuna dönüştürecektir. Hedef, bir grup, gruba mensup bir kişi veya onlara ait bir mülk

---

Hukuk Merkezi (SPLC)", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 172.

<sup>44</sup> AGİT'in İnsan Hakları ve Demokratik Kurumlar Dairesi (ODIHR), nefret suçlarının önlenmesi ve takibi noktasında çalışmalar yürütmektedir ve bu çerçevede yine AGİT bünyesinde Hoşgörü ve Eşit Muamele Bilgilendirme Sistemi (TANDIS) oluşturulmuştur.

<sup>45</sup> Hate Crimes in the OSCE Region – Incidents and Responses (Annual Report for 2007), ODIHR, Warsaw, 2008, s. 11, <<http://www.osce.org/odihr/33989?download=true>>, erişim tarihi: 01.06.2014.



olabilirken; önemli olan suçun, önyargı saikiyle, daha somut bir ifadeyle kişinin veya grubun temsil ettiği/sahip olduğu ırk, dil, din, ten rengi, etnisite, cinsiyet, cinsel yönelim gibi ayırt edici özellikler sebebiyle işleniyor olmasıdır. Bu haliyle nefret suçları ayrı bir suç kategorisi olarak da düzenlenebilir. Her ne kadar adında nefret geçiyor olsa da nefret suçunun oluşumunda failin mağdurdan kişisel olarak nefret etmesi, failin mağduru tanıyıp tanımadığı<sup>46</sup>, ona düşmanlık beslemesi gerekmez. Önemli olan hedefin seçilmesinde, sayılan ayırt edici özelliklerin etkisidir. Zira failin asıl hedefi, mağdurun veya suça konu edilen malın ilişkili olduğu ve sayılan belirli karakteristikleri taşıyan gruptur. Hedef rastgele, sırf bu ilişkisi sebebiyle de seçilmiş olabilir. Üstelik hedefin aslında söz konusu gruba gerçekten mensup olması da aranmamaktadır.

Görüldüğü gibi önyargı suçun olmazsa olmaz bir şartıdır. Sosyal bilimci Gordon W. Allport'a göre önyargı, "bir gruba dahil ve böylelikle o gruba atfedilmiş karşı çıkılabilir özelliklere sahip olduğu varsayılan bir kişiye yönelik, yalnızca kişinin o gruba ait olmasından kaynaklanan, yön değiştirmiş veya düşmanca tavır"dır.<sup>47</sup> Yazarın önyargılara ilişkin çalışmasında<sup>48</sup> önyargılı eylemlerin yoğunluk sırası, nefret söyleminden nefret suçuna geçişin kolaylığını da adeta ortaya koymaktadır. Allport'a göre önyargılı eylemlerin ilk türü yabancı karşıtlığıdır. İkinci aşama, istenmeyen gruptan uzak durmayı içermektedir. Üçüncü aşama, önyargının yoğunlaşmasıyla barınma, eğitim, iş edinme, siyasi hakların kullanılmasında ayrımcı uygulamaların yaşandığı noktadır. Son iki aşamada ise çeşitli özellikleri sebebiyle kişiye/gruba/mülke fiziksel saldırı ve önyargının en uç noktası olarak ifade edilen imha aşaması (soykırım) yer almaktadır. Genellikle suç olarak düzenlenen eylemler bu son iki aşamada yer alan eylemlerdir ve nefret suçu düzenlemeleri de sondan bir önceki aşamaya tekabül etmektedir.<sup>49</sup> Bu tabloda nefret söylemi ilk iki aşamada

---

<sup>46</sup> Ogün Samast'ın Dink soruşturması kapsamındaki sorgusunda Hrant Dink'i tanımadığını ifade etmesi, Samast'ın Dink'e karşı kişisel bir düşmanlık sebebiyle değil, onun Ermeni kimliğine yönelik önyargı saikiyle suçu işlediğini ortaya koymaktadır.

<sup>47</sup> Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Anchor Books Edition, US, 1958, s. 8.

<sup>48</sup> Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Anchor Books Edition, US, 1958, s. 14-15.

<sup>49</sup> Soykırım suçu ile nefret suçu da farklı kavramları ifade etmektedir. Soykırım suçu, nefret suçuna göre daha yaygın ve sistematik şiddet eylemlerini içermekte ve suç, yok etme (özel) kastını gerektirmektedir. Nefret suçundan farklı olarak uluslararası hukukta evrensel kabul görmüş bir tanımı olan soykırım suçu, farklı bir soruşturma ve kovuşturma sürecine tabi tutulmaktadır.

varlık gösteriyor gibi görünmektedir. Allport'un bu kategorizasyonu ile Karalama Karşıtı Birlik ("Anti-Defamation League")'in yayınladığı nefret piramidi<sup>50</sup> arasında paralellik kurulabilir. Piramidin basamaklarından görülebileceği gibi nefret, damgalamayı, kalıplaşmış yargılamaları (stereotip) kabul etmeyi içeren önyargılı tavırdan, küçük düşürücü fıkralar anlatmayı, dalga geçmeyi, uzak durma ve dışlamayı içeren önyargılı davranışlara, oradan çoğu zaman yasal temelde karşılık bulan ayrımcılığa, ayrımcılıktan kişilere ve mülklerine karşı şiddete, şiddetten ise soykırıma varan geniş bir skalada hareket alanı bulmakta ve en alt noktadan en tepe noktaya kadar kolaylıkla ilerlemektedir. Nefret söylemi örnekleri bazı durumlarda, süreç sonunda gerçekleşen nefret suçunun önyargı saikiyle işlendiğini de ortaya koyabilmektedir. AGİT, bu bağlamda nefret söylemi teşkil eden ifadeleri, nefret suçunu oluşturan önyargı saikinin varlığını kanıtlamada kuvvetli bir delil olarak nitelendirmektedir.<sup>51</sup> Önyargı saikinin tespitinde, mağdurun algısı, failin olay sırasındaki davranışları, mağdurla failin karakteristik özellikleri, ilişkileri ve birbirlerinden farkları, olayın gerçekleştiği zaman-mekan-bağlam, hedef bir malsalmanın niteliği ve önemi, olaya süreç sonunda dahi olsa örgütlü bir grubun dahli gibi kriterler kullanılabilir.

Nefret suçunu, nefret söyleminden ayıran en önemli nokta; nefret suçundan önyargı saikinin çıkartılması halinde dahi ortada bir temel fiilin, suçun var olmasıdır. Nefret söyleminde ise asli unsur, söylemin, ifadenin kendisidir. İfade yoksa nefret söyleminden de bahsedilemez. Ortada bir ifadenin bulunması halinde, nefret söyleminin suç olarak düzenlenip düzenlenmediği önem taşıyacaktır. Nefret söylemi suç olarak düzenlendiğinde, suç, başlı başına bu ifadeyi serdetmek, nefret söyleminde bulunmaktır. Söylem hem suç teşkil eden fiili oluşturmakta hem de önyargı saikini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ortada, nefret suçundan farklı olarak, önyargı saikinden ayrılabilir bağımsız bir suç bulunmamaktadır.

Nefret suçunda hedefin neye dayanılarak seçildiğine yukarıda değinilmiştir. Nefret suçuna maruz kalan birey, bireysel nitelikleri sebebiyle değil gruba aidiyeti nedeniyle seçilir. Peki, nefret suçlarında amaç nedir? Amaç, seçilen mağdur veya eşya

---

<sup>50</sup> Anti-Defamation League, "The Pyramid of Hate" için bkz. <[http://archive.adl.org/education/courttv/pyramid\\_of\\_hate.pdf](http://archive.adl.org/education/courttv/pyramid_of_hate.pdf)>, erişim tarihi: 17.08.2014.

<sup>51</sup> OSCE, Hate Crime Laws: A Practical Guide, ODIHR, 2009, s. 26.

üzerinden ilişkili oldukları özel gruba istenmediklerini hissettirmek ve gözdağı vermektir. AGİT'in ifadesiyle nefret suçlarında şiddet aslında gruba yöneltilmektedir ve bireysel görünen bu eylem, bir grubu tümüyle çaresiz bırakarak sindirir. Toplumdaki tüm bireyler aynı tehdidin muhatabıdır. Nefret suçları, önyargıların şiddetli bir dışavurumudur ve etkileri sıradan suçlara göre çok daha yaygın ve derindir.<sup>52</sup>

Türkiye'de bağımsız bir nefret suçu düzenlenmesi veya tüm suçlar açısından önyargı saikini ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Nefret suçu düzenlemeleri olarak, Türk Ceza Kanunu m. 125 f. 3, m. 115 ve m. 153 gösterilmektedir.

Hakaret suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi, 3. fıkrasının b bendinde hakaret suçunun 'dini ... düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi hali' nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Kısaca hakaret suçunun belirtilen türde bir önyargı saikiyle işlenmesi halinde ceza ağırlaşmaktadır. Daha önce vurgulandığı üzere, nefret suçu iki unsurdan müteşekkildir ve özelliği, saikten bağımsız olarak da suç teşkil ediyor olmasıdır. 125. madde özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, suçtan önyargı saiki çıkartıldığında, bağımsız bir suç varlığını koruyacağından düzenleme için nefret suçuyla örtüşüyor denebilir. Ancak düzenlemenin içeriği, madde başlığıyla birlikte değerlendirildiğinde küfür, dini duygulara hakaret, nefret söylemi ve nefret suçu kategorizasyonunda, bu bendin kavramsal olarak dini duygulara hakareti (religious insult) cezalandırdığı söylenebilir.

3. fıkranın c bendinde ise hakaret suçunun 'kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi' hali bir ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır. Dine veya kutsal sayılan değerlere yönelik bu türden incitici ve aşağılayıcı söylemler de nefret suçundan ziyade küfür (blasphemy) kapsamında görülebilir.

---

<sup>52</sup> OSCE, Hate Crime Laws: A Practical Guide, ODIHR, 2009, s. 17.

‘İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme’ suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 115. maddesine göre;

(1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 2/3/2014-6529/14 md.) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(3) (Ek: 2/3/2014-6529/14 md.) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.

Bu maddeyi bir nefret suçu olarak nitelendirebilmek için nefret suçunun iki unsurundan birini teşkil eden önyargı saikinin bulunması gerekir. Maddede sayılan fiillerin ancak önyargı saikiyle gerçekleştirilmesi halinde bir nefret suçundan bahsedilebilir. Bu sebeple, maddenin bir nefret suçu düzenlemesi olarak nitelendirilmesi hatalıdır.

Türk Ceza Kanunu’nun 153. maddesi ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme eylemlerini cezalandırmaktadır. Maddeye göre;

(1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu suç da tıpkı ‘İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme’ suçu gibi önyargı saiki olmadan da işlenebilecek olan bir suçtur ve sadece saikin

varlığı halinde bir nefret suçu olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla maddenin bir nefret suçu düzenlemesi olarak sunulması hatalı gibi görülebilir. Ancak maddenin 3. fıkrasında belirtilen ‘tahkir maksadı’nın nefret suçu için aranan önyargı saikini barındırdığı söylenebileceğinden bu fıkra özelinde bir nefret suçundan bahsedilebilir.

Nefret suçu bahsinde son olarak Türk Ceza Kanunu’nun ‘Nefret ve ayrımcılık’ başlıklı 122. maddesine değinmek gerekmektedir. 2014 yılında başlığı ile birlikte değiştirilen bu madde Türkiye’de sürekli olarak dillendirilen kapsamlı bir nefret suçu düzenlenmesi ihtiyacına cevap olarak sunulmuştur. Ancak madde etrafınca incelendiğinde nefret suçunun sadece maddenin başlığındaki nefret ifadesine inhisar ettiği görülecektir. Maddenin değişen metnine göre;

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
- c) Bir kişinin işe alınmasını,
- d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suç saydığı fiiller bakımından oldukça dar kapsamlı olan maddeyle aslında nefret suçu değil, ayrımcılık suçu cezalandırılmaktadır. Ayrımcılık tıpkı nefret söylemi gibi nefret suçunu beslemekle birlikte ondan farklılık arz eden bir kavramdır. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin ayrımcılık tanımından hareketle ayrımcılık, belli temellere dayalı olarak hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasının ve kullanılmasının engellenmesi veya tanınmasının ve kullanılmasının sınırlandırılması olarak tanımlanabilir. Ayrımcılıkta herhangi bir nesnel nedene dayanmaksızın farklı bir muamelede bulunmak söz konusudur. Bu tanımlama, 122. maddede suç olarak düzenlenen eylemlerle birebir örtüşmektedir. Kaldı ki, maddede geçen nefretin önyargı saikine eş değer olduğunun kabulü halinde dahi, bu saikin olmadığı bir durumda ortada suç teşkil eden bir eylem kalmayacağından madde, nefret suçunun unsurları üzerinden yapılan tanıma da uymamaktadır.

Türkiye’de nefret suçları, özellikle 19 Ocak 2007’de gerçekleşen Hrant Dink cinayetiyle konuşulmaya başlanmıştır. Dink, medyanın yoğun ayrımcılığına ve nefret söylemine maruz kaldıktan sonra nefret suçu cinayetine kurban gitmiştir. Dink cinayetinin öncesinde Trabzon’da Rahip Santoro cinayeti, 18 Nisan 2007’de Zirve Yayınevi katliamı olarak da bilinen cinayetler kapsamında üç hristiyanın Malatya’da öldürülmesi gibi birçok örnek, hakkındaki ulusal ve uluslararası raporların incelenmesine bile gerek olmadan Türkiye’deki durumun vehametini ortaya koymaktadır.

## BÖLÜM II

### TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER İLE DİNİ TEMELLİ NEFRET SÖYLEMİ ÇATIŞMASI

#### 2.1 Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Handyside kararında vurguladığı üzere demokrasinin bel kemiği olan bir özgürlüktür.<sup>53</sup> Demokratik bir toplumun gelişimi ile her bireyin kendini gerçekleştirebilmesi için ifade özgürlüğü elzemdir. Farklı fikirlerin varlığı ile bunların ifade edilmesi, bireylere kendi fikirlerinin doğruluğunu test etme ve alternatifler arasında seçim yapma imkanını sunacaktır.<sup>54</sup> Fikirlerin çarpışması, tartışılması ile de yeni ve belki de üzerinde hiç durulmamış 'daha iyi' fikirler gelişecektir. İfade özgürlüğünün teorik temellere oturtulmasında kullanılan argümanlardan biri olan ve 'gerçeklik argümanı' olarak adlandırılan bu argümana göre "gerçeği elde etmenin yolu fikirlerin serbest pazarından geçer. Bir şekilde yanlış olduğu gerekçesiyle yasaklanan ya da bastırılan bir düşünce "gerçek" olabilir. Bu nedenle gerçeğe ya da doğruya ulaşmanın yolu fikirleri serbest ve yarışmacı bir ortamda sunmaktır. Gerçekliğin testini yapacak olanlar da, fikirlerin pazeryerinde tezgahları dolaşan müşteriler olacaktır."<sup>55</sup> Bu argüman, demokrasi temelli argümanla yakından ilişkilidir. Demokrasiden beslenen argüman uyarınca, "demokratik süreç, fikirlerin serbestçe dolaşımını ve alışverişini gerektirir" zira "demokrasi...mekanik unsurların ötesinde karar alma mekanizmasına mümkün olduğu kadar geniş halk kesimini katılımını gerektirir... bu katılımı mümkün kılacak en önemli etken, bireylerin serbestçe görüşlerini ifade edebilmeleri ...dir"<sup>56</sup>.

Demokrasinin özü plüralizm (çoğulculuk), plüralizmin olmazsa olmazı ise farklı düşünce ve inançlara tahammül, yani hoşgörüdür.<sup>57</sup> Hukuk metinlerinde sıklıkla

---

<sup>53</sup> Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5493/72, 7 Aralık 1976, para. 49.

<sup>54</sup> Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s. 19; Ali Okumuş, s. 56.

<sup>55</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 5; Ali Okumuş, s. 69.

<sup>56</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 8.

rastlanan ve içeriğinden ziyade gerekliliği üzerinde mutabakatın olduğu hoşgörü kavramı ‘modern siyaset teorisinin en sihirli kavramlarından’ biri olarak nitelendirilmektedir.<sup>58</sup> “Çoğulculuk, herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür... Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve dışsal tehditler karşısında siyasal güç tarafından korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez.”<sup>59</sup> Çoğulcu niteliği haiz olmayan, çoğulculuğun desteklenmediği bir toplumda demokratiklikten söz edilemez. Bu sebeple AİHM kararlarında ‘demokratik ve çoğulcu’ ifadesi hep bir bütün olarak kullanılmaktadır.<sup>60</sup> İfade özgürlüğü konusundaki azami hoşgörü, plüralizmi teşvik edecek, bu çoğulcu ve çeşitlilik içeren yapı ise AİHM’in işaret ettiği, hedeflenen o demokrasiyi güçlendirecektir. Tüm bu sebeplerle, demokratik olma vasfını taşıyan her devletin ifade özgürlüğü konusunda ancak asgari düzeyde bir müdahale imkanı olduğu kabul edilir, zira ifade özgürlüğünün yeterince korunmadığı, güvence altına alınmadığı bir devletin demokratik niteliği sorgulanır hale gelir.<sup>61</sup>

İfade özgürlüğü, 1982 Anayasasının 26. maddesinde düzenlenmiştir. ‘Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti’ başlıklı maddeye göre;

Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile

---

<sup>57</sup> Hoşgörünün her zaman arzu edilen anlamda çoğulculuğu sağlamaya yetmeyebileceğine ilişkin bkz. Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s. 4-5 ve hoşgörünün, aslında hiyerarşik bir ilişkiye tekabül ettiğine ilişkin bkz. Zühtü Arslan ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 10, 11.

<sup>58</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 4.

<sup>59</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 6.

<sup>60</sup> Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 14.06.2004, para. 40; Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 13.02.2003, para. 99.

<sup>61</sup> BM İnsan Hakları Komitesi’nin 34 no’lu Genel Yorumu’nun ilk maddeleri ifade özgürlüğünün, demokrasi ve insan hakları için arz ettiği önemin kısa bir özetini sunmaktadır.



bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

İfade özgürlüğünün özel bir biçimi, en yaygın ve etkin kullanımlarından biri olarak nitelendirilebilecek olan basın özgürlüğü de demokratik toplumun esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir. AİHM'e göre, basın, özellikle başkalarının hakları söz konusu olduğunda belirli sınırlara riayet etmekle yükümlüyse de, her şeye rağmen, yükümlülüklerine uygun ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamuyu ilgilendiren (public interest) tüm konularda bilgi ve fikirleri yaymakla görevlidir.<sup>62</sup> Kamunun da bu bilgi ve düşünceleri öğrenme hakkı vardır. Kısaca basın özgürlüğünün içerisinde basının kamuoyunu bilgilendirme/haber verme hakkı ile birlikte toplumun da haber alma hakkı vardır. AİHM'in de vurguladığı üzere basının hayati bir rolü olarak nitelendirilen kamuyu ilgilendiren önemli bilgilerin verilmesi/yayılmasında 'kamunun bekçiliği'ni (public watchdog) yapmasının sağlanması demokratik toplumun yararına.<sup>63</sup> Basın özgürlüğü, basının kamusal tartışmalardaki rolü sebebiyle bilgilerin ve fikirlerin aktarımında belli oranda abartı, sertlik ve hatta provokasyon kullanılabilir.<sup>64</sup> İşte ilintili olduğu bu haklar ağı ve fonksiyonu sebebiyle basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun işlerliği ve bekası için kritik önemi vardır.<sup>65</sup> Nitekim 1982 Anayasasının 28. maddesine göre: "Basın hürdür, sansür edilemez. (...) Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."

Aynı maddede basın hürriyetinin sınırlandırılmasında yine ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kriterlerine atıfta bulunmaktadır.

---

<sup>62</sup> Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29.03.2001, para. 45; Chauvy ve Diğerleri/Fransa, Başvuru no: 64915/01, 29.06.2004, para. 67.

<sup>63</sup> Bladet Tromso and Stensaas/Norveç, Başvuru no: 21980/93, 20.05.1999, para. 59; Chauvy ve Diğerleri/Fransa, Başvuru no: 64915/01, 29.06.2004, para. 67.

<sup>64</sup> Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29.03.2001, para. 46; Dlugolecki/Polonya, Başvuru no: 23806/03, 24.02.2009, para. 37.

<sup>65</sup> Mahkemenin internetin önemine dair görüşleri için bkz. Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, 18.12.2012, para. 48-50, 54.

Muhtelif tezler (demokrasiye, gerçeğin keşfine, kişisel gelişime ve yasaklamanın ters etkisine ilişkin tezler) vasıtasıyla savunulabilecek olan ifade özgürlüğünün<sup>66</sup>, bireyin ‘var’ olması, kişisel gelişimi ve toplumsal hayata katılımı ile toplumun ilerleyebilmesi noktasındaki kilit önemi karşısında hukuksal metinlerin çoğunda mutlak bir özgürlük olarak tanındığı düşünülebilir. Tüm haklar açısından söz konusu olabileceği gibi, ifade özgürlüğünün kullanımı da kamu düzenini, kamu barışını, devletin kurumlarına duyulan güveni zedeleyen, başkalarının saygınlığına, haklarına zarar veren durumları sonuçlayabilir. İşte farklı örnekleri verilebilecek olan bu değerlerin ifade özgürlüğü ile çatıştığı noktalarda ne yönde hareket edilmesi gerektiği hususunda dünyada iki farklı yaklaşımdan bahsedilebilir.

İlk yaklaşımın kaynağı Amerika Birleşik Devletleri’dir. Yukarıda bahsi geçen ‘gerçeklik argümanı’ ile de ilintili olan bu yaklaşımın özünde ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olduğunun ve sınırlandırılmayacağı kabulü yer almaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1945 tarihli Thomas v. Collins kararında Yargıç Jackson’un ifade ettiği gibi “Halkı zararlı fikirlere karşı korumak devletin vazifesi veya hakkı olamaz. Birinci Değişikliğin temel amacı, kamusal makamların basın, ifade ve inançları sınırlamak suretiyle toplumun zihnini korumaya kalkışmasını engellemektir.”<sup>67</sup> Çoğunluk iradesinin, temel hak ve özgürlüklerle kısıtlandığı liberal bir demokratik sistemin öncülüğünü yapan ABD sisteminde amaç, özellikle korku ve paranoya dönemlerinde ortaya çıktığı üzere, hakları değişken siyasi savların kaderine terk etmemektir.<sup>68</sup> İfade özgürlüğünün, diğer özgürlükler gibi çoğunluk karşısında korunması gerektiğini vurgulayan Yargıç Brennan Texas v. Johnson davasında “Eğer Birinci Değişikliği belirleyen temel bir prensip varsa, o da hükümetin bir fikri sadece toplum onu rahatsız edici ve kabul edilemez buluyor diye yasaklayamamasıdır” demiştir.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Ali Okumuş, s. 60.

<sup>67</sup> Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 8 Jan. 1945 için bkz. <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/516>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

<sup>68</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 8, 9, 22.

<sup>69</sup> Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 1989 için bkz. <[http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1988/1988\\_88\\_155](http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1988/1988_88_155)>, erişim tarihi: 10.07.2014.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5237 s. TCK'nın 216. maddesine tekabül eden eski Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi kapsamında incelediği dosyada yer verdiği şu sözler ifade özgürlüğüne yönelik Amerikan doktrininde hakim olan ilk yaklaşımı ve ifade özgürlüğünün 'yasaklamanın ters etkisi' teziyle savunusunu<sup>70</sup> destekleyen bir argüman olarak sunulabilir. Mahkemeye göre,

İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlamakta da yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkum edildiğinde, ya merak saiki ya da acıma duygularıyla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir... Düşünceleri mahkûmiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir "kamu düzeni"nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye alışan "kamu düzeni"nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği, zihinlere nakşedilmelidir.<sup>71</sup>

Elbette dava konusu olayın kamu düzeni karşısında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla ilgili olduğunu dikkate alarak kamu düzeninin yerinde bireylerin haklarının yer aldığı bir terazide Yargıtay tarafından aynı yorumun yapıp yapılamayacağını da düşünmek gerekmektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Whitney v. California davasında Yargıç Brandeis'in ayrık görüşü Yargıtay'ın yorumuyla paralellik arz eden çok çarpıcı satırları ihtiva etmektedir. Brandeis'e göre:

Ülkemizin bağımsızlığını kazananlar, ...istediği gibi düşünme ve düşündüğünü ifade etme özgürlüklerinin siyasal gerçeğin keşfedilmesi ve yayılması için vazgeçilmez araçlar olduklarına; ...bu özgürlükler var olduğunda tartışmanın zararlı bir öğretinin yayılmasına genellikle yeterli korumayı sağlayacağına ... inandılar. Bütün insani kurumların maruz kaldığı risklerin varlığını kabul ettiler. Fakat idrak ettiler ki, düzen, sadece düzenin çiğnenmesine verilecek cezanın yarattığı korkuyla sağlanamaz; ... korku baskıyı besler; baskı nefreti besler; ...kötü fikirler için uygun çare iyi fikirlerdir. Bir konunun kamuoyunda tartışılması ile

---

<sup>70</sup> Ali Okumuş, s. 72.

<sup>71</sup> YCGK, E. 2004/8-130, K. 2004/206, k.t. 23.11.2004 için bkz. <www.tuketiciler.org/files/Duzunce-Ozgurlugu-Kararil.doc>, erişim tarihi: 12.07.2014.

ortaya çıkan aklın gücüne inandıkları için, onlar kanun ile zorla kabul ettirilen sessizlikten sakındılar....<sup>72</sup>

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda ilk yaklaşımın ortaya koyduğu kararlılığın aslında tümüyle siyasal bir tercih olduğu ve siyasal tercihlerin dönem dönem değişebileceği doğrudur. Dolayısıyla burada önemli olan ifade özgürlüğünün bir kavram olarak tarih sahnesindeki evrimsel ve devinimsel seyri ve geldiği noktadır. Nitekim gelinen noktada Amerikan uygulaması, Birinci Değişikliğin lafzından hareketle ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak gören yaklaşımdan tedricen uzaklaşmış ve daha ziyade Kıta Avrupası'nın sınırlama formülüne geçiş yapmıştır. Bu geçişte, ifade özgürlüğünün, toplumun huzuru, kamu düzeni gibi değerlerle çatışması karşısında uzlaşma arayışı, özgürlük-düzen arasındaki denge ihtiyacı etkili olmuştur.<sup>73</sup> Geçişin mimarı ise, 'açık ve mevcut tehlike' kriteri başta olmak üzere geliştirdiği muhtelif sınırlandırma kriterleri ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'dir.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ikileminde ikinci yaklaşım, günümüz hukuk düzenlerinde ve uluslararası hukukta baskın olan yaklaşımı ifade etmektedir. Zira, ifade özgürlüğünü düzenleyen uluslararası belgeler ve ulusal anayasalar incelendiğinde ifade özgürlüğünün koruma alanının çizilmesinin ardından, hangi durumların ifade özgürlüğünün kapsamında sayılamayacağı ve sınırlandırılmasında bir sebep olarak gösterilebileceği hatta gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>74</sup> Hukuk metinlerinin yorumu ve uygulamasından, ismen madde lafzında zikredilmese de ifade özgürlüğünün, özellikle nefret söylemi söz konusu olduğunda 'kamu barışı/kamu düzeni' ve 'başkalarının haklarının korunması' gerekçesiyle sınırlanabileceği ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>72</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927) için bkz. <[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC\\_CR\\_0274\\_0357\\_ZC](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC_CR_0274_0357_ZC)>, erişim tarihi: 10.07.2014. Yargıç Brandeis bu sözleri vurgulamakla beraber, ifade özgürlüğünün ancak çok ciddi koşullarda sınırlandırılabilceğini de belirtmiştir.

<sup>73</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 29.

<sup>74</sup> Ali Okumuş, s. 106, 107.

Nefret söyleminin en yoğun olarak tezahür ettiği alanlardan biri basındır. Hatta basının çoğu zaman nefret söylemini bizzat ürettiği ve beslediği de iddia edilmektedir. Gerçekten de

basın, açık veya örtülü biçimde, özellikle biz-onlar ekseninde bir dışlama olgusu ile nefret söylemini pompalayabilmektedir. Medyanın olumsuz, alaycı ifadeler, küfür, hakaret, aşağılama, abartıya başvurarak “öteki”leştirdiği ve hedef haline getirdiği grupları kamu güvenliği açısından “potansiyel risk ve tehdit taşıyan öcüler” gibi göstermesi, toplumdaki “öteki” gruplara karşı beslenen önyargıları pekiştirmekte ve bu grupların kendilerini korumasız ... hissetmelerine yol açmaktadır. Bu durum, bir yandan kişinin belirli bir gruba aidiyeti yüzünden küçük düşürülmesi, aşağılanması, hedef gösterilmesi; diğer yandan, nefret söylemi üreten gruba güç ... atfetmesi açısından oldukça sakıncalıdır... Basın, ötekileştirdiği grubun insani değerini inkar ederek, onlara uygulanan şiddet ve aşağılayıcı davranışları meşrulaştırabilmektedir.<sup>75</sup>

Uluslararası Gazeteciler Federasyonu Etik Kodunun 4. maddesinde gazetecinin ırk, cinsiyet, yaş, din, etnisite, coğrafya, cinsel yönelim, engellilik, fiziksel görünüş veya sosyal statüye dayalı kalıplaşmış yargılardan kaçınacağı ve nefrete veya ayrımcılığa yol açabilecek nitelikte yayınlar üretmeyeceğinin altı çizilmiştir. İşte basın özgürlüğü bu sorumluluk bilinciyle kullanılmalıdır. Bu sorumluluk görsel-ışitsel medya için de geçerlidir. Nitekim AİHM, bir gazetecinin ödev ve sorumluluklarının değerlendirilmesinde, ilgili aracın potansiyel etkisinin önemli bir faktör teşkil ettiğini ve bu bağlamda yaygın kabul gören bir husus olarak görsel-ışitsel medyanın basılı medyadan çok daha hızlı ve güçlü bir etkisi olduğunu vurgulamıştır.<sup>76</sup>

AİHM, ırkçı beyanların yayılmasına yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle bir televizyon muhabirinin mahkumiyetini ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirdiği Jersild/Danimarka kararında<sup>77</sup> basının nefret içerikli ifadeleri (ırkçı beyanlar içeren bir röportajı) yayımlarken ne yönde hareket etmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Basın, sorumluluğu gereği, kamuoyunu bilgilendirme hakkını

---

<sup>75</sup> Yasemin İnceoğlu (der.), Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 17.

<sup>76</sup> Jersild/Danimarka, Başvuru no: 15890/89, 23.09.1994, para.31; Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 10.07.2003, para. 69.

<sup>77</sup> Jersild/Danimarka, Başvuru no: 15890/89, 23.09.1994.

kullanırken, nefret söyleminin hedefindeki kişi veya grupların hak ve özgürlüklerini koruyucu, bu çerçevede nefret içerikli ifadelerin yayılmasını önleyici mahiyette dengeleyici bir rol üstlenmelidir. Basın, haber vermedeki amacının bu türden zarar verici görüşleri kamuoyunun dikkatine sunmaktan ibaret olduğunu bilmeli ve konumu gereği, nefret içeren görüşlerin yayılmasında çok etkin bir rol oynayabileceğinin farkında olmalıdır. Nitekim kararın karşı oy yazılarında, yayından sorumlu gazetecinin salt iyi niyetinin yeterli olmadığı, sunduğu görüşlere karşı görüşlerini açıkça ifade etmesi, en azından buna ciddi manada teşebbüs etmesi gerektiği vurgulanmıştır. AİHM, bir başka kararında özellikle savaş ve kargaşanın söz konusu olduğu durumlarda, basının, devlete yönelik şiddeti ve düşmanlığı yayan düşüncelere alet olmaması için dikkatli davranması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>78</sup> Devlete (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne) yönelik şiddet ve düşmanlığa vurgu yapılan bu karardaki uyarılar kuşkusuz bireylere ve bireyler üzerinden gruplara yönelen ayrımcı, saldırgan, kin ve nefret içeren ifadeler için de geçerli olmalıdır. Nitekim AİHM, Arslan kararında<sup>79</sup> devletin uygulamalarına ve genel anlamda devlete yönelik ifadelerle toplumun bir kesimine yönelen şiddete teşvik edici nitelikteki ifadeleri birbirinden ayırmış ve ikinci durumda devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırmada takdir haklarının genişlediğini belirtmiştir.

## 2.2 Nefret Söyleminin Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi

Nefret söylemi, esas itibarıyla ifade özgürlüğü ile çatıştığından, nefret söylemine ilişkin çalışma ve tartışmalara çoğunlukla nefret söylemi - ifade özgürlüğü çatışması konu edilmektedir. Esas çatışma alanı bu olmakla birlikte nefret söylemi, hangi temelde yapıldığına bağlı olarak ve şiddeti / yoğunluğu nispetinde pek çok temel hak ve özgürlükle karşı karşıya gelmekte, onları ihlal etmektedir. Bu hak ve özgürlükler arasında yaşam hakkı, insan onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile kişilerin dini duygularına, inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı (din özgürlüğü) sayılabilir. Nefret söyleminin tespitinin zorlaşmasında ve nefret söyleminin yaygınlık kazanmasında etken olarak gösterilen, toplumun algısında sıradanlaşma olgusu, bu sıradanlaşmayı körükleyen aktörlerin çoğalması ve

---

<sup>78</sup> Erdoğan/Türkiye, Başvuru no: 25723/94, 15.06.2000, para. 62.

<sup>79</sup> Arslan/Türkiye, Başvuru no: 23462, 08.07.1999, para. 46.

üslubun yaygınlaşmasıyla ne yazık ki nefret söyleminin etki alanının genişlemesinde ve sonuçlarının derinleşmesinde belirleyici olmaktadır. Tanım, tespit ve önleme konusundaki zorluklar aşılmadıkça, nefret söylemi özelinde hak ihlalleri çoğu kez ilgili makamların dikkatine sunulmadan varlığını sürdürecektir. Nefret söyleminin irtibatlı olduğu hak ve özgürlüklerin ‘temel’ olma niteliği ise bu sonucu daha da vahim kılmaktadır. Aşağıda ele alınan hak ve özgürlükler incelendiğinde, nefret söyleminin “insan hakları fikrinin bizzat kendisine yönelik bir saldırı”<sup>80</sup> olduğu ortaya çıkacaktır.

### 2.2.1 Yaşam Hakkı

1982 Anayasası’nın ‘Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı’ başlıklı 17. maddesi, herkesin yaşama hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Yaşam hakkı aynı zamanda Anayasa’nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklardan da biridir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 6. maddesi ise her insanın doğuştan gelen yaşama hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın yasalarla korunacağını, kimsenin yaşamının keyfi olarak elinden alınamayacağını düzenlemiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi de 3. maddesi ile benzer bir düzenlemeye yer vermiştir.

Yaşam hakkı geri alınamaz niteliğiyle ve var olduğu müddetçe tüm diğer haklara anlam kazandırması sebebiyle en temel hak olarak nitelendirilmektedir.<sup>81</sup> Yaşam hakkının, nefet söylemiyle ilişkisi, aslında nefret söyleminin mesajında ve sonrasında gizlidir. Nefret söylemi özellikle yöneldiği azınlığa;

Burada istenmiyorsunuz. Etrafınızdaki insanlar misafirperver ve ayrımcılık yapmıyor gibi görünebilir ancak gerçek, fırsatını bulduğumuz anda, sizin ve ailenizin dışlanacağı, dövüleceği ve sürüleceğidir. Şimdilik derinden gitmek durumundayız. Ancak bu sizi rahata sevk etmesin. Geçmişte size ve sizin gibilere ne olduğunu hatırlayın ve korkun

mesajını vermektedir. Öte yandan toplumun diğer bireylerine ise;

---

<sup>80</sup> Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, s. 77. Yazar, bu nitelendirmeyi nefret suçları için yapmıştır ancak bu nitelendirme aynı şiddette olmasa da nefret söylemi için de geçerlidir.

<sup>81</sup> Douwe Korff, Yaşam Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2006, s. 6.

Bazılarının bizim gibi düşündüğünüzü biliyoruz. Bilin ki yalnız değilsiniz. Devlet ne derse desin, bu insanların burada olmamasını sağlamak için etrafta bizden yeteri sayıda insan var. Bu insanların gerçekte ne olduklarına dikkat çekecek sayıdayız. Birbirinizle konuşun ve herşeyden öte onların daha fazla içeri girmesine izin vermeyin

mesajını vermektedir.<sup>82</sup> Böylece, nefret söylemiyle, pasifleştirmek ve ötekileştirmek suretiyle hedef grubun yaşam hakkı ve sosyal hayata katılma hakkı elinden alınmaktadır.<sup>83</sup>

Toplumunun çeşitli kimlikler üzerinden kutuplaştığı, nefretin sürekli üretilip canlı tutulduğu ülkelerde bu mesaj, önü alınmazsa, ‘öteki’ olarak görülenlere yaşam hakkının dahi tanınmamasına doğru evrilecektir. Nefret söylemi, nefret suçunun zorunlu bir unsuru değildir ancak kesinlikle nefret suçunu besleyen bir unsurdur. Söylemden eyleme geçişte, nefeti körükleyen düşmanca ifadeler kolaylık yaratmaktadır. Türkiye bakımından nefret söyleminin nefret suçuna dönüştüğü ve yaşam hakkına doğrudan bir saldırı ile sonuçlandığı en trajik örnek Hrant Dink’in cinayetidir. Cinayetine giden süreçte Dink’e yönelik nefret söyleminin önü alınabilmiş ve tansiyon düşürülebilmiş olsaydı, belki de böylesi vahim bir sonuç ortaya çıkmazdı. Devletlerin yaşam hakkını koruma hususunda dar yorumlanan bir pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. AIHM’e göre, devletlerin sorumlu tutulabilmesi için kişilerin yaşamı için söz konusu olan gerçek ve yakın riskin makamlar tarafından bilindiğinin veya biliniyor olması gerektiğinin ve makamlardan yetki alanları dahilinde bu riski önlemelerinin beklendiğinin ve makamların tedbirleri almadıklarının kanıtlanması gerekmektedir.<sup>84</sup> Ülkenin koşulları ve toplumsal yapısına uygun bir şekilde, nefret söylemine karşı mevzuat ve uygulama düzeyinde mücadele etmek, ileride yaşam hakkına ilişkin olarak doğabilecek risklerin ve hatta zararların önlenmesine katkı sağlayacaktır.

---

<sup>82</sup> Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard Uni. Press, 2012, s. 2, 3.

<sup>83</sup> Yasemin İnceoğlu (der.), *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 12.

<sup>84</sup> Osman/Birleşik Krallık, Başvuru no: 87/1997/871/1083, 28.10.1998, para. 116.



## 2.2.2 İnsan Onuru ve Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

1982 Anayasası'nın 'Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı' başlıklı 17. maddesi uyarınca, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Bu kapsamda devlete düşen görev Anayasa'nın 5. maddesinde ortaya konulmuştur. Maddeye göre, "demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Bu hükümlere paralel olarak Anayasa'nın Başlangıç Bölümünde "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" vurgulanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin dibacesinde ve 1. maddesinde de tüm insanların özgür olduğu, onur ve haklar bakımından eşit doğduğu ifade edilmiştir.

İnsan onuru ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (kişiliğini geliştirme hakkı), pek çok uluslararası metinde korunan haklardır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ilk üç maddesini, insan onuru, yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkı oluşturmaktadır. Ülke anayasalarından Alman Anayasası, tarihi tecrübelerinin acı bir işareti olarak, insan onurunu ayrı bir konuma yerleştirmiştir. Alman Anayasası'nın temel haklar bölümünün ilk maddesi, yaşam hakkından da önce 'İnsanın onur ve haysiyetinin korunması'nı düzenleyerek insan onur ve haysiyetinin dokunulmaz olduğunu ve tüm devlet erkinin ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.<sup>85</sup>

İnsan haysiyeti olarak da ifade edilen ve insan haklarının temel kavramı olarak kullanılan insan onuru kavramı, "insanın en değerli varlık olduğu anlayışına

<sup>85</sup> Grundgesetz, Artikel 1 için bkz. <<http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>>, erişim tarihi: 17.07.2014.

dayanan”<sup>86</sup> bir kavramdır. İnsan onuru, “insanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık olmasına” verilen addır zira “insan yaradılış gereği onurlu bir varlıktır”<sup>87</sup>. İnsan onuru, kişinin kendisine ve toplumun kişiye atfettiği değeri kapsamakla birlikte bundan daha fazlasını anlatan evrensel bir kavramdır. Adaletin nitelendirilmesinde de bir parametre olarak kullanılan insan onuru, hukuk kurallarını sınırlandırmakta, hatta bazı durumlarda insanı kendisine karşı da korumaktadır. Tüm hukuk kuralları insan onuru adı verilen bu temel değere bağlı olmak ve onu korumak zorundadır.<sup>88</sup> Nitekim, BM Şartı dahil olmak üzere pek çok uluslararası metinde ve çeşitli ulusal anayasalarda<sup>89</sup> insan onuruna sıklıkla referans verilmektedir. İnsan onuru, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilen insanlık dışı muamele yasağının ve ayrımcılık yasağının da dayanak noktasını oluşturur. İnsan onurunun korunması kapsamında nelerin dikkate alınması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur ancak bu kavramdan beklenen de evrensel niteliği itibarıyla idealin bir aynası olarak geçiren sınırlara sahip olmasıdır.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, insan onuruyla yakından ilişkili bir haktır. Anayasa Mahkemesi’ne göre,

Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası insan onurunu korumayı amaçlamıştır. Bu hüküm bir taraftan devlete insan onurunu zedeleyen fiillerden kaçınma ödevi yüklerken, diğer taraftan bu tür fiillerin devlet görevlileri ya da üçüncü kişiler tarafından meydana gelmesi halinde bu fiilleri etkili bir şekilde soruşturma ve failleri cezalandırma ödevi yüklemektedir.<sup>90</sup>

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise hakkın içeriğini somutlaştırmıştır:

---

<sup>86</sup> Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. Bası, İmaj, Ankara, 2010, s. 5.

<sup>87</sup> Ayşen Seymen Çakar, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”(Bildiri metni), Hukukun Gençleri Sempozyumu 3, 11-12 Ekim 2012, Antalya, s. 1 için bkz. <[http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document\\_11%20Ekim-IV-1.docx](http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-IV-1.docx)>, erişim tarihi: 18.07.2014.

<sup>88</sup> Tekin Akıllıoğlu, s. 6.

<sup>89</sup> Belçika AY m. 23, Polonya AY ve İrlanda AY’nın Başlangıç hükümleri, İspanya AY m. 10 ve Portekiz AY m. 1 insan onuru kavramını açıkça zikretmektedir.

<sup>90</sup> AYM İkinci Bölüm, Başvuru no: 2012/1128, 08.05.2014, para. 32

Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir.<sup>91</sup>

“Bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen "maddi ve manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığının bir parçası olan fiziksel ve zihinsel bütünlüğe keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.”<sup>92</sup> Mahkeme bir başka kararında insan onurunun da bir parçasını oluşturan şeref ve itibar ile 17. madde arasında ilişki kurmuştur. Mahkemeye göre; “Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.”<sup>93</sup>

Devletin 17. madde karşısında ödevini çizen Anayasanın 5. maddesinde devletin sağlaması beklenen ‘İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken şartlar’ın “din özgürlüğü bağlamında, cebrin ve ayrımcılığın bulunmadığı ve özgürlüğün doğal sonucu olan dinsel çeşitliliğe saygının sağlandığı koşullar olarak”<sup>94</sup> yorumlanabileceği belirtilmiştir. Gerçekten de din özgürlüğü insanın manevi varlığının gelişmesi için elzemdir.

İşte hangi temelde yapılırsa yapılsın, nefret söylemi, insanın insan olması hasebiyle sahip olduğu değeri görmezden gelerek insan onuruna başlı başına bir saldırı teşkil etmektedir. Üstelik yarattığı etkiyle kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar vererek, insanın kişiliğini geliştirmesine imkan dahi tanımamaktadır.

---

<sup>91</sup> AYM Birinci Bölüm, Başvuru no: 2013/8175, 15.4.2014, para. 28

<sup>92</sup> AYM Birinci Bölüm, Başvuru no: 2013/8175, 15.4.2014, para. 39

<sup>93</sup> AYM İkinci Bölüm, Başvuru no: 2013/5356, 08.05.2014, para. 43

<sup>94</sup> Hasan S. Vural, Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Seçkin, Ankara, 2013, s. 85.

Kaos GL için kaleme aldığı yazısında sosyal psikolog Prof. Dr. Melek Göregenli, nefret suçlarının geçici ve kişisel zarar verme amacından öte, hedef gruba mensup bireylerin kendilerini ifade etme ve hatta varlıklarını sürdürmeleri konusunda ciddi tehdit oluşturduğunu, nefret suçlarının, toplumdaki belirli grupların doğrudan varlığına yöneldiğini ve dolayısıyla bundan korunmanın yolunun bireyin kimliğini reddetmesi, hatta varoluşunu görünmez kılmaya çalışması olduğunu belirtmiştir. Bu argüman nefret söylemi için de elbette doğrudur. Göregenli'ye göre mesaj: “Ya böyle var olma ya da böyle olduğunu belli etme!... gözümüze görünme, mahallende, gettonda, barında, parkında, yatak odanda kal!”.<sup>95</sup> Bu mesajın evrensel hukuk değerlerinden biri olarak kabul edilen insan onuruyla bağdaşmazlığı açıkça ortadadır.

### 2.2.3 Din Özgürlüğü

Çoğu inanan için din, hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurulan temel kaynaktır. Dini manada inanmak ... varoluşsal bir ihtiyaçtır...Dinler bu anlamda, ona mensup olanların kimliklerini oluşturan temel değerlerdir. Din ona inananlara göre hakikatin ve kurtuluşun biricik rehberi, inanmayanlara göre ise metafizik bir yanılısamadır. İster “hakikatin ölçütü”, ister “yanılısama” olarak kabul edilsin, dinin hem bireylerin kendilerini tanımlamada hem de toplumsal ve siyasal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev gördüğü kesindir.<sup>96</sup>

Din özgürlüğüne hak temelli yaklaşım çok tedrici olarak gerçekleşmiş olsa da, bu mahiyeti sebebiyle, bir dine inanma (dilediği bir inancı benimseme) veya inanmama ve inanılan dinin gereklerini yerine getirebilme özgürlüğü, ‘temel’ insan hakları listesinde yerini almıştır.

1982 Anayasası'nın ‘Din ve vicdan hürriyeti’<sup>97</sup> başlıklı 24. maddesine göre; “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.14üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve

---

<sup>95</sup> Melek Göregenli, “Nefret Suçları Kimin Sorunu”, 17 Eylül 2009, için bkz. <<http://www.kaosgl.com/sayfa.php?id=3425>>, erişim tarihi: 01.07.2014.

<sup>96</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 1.

<sup>97</sup> Çalışmada din özgürlüğü ifadesi kapsayıcı bir anlamda kullanılmıştır. Din, inanç, vicdan ve düşünce kavramları arasındaki nüanslara ilişkin bilgi için bkz. Hasan S. Vural, s. 205-216.

törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz ...”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre;

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

Din özgürlüğünün neredeyse tüm insan hakları metinlerinde ve ulusal anayasalarda düzenleniyor olmasının sebebi, birbirinden farklı, birbiriyle çatışan düşünce ve inançların birarada yaşamasını hedefleyen ve ifade özgürlüğü bahsinde demokratik toplumun temelini oluşturan bir unsur olarak sunulan çoğulculuk ve hoşgörünün, bu bağlamda din özgürlüğünün korunmasını gerektirmesidir.<sup>98</sup> Zira “Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamak durumundadır... Başkalarına zarar vermediği müddetçe, farklılıkların birarada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de, çoğulculuğun bir gereğidir.”<sup>99</sup> Nitekim AİHM, din özgürlüğünü, demokratik toplumun temel taşlarından birisi olarak nitelendirmiş ve çoğulculuğun bu özgürlüğe dayandığını belirtmiştir.<sup>100</sup> Hatta dinsel çeşitliliğin tarih sahnesinde hangi tutumla karşılaşırsa karşılaşsın yok edilemediği gerçeğinden hareketle dinselliğin çeşitliliği zorunlu olarak içerdiği, bir inancı benimsemede özgür olmanın dinsel çeşitliliği sonuçladığı, çeşitliliğin hukukun güvencesi altında olduğu (ayrımcılıkla, nefret söylemiyle mücadele edildiği) durumlarda da çoğulculuğun sağlanacağı ifade edilmektedir.<sup>101</sup> “Din özgürlüğü güvencesinin daha genel kültürel düzlemde sonucu ise hoşgörü”dür ve hoşgörü “farklılığın saldırıya uğramadığı bir kültürel normu ifade

<sup>98</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 4.

<sup>99</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 6.

<sup>100</sup> Kokkinakis/Yunanistan, Başvuru no: 14307/88, 22.02.1995, para. 31.

<sup>101</sup> Hasan S. Vural, s. 202, 232.

eder”.<sup>102</sup> Dolayısıyla çoğulculuk ve hoşgörü için özgürlük ve özgürlüğün korunması şarttır. Türkiye’de bu yönelim, ikinci kuşak olarak adlandırılan, demokratik çoğulculuğun gündemi işgal etmeye başlaması sonucunda bu bilinçle insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin din özgürlüğünün öznel hak boyutuna ve dinsel çeşitliliğe kucak açtığı bir döneme denk düşmektedir.<sup>103</sup>

Bir dine inananlar kadar inanmayanları da kapsayan bu özgürlüğün içsel ve dışsal olmak üzere iki boyutu vardır. İlki bir dine, inanca sahip olmayı ikincisi ise dinin, inancın dış dünyaya yansımaları ifade etmektedir. Din özgürlüğü karşısında devletlerin (negatif) yükümlülüğü bireylerin (dini) inançlarına müdahale etmemektir. Buna paralel olarak bireylerin dini inançlarına olası müdahaleleri engellemek de devletin bir pozitif yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, maddenin lafzında açıkça yer verilmediğinden, bu özgürlüğün, dinlerine, kutsal saydıkları değerlere, inançlarına hakaret edilen, küfredilen bireylere dinlerine saygı duyulmasını isteme hakkını içerip içermediği, devletlerin bu gibi durumlar karşısında bireyleri koruma yükümlülüğünün olup olmadığı tartışılmalıdır. Tam bu nokta, ifade özgürlüğünün din özgürlüğüyle çatıştığı noktayı oluşturmaktadır. Din özgürlüğünün, bireylere inandıkları dine veya genel olarak inançlarına 3. kişilerce saygı duyulmasını isteme hakkını içerdiğinin kabulü halinde, din özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle dine hakaret, küfür ve dini temelli nefret söylemi teşkil eden ifadelerin sınırlandırılması gündeme gelecektir. AİHM istikrarlı olmamakla birlikte, din özgürlüğünün (genel manada) dine/inanca, dini duygulara saygı gösterilmesini isteme hakkını içerdiğini kabul etmekte ve bu şekilde maddenin kapsamı genişletilmektedir.<sup>104</sup> Devlet hem din özgürlüğüne saygı gösterecek hem de üçüncü kişilerin başkalarının din özgürlüğüne saygı göstermesini temin edecektir, kısaca saygı ödevi, koruma görevini de beraberinde getirmektedir.<sup>105</sup> Ancak, AİHM’in konuyu analiz eden Otto-Preminger, Wingrove ve Choudhury kararlarının birlikte

---

<sup>102</sup> Hasan S. Vural, s. 233.

<sup>103</sup> Hasan S. Vural, s. 45, 354.

<sup>104</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 57. Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 03.12.2003, para. 65. Aksi uygulama için bkz. Choudhury/Birleşik Krallık, Başvuru no: 17439/90, 05.03.1991. Dine, dini duygulara saygı gösterilmesini isteme hakkı çerçevesinde, dini temelde ayrımcılığa maruz kalmama hakkı bulunmaktadır. TCK m. 122’de düzenlenen ayrımcılık suçu, din özgürlüğünün bu boyutuna denk düşmektedir.

<sup>105</sup> Hasan S. Vural, s. 350.

değerlendirilmesinden, 9. maddenin, dini duygularının incinmesi sebebiyle bireylere üçüncü kişilerin ifadelerine müdahale edilmesi yönünde doğrudan bir talep hakkı vermediği ancak ilgili devletin müdahalede bulunması halinde, bu tavrının geniş takdir hakkı kapsamında hukuka (Sözleşme'ye) uygun kabul edileceği, kısaca konuya mutlak bir cevap verilemeyeceği de belirtilmektedir.<sup>106</sup> Demokratik bir toplumun vazgeçilmez iki unsurunu oluşturan din özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hem çoğulculuk ve hoşgörünün bir gereği olarak ortaya çıkmakta hem de çoğulculuğu ve hoşgörüyü temin ederek toplumun demokratik niteliğini garanti etmektedir. Bu iki asli unsurun çatışması halinde ise çözüm amaçtan hareket edilerek bulunabilir. Nihai amaç toplumda farklı unsurların barış içerisinde birbirlerini tolere ederek yaşamalarını temin etmekse bunu engelleyecek, çeşitliliğe, farklılığa, farklı olana zarar verecek mahiyetteki tüm ifadeler, eylemlere sınırlama getirmek gerekecektir. Dini temelde düşmanlığın, şiddetin ve nefretin tahrik edildiği; dini duygulara saldırı, dine hakaret ve küfür içeren durumlarda, çoğulculuğun garantisi olarak görülen ifade özgürlüğü bizzat kendi aracıyla, kendi özüne zarar vermiş olacaktır. Dolayısıyla söz konusu hallerin özellikle bir kısmında, toplumsal ve dinsel barışın korunması adına ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerekecektir. Böylece, “din özgürlüğünün sağlanması konusunda taraf devletlere yüklenen pozitif yükümlülük, bu özgürlüğü kullananları ifade ve örgütlenme özgürlüğünü kullananlar açısından daha avantajlı hale”<sup>107</sup> getirmiş olacaktır. 10. madde karşısında 9. madde bir kademe önde sayılacaktır.

Otto-Preminger kararında<sup>108</sup> AİHM, dini değerlerin aşağılandığı, dini değerlere hakaret edildiği durumlarda, Sözleşmeye taraf devletlerin 10. madde kapsamında ifade özgürlüğünü sınırlandırabileceğini belirtmiştir. Bunun nedeni, 9. maddenin, inananların dini duygularına saygı gösterilmesini isteme hakkını da içermesidir. Mahkeme, bireylerin inançlarını açığa vurmaları halinde, inançlarına yönelik her türlü eleştiriye, propagandaya da belli ölçüler dahilinde müsamaha ile, hoşgörü ile yaklaşımları gerektiğini de kabul etmiş olacaklarını vurgulamıştır. Ancak, eleştiri ve propagandanın içeriği, üslubu inanç sahiplerinin din özgürlüğüne zarar verici bir

---

<sup>106</sup> Hasan S. Vural, s. 313.

<sup>107</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 57.

<sup>108</sup> Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru no: 13470/87, 20.09.1994.

mahiyet arz edebilir. Devlet bu durumlarda, bireylere, din özgürlüklerini rahatça kullanabilecekleri ortamı sağlamakla yükümlüdür. Mahkeme dini duygulara saygı kavramına yer verdiği bir başka kararında<sup>109</sup> ise, kutsal değerlere hakaret hatta küfür içeren bir videonun halka dağıtımı ile inançlı Hristiyanların duygularına saldırılmış olacağını ve onların incinebileceğini belirterek videoya dağıtım lisansı verilmemesini haklı bulmuştur.

AİHM'in her iki kararında çoğunluk dinine yapılan referans karşısında, 9. maddenin genişletilen hak alanına azınlık dinine mensup olanların ve yaygın kabul edilen dini inanışların dışındaki inançların (ateizm, agnostisizm vs.) girip girmediği muğlaktır.<sup>110</sup> Din özgürlüğünün, din özgürlüğüne, dini duygulara saygı gösterilmesini isteme hakkını da içerir şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesinin arkasında yatan amaç düşünüldüğünde sayılan grupların da koruma kapsamında olması gerektiği şüphe götürmez bir gerçektir.

### **2.3 Nefret Söyleminin Yaptırıma Tabi Tutulması**

Nefret suçlarının yaptırıma tabi tutulması nefret söylemine kıyasla daha yaygındır. Beccaria “yurttaşların güvenlik ve özgürlüklerine karşı yapılan saldırılar en ağır suçlardır... böyle bir durum, adalet ve ödev düşüncelerini yıkarak ve bunların yerine en güçlü olanın haklı olduğu inancını geçirerek yarattığı derin ayrılık ve etkiyle uyrukları ve yurttaşları sarsar”<sup>111</sup> demek suretiyle nefret suçlarını açıkça isimlendirmeden aslında nefret suçlarını cezalandırma ihtiyacının temelini çizmiş olmaktadır. Zira nefret suçlarının etkileri, ayrıştırıcı ve sarsıcıdır yani her yönüyle zarar verici mahiyettedir. Adından da anlaşılacağı üzere nefret suçlarına karşılık öngörülen yaptırım türü ceza, özellikle de hapis cezasıdır. Ulusal planda nefret suçları genellikle genel ceza kanunlarında bağımsız bir suç olarak veya kanunda yer alan tüm suçlar ya da belirlenen bazı suçlar açısından bir nitelikli hal olarak düzenlenmek suretiyle veya ayrı bir özel ceza kanunu düzenlemesine konu edilerek cezai yaptırıma tabi tutulmaktadır.

---

<sup>109</sup> Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru no:17419/90, 25.11.1996.

<sup>110</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 57.

<sup>111</sup> Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, çev. Sami Selçuk, İmge, 2004, s. 56.



Nefret söylemini ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde gören anlayışın bir uzantısı olarak bu anlayışı benimseyen ülkelerde nefret söylemi yasaklanmamış, yaptırıma tabi tutulmamıştır. Nefret suçundan farklı olarak nefret söyleminin ceza kanununda yer alan bir suçun gerçekleştirilmesini unsur olarak gerektirmemesi ve nefret söyleminin salt söylemden ibaret kalması, hatta sıradanlaşması onun suç olarak düzenlenmemesinde etkili olmuştur.<sup>112</sup> Ancak yukarıda açıklandığı üzere, nefret söylemi bir söylemden ibaret görünüyor gibi olsa da, insan hak ve özgürlüklerinden birçoğunu zedelemekte, anlamsız kılmaktadır. İfade özgürlüğünün ne kadar önemli olduğunun altının ‘İfade ediyorum o halde varım’<sup>113</sup> şeklinde çizilmesine karşılık, nefret söylemi söz konusu olduğunda birinin ‘var’lığı başkasının varlığına zarar verebilmektedir. İnsan haklarının bütünlüğü ve karşılıklı etkileşim içinde olması dikkate alındığında nefret söyleminin sebep olacağı “ihlal döngüsü bir çarpan etki yaratacaktır”<sup>114</sup> ve ortada nefret söyleminin doğrudan ve dolaylı etkisiyle ihlal edilen sağlık hakkı, barınma hakkı, eğitim hakkı gibi birden fazla hak olacaktır. Bu durum kısaca domino etkisi olarak da nitelendirilebilir.

İnsan hakları alanında devletlerin, “insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak, yerine getirmek ve geliştirmek gibi hepsi aynı derecede önemli bir dizi yükümlülüğü mevcuttur”<sup>115</sup>. Muhtelif BM metinlerinde bu, insan haklarının korunması bağlamında devletlerin ‘saygı gösterme, koruma ve gerçekleştirme’ şeklindeki üçlü yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır.<sup>116</sup> İşte, nefret suçlarına kıyasla somut bir fiil oluşturmadığı halde nefret söyleminin insan hak ve özgürlüklerine zarar vermesi, ayrılıkçı yapısıyla plüralizmi reddetmesi, yarattığı ve yaratabileceği etkinin derinliği ve genişliği onun da yaptırıma tabi tutulması ihtiyacını doğurmaktadır. Öncelikle bireysel ve aynı oranda toplumsal güvenliğin

---

<sup>112</sup> Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, s. 68.

<sup>113</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 46.

<sup>114</sup> Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, s. 77.

<sup>115</sup> Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 87.

<sup>116</sup> Hasan S. Vural, s.276.

tehlikeye düşmemesi amacıyla nefret söylemine müdahale edilmelidir, üstelik bu müdahale en etkili yaptırım türünün ve miktarının seçilmesi yönünde olmalıdır. Geleneğinin bir istisnası olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında, önyargı saikiyle yapılan açıklamaların ve gerçekleştirilen eylemlerin, çok daha büyük bireysel ve toplumsal zarar verdiklerinden bahisle daha ağır bir yaptırımla karşılaşması gerektiğini belirtmiştir.<sup>117</sup> Önyargı saikiyle işlenen suçlar, misillemeye tahrik etmeye ve mağdurlarına belirgin duygusal zararlar vermeye ve toplumsal huzursuzluğu/karışıklığı kışkırtmaya daha elverişlidir.

Venedik Komisyonu<sup>118</sup> ilgili raporunda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamında farklı türde yaptırımlar olduğunu belirterek nefret söyleminin cezai yaptırımı haklılaştırdığını, dolayısıyla bireysel hakların korunmasında son çare olarak başvurulması gereken ceza yaptırımına tabi tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Nefret söyleminin en ağır yaptırım türünü gerektirmesinin sebebi, dini gruplar dahil diğer gruplara mensup kişilere yönelik nefret söyleminin hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yasağı gibi AİHS'in temellerini oluşturan değerlere aykırı düşmesidir. Bu, Sözleşme'nin hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen maddesinin sonuçladığı bir durumdur zira kimse kendi hakkını, başkalarının dini duygularına saygı gösterilmesini isteme hakkını ortadan kaldıracak veya gereksiz yere hakka zarar verecek biçimde kötüye kullanamaz. Elbette yaptırımın, ters bir etki yaratarak azınlıkları korumaktan ziyade onların susturulması ve hakim politik, sosyal ve ahlaki ideolojinin desteklenmesi sonucunu doğurmamasına dikkat edilmelidir.

Nefret söyleminin cezalandırılmasını taraf devletlere tavsiye eden hatta bunu zorunlu tutan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (m. 20) ve BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 4) gibi uluslararası metinlerin varlığı nefret söyleminin cezalandırılması pratiğini güçlendirmektedir. Ülkeler içeriğine göre farklı temellerdeki nefret söylemini cezalandırmakta, bu sayede ortaya yeknesak olmayan uygulamalar çıkmaktadır. Elbette arzu edilen hem tanımlama hem de sınırlandırma/yaptırıma tabi tutma aşamalarında mümkün oldukça ortak standartları yakalamaktır. Nefret söylemini

---

<sup>117</sup> Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 47 (1993) için bkz. <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-515.ZO.html>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

<sup>118</sup> Venice Commission, Study no. 406/206, para. 54-57.

cezalandırma yolu seçilirken, cezai düzenlemelerde bireylere/gruplara eşit koruma sağlanması da dikkat edilmesi gereken bir başka husustur. Hangi temelde nefret söyleminin cezalandırılacağı, bir başka ifadeyle hangi mağdur grupların koruma altına alınacağını belirlemede ayrımcı bir yaklaşım sergilememek gerekmektedir. Örneğin, dini temelli nefret söylemini cezalandırmayı öngören bir düzenleme ile salt müslümanların korunması veya ateistlerin korunmaması yasal düzlemde ayrımcılık teşkil edecektir. Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi nefret içerikli söylemi cezalandıran bir kanunun, ayrımcılık temellerini keyfi olarak belirlemiş olduğu ve bazı grupları dışarıda bıraktığını vurgulamak suretiyle konu-eksenli ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle bir yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>119</sup> Türk Anayasa Mahkemesi de tek tanrılı dinlerin mensuplarına diğer dinlerin mensuplarına nazaran daha geniş bir hukuki koruma getiren 9 Ocak 1986 tarih ve 3255 sayılı Kanunun bazı maddelerini benzer gerekçelerle iptal etmiştir.<sup>120</sup>

Türkiye’de nefret söylemi, Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesiyle yaptırıma bağlanmıştır. Bu madde, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin hükümleriyle uyumlu olarak, dinsel nefretin ayrımcılık ve düşmanlık savunusu biçimindeki ifadelerinin ceza yaptırımıyla engellenmesi ve böylece inanç farklılıklarının kamu barışı içinde özgürce yaşatılmasına hizmet edici biçimde uygulanmaya uygundur. Bu şekilde, özellikle azınlık konumunda bulunan grupların haklarının yasa güvencesinde korunması amacına da hizmet edilebilir. Ancak bu hükümlerin, insan hakları standardını gözardı eden bir yaklaşımla, ancak belirli bir inanç grubunu koruyacak şekilde uygulanmaması gerekir. Maddenin, 3. fıkrasında düzenlenen aşağılama suçunun kamu barışını bozmaya elverişlilik koşuluna bağlı olmasının ise azınlıkta bulunan inançların değerlerinin korunmasına pek elverişli olmadığı söylenebilir zira olağan koşullarda, çoğunluğun değerlerine yönelik bir aşağılamanın kamu barışını bozma ihtimali, azınlığın değerlerine yönelik çok daha ağır bir aşağılamadan daha yüksek olabilir.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> R.A.V v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) için bkz. < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZO.html>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

<sup>120</sup> AYM, E. 1986/1, K. 1986/26, 04.10.1986

<sup>121</sup> Hasan S. Vural, s. 289, 290.

Nefret söylemine ilişkin olarak cezai yaptırımın dışında, elbette manevi tazminat da gündeme gelebilir. Nefret söyleminin basın, görsel-işitsel medya veya internet kanalıyla gerçekleştirilmesi karşısında erişimin engellenmesi, yayından kaldırma, toplatma ve idari para cezası gibi idari tedbirler de düzenlemelere uygun olarak uygulanabilir. Bu kategoriler arasında internet düşük maliyeti, etki alanı, gerektiğinde kolayca anonim kalınabilmesi gibi nedenlerle son yıllarda sözlü ve yazılı basından daha etkin bir konumdadır. Hatta basın kuruluşları da artık çalışmalarının çoğunu sanal aleme yansıtmış durumdadır. İnternet, özellikle ayrılıkçı, aşırı grupların en güçlü propaganda aracı haline gelmektedir. Böylece teknolojiyle, bilhassa internet kullanımı ile, dünyanın, kimliklerin saydamlaşacağı küresel bir köy olacağı ve insanların özgürleşeceği argümanı karşısına internetin karanlık yüzü çıkmaktadır.<sup>122</sup> Bu da, gün geçtikçe nefret söyleminin yaptırıma bağlanması tartışmalarının internet ortamına aktarılmasını açıklamaktadır.

---

<sup>122</sup> Sercan Gidişoğlu / Kerem Rızvanoğlu, “İnternette Türk Milliyetçiliği: Türk Milliyetçisi Siteler ve Ağ Yapısı Üzerine Bir Analiz”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 240.

## BÖLÜM III

### İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLAYAN BİR SEBEP OLARAK DİNİ TEMELLİ NEFRET SÖYLEMİ VE SINIRLANDIRMA KRİTERLERİ

#### 3.1 Sınırlandırma Kriterleri

İfade özgürlüğünün mutlak olduğu, içerik bakımından sınırlandırılmayacağı ve belli şartlar altında sınırlandırılabilmesi yönünde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İlk yaklaşım daha önce de vurgulandığı gibi Amerikan ‘free speech’ doktrininden mülhem bir yaklaşımdır. İkinci yaklaşıma göre ise, nefret söylemi ifade özgürlüğü ile doğrudan ilintilidir ve nefret söyleminin mevcut olduğu bir yerde ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için meşru bir neden vardır. Bazı ifadelerin, hakkın kötüye kullanılmasından bahisle, ifade özgürlüğünün koruma alanına dahil olmadığı<sup>123</sup>, kategorik olarak ifade özgürlüğünün dışında kaldığı da belirtilmektedir. Bu son görüş, belirlenmiş bir içeriğe bağlı olarak kategorik yasaklar koymaktadır. Günümüzde ırkçılık veya nefret içerikli ifadelerin insan hakları hukuku açısından ifade özgürlüğünün korumasından yararlanmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bu kabul (yasal kabul) ve yapılacak olan müdahale bir sınırlandırma teşkil etmektedir ve sınırlanması söz konusu olan her özgürlükte olduğu gibi burada da sınırlamanın sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Üstelik, nefret söyleminin kategorik olarak ifade özgürlüğünün koruma alanından çıkartılabilmesi için de somut kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Nefret söylemi – ifade özgürlüğü dengesi çok hassas bir dentedir. Belli bir dine mensup kişi veya kişilere, mensubiyetleri üzerinden yapılan eleştiriler, sarf edilen sözler hangi durumlarda ifade özgürlüğüne müdahalede meşru bir neden olarak görülebilir, bir başka deyişle ifade özgürlüğünü dini temelli nefret söylemi teşkil ettiği gerekçesiyle sınırlandırmada kullanılabilecek ölçütler nelerdir? Ölçütlerin tespiti, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki eleştirilerin haklı olup olmadığını ortaya koymuş olacaktır. Belirtilen dengenin ne kadar hassas olduğunun kanıtı, ifade özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılabilmesi için devletin müdahalede bulunmama yükümlülüğünün yanında bazı durumlarda ifade özgürlüğünü garanti altına alma ve

---

<sup>123</sup> Hasan S. Vural, s. 156.

koruma ‘görevi’nin bulunması; ancak nefret söylemi söz konusu olduğunda devletlerin bu sefer ifade özgürlüğünü sınırlandırma noktasında ‘görevli’ olmasıdır. “Farklı kimliklere sahip grupların bulunduğu demokratik bir toplumda herkesin kimliğine saygı duyulmasını sağlamak devletin görevleri arasında olmalıdır ve bu durumda bazı özgürlüklerin sınırlandırılması gerekebilecektir”.<sup>124</sup> Burada sınırlandırmadan kasıt hem yasal düzenleme hem de uygulama aşamasında ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerdir.

1982 Anayasası’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen ‘temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması’ başlıklı 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler ancak Anayasada her bir hakka ilişkin maddede sıralanan ve özel sınırlandırma sebebi olarak da adlandırılan sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün dini temelli nefret söylemine bağlı olarak sınırlandırılmasında Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan sebepler bağlamında hareket etmek gerekmektedir. Bu sebeplerin biri veya birkaçı ile bağlantı kurulduktan sonra, sınırlandırmanın kanunla yapıldığının, Anayasanın sözüne ve ruhuna, laik Cumhuriyetin ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun, öze dokunma yasağına ve ölçülülüğe riayet edildiğinin de teyidi gerekecektir. Kısaca sınırlandırma kriterlerinin belirlenmesiyle, ifade özgürlüğüne dini temelli nefret söylemine bağlı olarak müdahale edilmesinin hangi durumlarda yasal, meşru, demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olacağı da ortaya çıkacaktır.

1982 Anayasasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebepleri arasında ‘millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi’ amaçları sayılmıştır.

---

<sup>124</sup> Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 83.

Bu amaçlardan kamu düzeni, kamu güvenliği ile başkalarının haklarının korunması amaçları ifade özgürlüğüne dini temelli nefret söylemi çerçevesinde müdahalede meşru sebep teşkil edebilir. Nitekim nefret söylemine doğrudan bir referans vermemekle birlikte nefret söyleminin cezalandırılması, gerek BM MSHS ve gerek AİHS kapsamında kamu düzeni<sup>125</sup> ve özellikle başkalarının haklarının korunması sebebiyle meşru görülmektedir. Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması kamusal menfaatlerin korunması için getirilen amaçken başkalarının haklarının korunması ise özel menfaatlerin korunmasına yönelik bir amaçtır. Bu amaçlarla yapılan sınırlandırmada kullanılan aracın da amaçlanan yararlar orantılı olmasına ve ifade özgürlüğünün özüne zarar vermemesine, hakkın kullanılmasını imkansız hale getirmemesine dikkat etmek gerekecektir. Aksi takdirde sınırlandırma Anayasaya aykırı olacaktır. Belirtilen amaçlarla ilişki ortaya konulduktan sonra bile ifade özgürlüğünün korunması ile dini temelli nefret söylemi sebebiyle sınırlandırılması dengesinde daha somut ölçütlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ölçütler kanun koyucu tarafından tespit edilen ölçütlerdir. Anayasa'nın 26. maddesinde sayılan amaçlardan bir veya birkaçını gerçekleştirmek üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde ifade hürriyetinin muhtelif biçimlerde kullanımı, dini temelli nefret söylemi gerekçesiyle suç sayılarak cezai müeyyideye bağlanmak suretiyle sınırlandırılmıştır.

Türk mevzuatı ve uygulamasının dışında, Birleşmiş Milletler düzenlemeleri, Avrupa Konseyi düzenlemeleri ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı hangi ifadelerin nefret söylemi bağlamında ifade özgürlüğü korumasından faydalanmayacağına ilişkin somut ölçütler vermektedir.

Türkiye bakımından bu ölçütlerden bazıları gerek Anayasanın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri gerekse Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü çerçevesinde geçerli olan, hatta sınırlandırmada uygulanması gereken kriterlerdir. Bir hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında uyulması gereken demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterinden kasıt “çağdaş, hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerine uygunluk”tur<sup>126</sup>. 1982

---

<sup>125</sup> Kamu düzeninin, kamu huzuru, kamu güvenliği ve kamu sağlığı unsurlarından müteşekkil olduğuna ilişkin bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin, Bursa, 2000, s 230.

Anayasası ile getirilen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de ifadesini bulan bu kriterin hürriyetler lehine yorumu, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ve hürriyetçi demokrasiyi benimsemiş çağdaş ülkelerin ortak standartlarının iç hukukta uygulanmasının önünü açmaktadır. 2010 yılı itibarıyla bireysel başvuru yetkisini haiz Anayasa Mahkemesi soyut veya somut norm denetimini gerçekleştirirken veya önüne gelen bireysel başvuruları karara bağlarken bu kriter kapsamında demokratik toplumların evrensel ölçütlerini de destek ölçü norm olarak dikkate alabilecektir.<sup>127</sup> 1982 Anayasasının 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir yani konum olarak kanunla eşdeğerdedir. 2004 yılında maddeye eklenen son fıkrayla ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar kanunlar karşısında öncelikli bir konuma yerleştirilmiştir. Dolayısıyla iç hukukta yapılacak yargısal denetimlerde uluslararası antlaşmalar da dikkate alınacaktır. Belirtilen hükümlerin yapılacak yargısal değerlendirmelerde veya yeni yasal düzenlemelerde dikkate alınması, Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında sayılan insan haklarına saygılı devlet olmanın da bir gereğidir.<sup>128</sup>

### **3.1.1 Birleşmiş Milletler ve Sınırlandırma**

#### **3.1.1.1 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komitesi**

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi nefret söylemine ilişkin bir tanım vermemektedir. Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 3. fıkrası ifade özgürlüğünün beraberinde ödev ve sorumluluklar da getirdiğini ve bu çerçevede özgürlüğün sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Fıkroda sınırlama ölçütü olarak başkalarının hak ve saygınlıklarının korunması, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık ve ahlak sebepleri sayılmıştır. Nefret söylemi sınırlandırma sebepleri arasında açıkça zikredilmemiştir. Ancak 'Savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı' başlıklı 20. maddenin 2. fıkrası "ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel nefretin savunulması hukuk

---

<sup>126</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Yetkin, Ankara, s. 116.

<sup>127</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 118.

<sup>128</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 413.



tarafından yasaklanır” demek suretiyle 19. maddede sayılanlara ek bir ölçüt daha sunmuş olmaktadır. Maddenin kat’i ifadesi, bu hususta devletlere açık bir yükümlülük getirildiğini ortaya koymaktadır. Hakların kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 5. madde de, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında görülemeyeceğinin bir gerekçesini oluşturmaktadır zira maddeye göre “Sözleşmedeki hiçbir hüküm, herhangi bir devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına yönelik herhangi bir faaliyete girişme hakkı tanımayacaktır”<sup>129</sup>.

Sözleşme’nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 22 sayılı Genel Yorumunda<sup>130</sup>, 20. maddenin 2. fıkrasının taraf devletlere maddede belirtilen fiillerin yasaklanması için yasa çıkarma yükümlülüğü yüklediğini belirtmektedir. 20. madde ile öngörülen önlemler, özellikle dini azınlıkların ve diğer dini grupların Sözleşme’de tanınan özgürlüklerini kullanma haklarına ve kendilerine yönelen şiddet eylemleri ile zulme karşı bir güvence teşkil etmektedir. Bu çerçevede Komite, tüm din ve inançların pratiklerinin korunması ve mensuplarının ayrımcılığa maruz kalmaması için atılan adımların -yasalarca ve içtihatla dine/kutsal değerlere küfür kapsamında sayılarak ceza verilen uygulamaları da kapsayacak şekilde- raporlanmasını, dini azınlıkların haklarına saygı gösterilmesiyle bağlantılı olarak neler yapıldığına ilişkin bilgi verilmesini talep etmektedir.<sup>131</sup>

34 no’lu Genel Yorumunda ise Komite, ifade özgürlüğü çerçevesinde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin maddelerinden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. 19. maddenin yoğun derecede saldırgan ifadeleri de kapsadığını vurgulayan Komite, bu tür ifadelerin m. 19/3 ve m.20’de yer alan ölçütlere uygun olarak sınırlandırılabilceğini belirtmiştir.<sup>132</sup> Komite, devletlerin m. 19 f. 3’te

---

<sup>129</sup> Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 93.

<sup>130</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 22 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom22.htm>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>131</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 22, para. 9.

<sup>132</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 34, para. 11, <<http://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html>>, erişim tarihi: 07.7.2014.

sayılan meşru sınırlandırma sebeplerinden birine dayanarak yapacakları sınırlandırmada hakkın asıl, sınırlandırmanın istisna olduğunu unutmamaları ve hakkın özüne dokunmamaları gerektiğinin altını çizmiş ve hakkın kötüye kullanılması yasağını hatırlatmıştır.<sup>133</sup> İfade özgürlüğünü sınırlandırma sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunu belirten Komite, sınırlandırmanın ancak 3. fıkrada sayılan sebeplere bağlı olarak, gereklilik ve ölçülülük testlerine kat'î surette uygun bir şekilde ve yasayla gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Yasayla sınırlandırmada yasanın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği önem arz etmektedir. Komite, meşru bir sebebe dayanarak ifade özgürlüğünü sınırlandıran devletlerin, ifade ile tehdit arasında doğrudan ve yakın bir bağ kurmak suretiyle, tehdidin mahiyetini ve gerçekleştirilen müdahalenin gereklilik ve ölçülülüğünü olaya özgü bir çerçevede, detaylı olarak ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir.<sup>134</sup> Kutsal değerlere küfrü cezalandıran kanunlar dahil olmak üzere, bir din veya inanca saygı gösterilmemesinin yasaklanması, m. 20 f. 2'deki durumlar hariç, Sözleşme'ye aykırıdır. Bu durumlarda dahi sınırlamanın/yasağın m. 19 f. 3, m. 2, m. 5, m. 17, m. 18 ve m. 26'ya uygun olması zorunludur. Kısaca, 20. madde kapsamına girmeyen ifadelerin sınırlandırılmasında, m. 19 f. 3'ten hareketle başkalarının din özgürlüğünün korunmasına dayanılmayacaktır. Tarihi gerçeklere ilişkin düşünce açıklamalarının cezalandırılmasını öngören yasalar da Sözleşmeye aykırıdır.<sup>135</sup>

19. madde ile 20. madde arasındaki ilişkiyi incelediği bölümünde Komite, ifade özgürlüğünü sınırlarken 20. maddede sayılan ifade kategorilerine ve 19. maddenin 3. fıkrasında sayılan sınırlama sebeplerine riayet edilmesi gerektiğini, bu iki maddenin birbiriyle uyumlu ve birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Komiteye göre, m. 20'yi m. 19'a göre özel hüküm kılan, m. 20'ye tabi ifadelerle m. 19 f. 3 kapsamında sınırlandırılacak ifadeler arasındaki tek fark, 20. maddenin devletlere ne tür bir sınırlandırma yapmaları gerektiğini empoze etmiş olmasıdır.<sup>136</sup> 20. maddede sayılan belirli ifade kategorileri bakımından devletler yasal önlem almak

---

<sup>133</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 34, para. 21.

<sup>134</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 34, para. 35.

<sup>135</sup> Bu yaklaşım, AIHM'in hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında takındığı tutumun tam tersi olması bakımından dikkati çekmektedir.

<sup>136</sup> Human Rights Committee, General Comment no. 34, para. 51.

durumundadır ancak devletler başka kategoride ifadeler için de m. 19 f. 3'teki şartlara uymak kaydıyla yasaklayıcı hükümler getirebilir. Buna göre, 20. maddede yer alan temellerden farklı bir temelde sarf edilen sözler de nefret söylemi kabul edilerek yasaklanabilir ancak bu sınırlamanın da yine 19. madde hükmüne uygun olması gerekir.

Komite önüne gelen başvuruları 'görüş' adı altında karara bağlamaktadır. Bu kararlardan ikisi nefret söylemi bakımından incelenmesi önem arz eden kararlardır. Komite Ross/Kanada kararında<sup>137</sup>, amacı açıkça Yahudilerin doğruluğu, bütünlüğü ve saygınlığına saldırı olan Başvurucunun, yazılarında Yahudileri düşman olarak isimlendirmesi ve Hristiyanları Yahudilerle savaşa çağırması, Yahudilere ve inançlarına karşı ayrımcı ve aşağılayıcı ifadeler kullanması üzerine öğretmenlik görevinden alınmasını Sözleşme'nin 19. maddesine uygun bulmuştur. 19. madde uyarınca kademeli bir inceleme yapan Komite, sınırlandırma sebebi olarak başkalarının haklarının korunması sebebinin ilintili görmüştür. Bu sebep pek ala bir kişiye veya bir gruba/topluluğa ilişkin olabilir. Komite'nin Faurisson/Fransa<sup>138</sup> kararında da belirtildiği gibi, Yahudilerin dini nefretten korunması hakkı çerçevesinde antisemitik duyguları uyandırma veya güçlendirme mahiyetindeki açıklamaların sınırlandırılması meşrudur ve bu sınırlandırma m. 20 f. 2'ye de uygundur. Başvurucunun kamuya açık ortamda yaptığı açıklamaların mahiyetini ve etkisini değerlendiren Komite, Başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin Yahudi inancına mensup kişilerin hak ve saygınlıklarını koruma ve devlet okulunda önyargıdan ve hoşgörüsüzlükten arı bir eğitim görme hakkını koruma amaçlı yapıldığını belirtmiştir. Öğretmenlerin özellikle genç öğrencilerin eğitim süreci üzerindeki etkileri değerlendirildiğinde müdahaleyi gerekli gören Komite, ölçülülük şartına da uyulduğunu belirlemiştir.

Komite, başvuruyu farklı açılardan kabul edilemez bulduğu J.R.T./Kanada kararında<sup>139</sup> Hristiyan yaşam biçiminin ve toplumun Yahudiler yüzünden yozlaştığı

---

<sup>137</sup> Malcolm Ross v. Canada, Communication No: 736/1997, 18 Oct. 2000 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html>>, erişim tarihi: 25.06.2014.

<sup>138</sup> Robert Faurisson v. France, Communication No: 550/1993, 8 Nov. 1996 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm>>, erişim tarihi: 25.06.2014.

<sup>139</sup> J.R.T. and the W.G. Party v. Canada, Communication No: 104/1981, 6 April 1983 için bkz.

ve Yahudilere karşı beyaz ırkın harekete geçmesi gerektiğini ifade eden Başvurucunun görüşlerinin ırksal ve dini nefretin savunuculuğunu teşkil ettiğini belirtmiş ve taraf devletin, m. 20/2’de sayılan kategorik ifadelerden biri olması hasebiyle bu kapsamdaki ifadeleri yasaklamakla yükümlü olduğunu hatırlatmıştır.

Belirtmek gerekir ki, BM İnsan Hakları Komitesi’nin kararları (görüşleri) ve ifade özgürlüğüne ilişkin yaklaşımı, birazdan incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi modeli ve özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi modeline kıyasla oldukça yalın ve tutarlıdır. Bu tutumda, Komite’nin bir yargısal görev ifa etmiyor olmasının da muhakkak payı vardır.

### **3.1.1.2 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Irk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD)**

Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi kavram olarak nefret söylemini içermemekle birlikte Sözleşme’nin 4. maddesi, ırksal üstünlüğü, ırksal nefreti içeren veya ırk temelinde ayrımcılığı kışkırtan tüm ifadelerin, ırk, etnik köken ve renk temelli şiddet ve şiddeti tahrik eden eylemlerin devletler nezdinde yasaklanmasını, hatta cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu yasak, Sözleşmeye taraf olan devletler (belediyeler dahil tüm idari makamlar) bakımından uyulması zorunlu bir yükümlülüktür. Nitekim, Sözleşme’nin denetim organı olarak oluşturulan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (“CERD”) de 15 no’lu Genel Tavsiyesinde yükümlülüklerin zorunlu niteliğinin altını çizmiş, devletlerin hem yasal düzenleme yapma hem de düzenlemeleri uygulama noktasında sorumlu olduğunu belirtmiştir.<sup>140</sup>

İrksal şiddet içeren eylemler ve şiddet tehdidi kolaylıkla diğer benzer eylemlere yol açar ve ancak ani bir müdahale ile engellenebilecek düşmanca bir atmosfer yaratır. Organize şiddetin artmasıyla, 4. maddenin uygulamaya konulmasının daha da önem

---

<<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/104-1981.htm>>, erişim tarihi: 25.06.2014.

<sup>140</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 15 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/genrxv.htm>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

kazandığını vurgulayan Komite, cezalandırılması gereken 4 kategoriye sıralamıştır.<sup>141</sup> Buna göre, bir ırkın üstünlüğüne veya ırksal nefrete dayalı fikirlerin açıklanması, ırksal nefretin kışkırtılması, gruplara yönelik ırk, renk, etnik köken temelli şiddet eylemleri ve bu eylemlerin kışkırtılması yaptırıma tabi tutulmalıdır. Sözleşme'nin lafzında geçmese de bu 4 kategorinin eylem olmayıp ifade teşkil edenlerinin tamamına ırksal temele dayalı nefret söylemi nitelendirmesi yapılabilir. Komite, bu kapsamda getirilecek bir sınırlamanın Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 19. maddesinde de yer alan ifade özgürlüğünü zedelemeyeceğini, özgürlüğün kullanımının Bildirge'de de yer aldığı üzere birtakım ödev ve sorumluluklar yüklediğini ve son olarak müdahalenin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesine kategorik olarak uygun düştüğünü belirtmiştir.<sup>142</sup> Yasaklanan temelde davranan yasa dışı organizasyonlara ve mensuplarına karşı da mümkün olan en erken anda müdahale etmek gerekmektedir.

1993 tarihli bu Genel Tavsiyesinin ardından Komite, bu sefer ismen nefret söylemi kavramını da kullanarak, sadece ırksal temelde nefret söylemine hasredilmiş bir tematik toplantı yapmış ve sonunda 2013 tarih ve 35 no'lu Genel Tavsiyesi'ni<sup>143</sup> oluşturmuştur. İrksal temelde nefret söyleminin insan haklarının toplu ihlallerinde ve soykırıma giden süreçte rol oynadığına işaret eden Komite, her ne kadar Sözleşmede ismen zikredilmemiş olsa da bu durumun nefret söyleminin tespitine engel oluşturmadığını, bu Tavsiyenin ise nefret söylemi oluşturan ifadelerin kümülatif olarak teşhisine olanak veren Sözleşme hükümlerine odaklandığını vurgulamıştır. Komite'ye göre nefret söylemi Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen gruplara karşı gerçekleştirilen, Sözleşme'nin 4. maddesindeki ifade formlarını kapsamaktadır. Komite, çoğunluk dininden farklı bir dini benimseyen belli etnik gruplara mensup kişilere karşı gerçekleştirilen nefret söylemiyle, etno-dini gruplara karşı islamofobi, anti-semitizm ve benzeri nefret açıklamalarını, soykırıma ve teröre kışkırtma şeklindeki uç nefret dışavurumlarıyla da ilgilendiğini belirtmektedir.<sup>144</sup> Komite, ırkçı nefret söyleminin farklı şekillere bürünebileceği, salt ırkçı söylemlerden ibaret

---

<sup>141</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 15, para. 3.

<sup>142</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 15, para. 4.

<sup>143</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 35 için bkz. <<http://www.refworld.org/docid/53f457db4.html>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

<sup>144</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 35, para. 6.

olmayabileceği, ayrımcılıkta söz konusu olduğu gibi, belli bir ırkı veya etnik grubu hedef alan ifadelerde, hedef ve amacı gizlemek için dolaylı bir dil kullanılabilceği tespitinde bulunmuştur. Dolayısıyla Genel Tavsiye, hangi formatta (sözlü, yazılı), hangi ortamda ortaya çıkarsa çıksın (internet, sosyal paylaşım siteleri vs.), tüm ırksal nefret söylemi örneklerine uygulanabilir standartlar yaratmıştır.

Komite, ifade özgürlüğünü ırksal temelli nefret söylemi bağlamında cezai alanda sınırlarken; hedef kişiler/gruplar üzerindeki etkinin mahiyeti ve kapsamı dikkate alınarak sınırlamanın makul şüphenin ötesinde, önemli olaylar için söz konusu olması, daha az önemdeki olaylara ise ceza hukukunun tatbik edilmemesi gerektiğinin altını çizmiştir. Ceza yaptırımının uygulanacağı durumlarda ise kanunilik, ölçülülük ve gereklilik ilkelerine riayet edilmesi zorunludur. Uluslararası hukuk tarafından soykırım ve insanlığa karşı suç olarak sayılan suçların kamu önünde inkarı veya meşrulaştırılmaya çalışılması, açıkça ırksal şiddete ve nefrete kışkırtıyorsa cezalandırılabilir. Tarihi gerçeklerle ilgili ifade açıklamalarını dışarıda bırakarak nefret söylemi kapsamına girebilecek ifadelerin listesini sunan Komite, nefret söyleminin tespitinde kullanılması gereken kilit ölçütler sunmuştur. Buna göre, bir ifadenin içeriği ve şekli (provokatif niteliği), ifadenin serdedildiği zaman cari olan ekonomik, sosyal ve siyasal atmosfer (ayrımcılık geleneği, motifinin varlığı), konuşmacının pozisyonu ve statüsü (muhatap kitle), ifadenin yayılımı (iletim aracı ve tekrarlanma sıklığı) ve ifadenin amacı değerlendirmede dikkate alınması gereken ölçütlerdir.<sup>145</sup>

Kışkırtma kavramını da açıklayan Komiteye göre, kışkırtmayla genellikle başkalarını suç işlemek dahil belli bir biçimde davranmaya itme amaçlanmaktadır. Kışkırtma açık veya örtülü olabilir (ırkçı sembollerin kullanılmasında olduğu gibi) ve mutlaka sonunda belli yönde davranılmış olmasını zorunlu kılmaz; ancak kışkırtıcı ifadeler incelenirken, konuşmacının amacı ve konuşmacının ifadelerinden amaçladığı davranışın ortaya çıkması ihtimalinin veya ortaya çıkmasına yönelik açık/somut bir riskin var olup olmadığı dikkate alınır.<sup>146</sup> Komite, bir başka sınırlandırma ölçütü

---

<sup>145</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 35, para. 15.

<sup>146</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 35, para. 16.

olarak karar alma süreçlerinde Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ne ve Sözleşme'nin 5. maddesinde sayılan haklara gerekli ağırlığın verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu ölçüt, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sürecinde haklılığın ayarında kullanılabilen en uygun referans ölçüt olarak tabir edilmiştir. Komite ayrıca ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların geniş ve muğlak olmayıp, yeterli kesinlikte olması gerektiğini ifade etmiştir.

Sözleşmede ve Komitenin Genel Tavsiyelerinde yer verilen tüm açıklamalar, ırksal temelli nefret söylemi açısından yapılmış olsa da, ortaya konulan ölçütlerin dini temelde nefret söylemi teşkil eden ifadelerin değerlendirilmesinde de kullanılabilenliğini belirtmek gerekir.

Komite'nin The Jewish Community of Oslo ve Diğerleri/Norveç kararındaki<sup>147</sup> değerlendirmeler buna örnek olarak gösterilebilir. Kararda, ülkelerinin zenginliklerini sonuna kadar emip yerine ahlaksız ve Norveçlilere uygun olmayan fikirlerle dolduran Yahudilerin insanlarını ve ülkelerini yağmalayıp yıktığını, Hitler ve Rudolf Hess'in ayak izinden gideceklerini belirten topluluk üyelerinin saldırgan ifadelerinin, en azından ırksal ayrımcılığa ve şiddete kışkırtma olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Komite, ırkçı ifadelerin ve nefret söyleminin, uluslararası organlarca ifade özgürlüğü karşısında daha az koruma gördüğünü ve 15. Genel Tavsiyesinde de belirttiği gibi belli bir ırkın üstünlüğüne veya nefrete dayanan tüm fikirlerin yasaklanmasının ifade özgürlüğü ile uyumlu olduğunu vurgulamıştır. İrksal temelin yanında tüm nefret söylemi kategorilerini içine alacak şekilde genel olarak nefret söyleminden bahsedilmiş olması önemlidir. Yahudiler üzerinden ayrımcılık yapılan davalarda Komite, yabancı düşmanlığı ve ırksal nefret üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Komite, İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi olmasaydı, pek ala Yahudilik temelinde dinsel nefretin söz konusu olduğunu da tespit edebilirdi. Özellikle 'Muhammedi terör' ve 'Muhammedi tecavüz' ifadelerinin konu edildiği Kamal Quereshi/Danimarka kararında<sup>148</sup> da durum böyledir.

---

<sup>147</sup> The Jewish Community of Oslo et. al. v. Norway, Communication No: 30/2003, 15 August 2005 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/country/decisions/30-2003.html>>, erişim tarihi: 25.06.2014.

<sup>148</sup> Kamal Quereshi v. Denmark, Communication No: 33/2003, 9 March 2005 için bkz. <<http://www1.umn.edu/humanrts/country/decisions/33-2003.html>>, erişim tarihi: 25.06.2014.

### 3.1.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Sınırlandırma

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen başvuruları genellikle üç kademeli bir yaklaşımla değerlendirmektedir. Öncelikle söz konusu hak ve özgürlüğe bir müdahalenin var olup olmadığını tespit eden Mahkeme, sırasıyla müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığını (bu çerçevede öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğini), müdahalenin her bir maddede sayılan meşru amaçlardan (sınırlandırma sebeplerinden) birine dayanıp dayanmadığını ve son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını (zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelip yönelmediğini ve sınırlamanın orantılılığını) incelemektedir. İfade özgürlüğüne ilişkin incelemelerinde AİHM, ilk iki aşamayı kolaylıkla temellendirmekte, esas analizini ise demokratik toplumda gereklilik kriteri noktasında yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine göre ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve sayılan meşru amaçlardan birisine dayalı olarak sınırlandırılabilir. Sayılan meşru amaçlar, 1982 Anayasasının 26. maddesinde sayılan özel sınırlandırma sebeplerine paralellik göstermektedir. Dini temelde nefret söylemi, 1982 Anayasasında olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de doğrudan yasaklanmamış veya ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında güdülebilecek bir meşru amaç olarak sayılmamış olsa da AİHM tarafından "başkalarının...haklarının korunması" sebebi altında değerlendirilmektedir. Dine hakaret, küfür ve özellikle dini temelde nefret söylemi örnekleri 3. kişilerin insanlık onurunu, yaşama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirme, din ve inançlarına saygı gösterilmesini isteme ve ayrımcılığa maruz bırakılmama gibi muhtelif haklarını doğrudan veya dolaylı olarak zedelemektedir. İşte 3. kişilerin hukuken tanınan haklarının, bu haklara saldıran ifadeler karşısında korunması gerekecektir. Böylece ifade özgürlüğünü sınırlandırmada başkalarının haklarının korunması bir meşru sebep olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak sebebi oluşturabilecek şartlar bakımından, yani kimlerin haklarının korunması gerektiği, nelerin hangi haklara saldırı teşkil ettiği ve başkalarının haklarının korunmasının zamana ve yere göre gerekliliği



konusunda devletlerin değerlendirmesi önem kazanmaktadır<sup>149</sup> ve takdir devletlere bırakıldığından, değerlendirmeler birbirinden farklılık arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, nefret söylemi, salt başkalarının (Sözleşme ile korunan) haklarına saldırı teşkil etmesi sebebiyle değil, AİHS'nin temellerini oluşturan değerlere yönelik bir saldırı olması sebebiyle de ifade özgürlüğünün meşru bir sınırlandırma sebebi olarak görülmektedir. Mahkemenin “ırka dayalı ayrımcılığın her biçimi ve tezahürü ile mücadele etmenin hayati öneminin bilhassa bilincinde olduğunu” belirttiği Jersild/Danimarka kararı, Mahkemenin ırksal temelli olsa da nefret söylemine ilişkin dolaylı bir değerlendirmeyi yaptığı ilk karar olarak ifade edilmektedir.<sup>150</sup>

AİHM, demokratik toplumda gereklilik kriteri altında, müdahale ile acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanıp karşılanmadığına ve müdahalenin ölçülü olup olmadığına yani yapılan müdahalenin, müdahaleden güdülen amaçla orantılılığına odaklanmaktadır. Zaman içerisinde AİHM'in bu kategorik yaklaşımından ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında yaygın olarak kullanılan ilkeler, kriterler ortaya çıkmıştır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında belki de en fazla referans verilen kriter AİHM'nin Handyside kriterleridir. Handyside kararında AİHM, ifade özgürlüğünün sadece hoş giden veya incitici olarak görülmeyen ifadeler için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici, rahatsız edici ifadeler için de geçerli olduğunu ve bunun demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bir gereği olduğunu ortaya koymuştur.<sup>151</sup> AİHM pek çok kararında kendi yarattığı bu kriterleri gerekçe göstermek suretiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri ihlal olarak nitelendirmiştir.

AİHM, dava konusu bir ifadeyi irdelerken, kategorik olarak ifadeyi serdeden kişiyi, statüsünü, ifadenin muhatap aldığı kişi veya kişileri/kitleyi (Gerger/Türkiye), ifadenin hangi yolla nasıl açıklandığını (ör. sanatsal yolla şiir kitabında Karataş/Türkiye), ifadenin amacını (kamunun yararının gözetilip gözetilmediği), ortaya çıktığı bağlamı (Sürek/Türkiye No.1) ve (olası) etkilerini (Zana/Türkiye), Handyside kararında ortaya koyduğu içerikle ilgili kriterleriyle birlikte

---

<sup>149</sup> Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 10.07.2003, para. 67; Ali Okumuş, s. 111, 112.

<sup>150</sup> O. Serkan Gülfidan, İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanma Yasağı”, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s. 31.

<sup>151</sup> Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

değerlendirmekte ve devletlere o ölçüde takdir marjı tanımaktadır. Devletlerin takdir marjlarının değerlendirildiği nokta artık müdahalenin gerekliliğinin (acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanıp karşılanmadığı) ve orantılılığının sorgulandığı nokta olmaktadır. Burada müdahalenin mahiyeti ve ciddiyeti değerlendirilmektedir. Devletlerin sınırlandırmanın gerekliliği yönündeki argümanlarını ikna edici biçimde ortaya koymaları ve sınırlandırmada uygun ve yeterli kanıt sunmaları aranmaktadır.<sup>152</sup>

Devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırmada takdir hakları, siyasi konularda, basının siyasi konuları aktarmasında, siyasetçilere yönelik eleştirilerde, kamuyu ilgilendiren konularda, demokrasinin özünün siyasi tartışma hürriyetinin olduğundan bahisle oldukça dar iken<sup>153</sup>, özellikle dini konularda, nefret söylemi ve yabancı düşmanlığının söz konusu olduğu durumlarda çok geniştir.<sup>154</sup> AİHM, dini hassasiyetlerin korunması bakımından nelerin bu kapsama girip girmediğini, zamana, yere ve sayıları gitgide artan din ve inançlara göre belli bir dinin mensuplarının hangi tür ifadeler karşısında gerçekten incineceğini taraf devletlerin daha iyi değerlendirebilecek durumda olduğunu vurgulayarak ahlaki ve dini inançları rencide edici hususlarda taraf devletlere tanınan takdir hakkının oldukça geniş tutulduğunu belirtmiştir.<sup>155</sup> Siyasetçilerin nefret içerikli ifadeler serdetmeleri durumunda da ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda takdir hakkı genişlemektedir. AİHM'e göre halkın oylarıyla göreve gelen bir kişinin (genel manada kamu görevlilerinin) demokratik ilkeleri reddetmeden, şiddete ve silahlı direnişe çağırmadan, ırkçı bir yaklaşım sergilemeden halkın haklarını savunma ve sıkıntılarını dile getirme mecburiyetinde olması ifade özgürlüğünün önemini daha da artırırken<sup>156</sup>; konuları, beyanlarının olası etkileri dikkate alındığında özellikle siyasetçilerin hoşgörüsüzlüğü yayan, nefret üreten, nefreti tahrik eden nitelikte ifadeleri kullanmaktan imtina

---

<sup>152</sup> Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29.03.2001, para. 48, 49.

<sup>153</sup> Castells/İspanya, Başvuru no: 11798/85, 23.04.1992, para. 46; Lingens/Avusturya, Başvuru no: 9815/82, 08.07.1986, para. 42

<sup>154</sup> Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 10.07.2003, para. 67.

<sup>155</sup> Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru no:17419/90, 25.11.1996, para. 58.

<sup>156</sup> İbrahim Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 28635/95, 30171/96, 34535/97, 10.10.2000, para. 59-64.

etmesi gerekmektedir.<sup>157</sup> Mahkemeye göre en temel nokta, sahibi kim olursa olsun, düşmanca bir tonda serdedilmiş olsa da, ifadelerin bir bireye veya toplumun bir kesimine yönelik şiddeti, silahlı direnişi veya başkaldırıyı kışkırtmaması<sup>158</sup>, ifadelerle hoşgörüsüz fikirlerin yayılmasının amaçlanmamasıdır.<sup>159</sup> Mahkeme, nefret uyandıracak ve muhtemel fiziksel şiddeti sonuçlayacak bir damgalama ve hedef gösterme niyetini de bu çerçevede değerlendirmektedir.<sup>160</sup> Aksi durumlarda devletlerin takdir yetkisi genişleyecektir. Mahkemeye, bazen devletlere çok fazla takdir payı bıraktığı<sup>161</sup>, kamu düzenine, başkalarının haklarına yönelik muhtemel bir tehlikenin var olduğu gerekçesiyle yapılan sınırlandırmalarda; korunması gereken bir durumun gerçekten bulunup bulunmadığı, bu çerçevede tehlikenin açık ve mevcut olup olmadığını değerlendirmedeği yönünde eleştiriler getirilmektedir.<sup>162</sup> Bu eleştirilerden, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında Amerikan doktrininden mülhem ‘açık ve yakın tehlike’ (clear and present danger) kriterinin kullanılabilmesi, hatta kullanılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

AİHM, odak noktası nefret söylemi olmamakla birlikte devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne yönelik söylem ve eylemleri (kitapları vs.) incelerken, ifade edilenlerin ayrılıkçı olup düşmanca bir tona sahip olması halinde bile şiddeti, silahlı direnişi veya başkaldırıyı desteklemediğini ve (dolayısıyla) nefret söylemi teşkil etmediğini belirtmek suretiyle nefret söylemini bu tür davalarda da değerlendirme kapsamına sokmuş ve ölçütü nefret söylemi açısından da uygulamıştır.<sup>163</sup> Çoğu zaman Anayasaya aykırı/milliyetçi nefret söylemi olarak kategorize edilen bu örnekler aslında bireylere, kamu personeline veya toplumun bir kesimine yönelik birçok farklı temelde (etnisite, din, dil vd.) nefret söylemini içermekle birlikte

---

<sup>157</sup> Feret/Belçika ve Le Pen/Fransa kararları.

<sup>158</sup> Ne zaman şiddete kışkırtılmış olunacağına ilişkin Mahkemenin istikrarlı ve net bir tanım vermediğine ilişkin bkz. Antoine Buyse, s. 502.

<sup>159</sup> Arslan/Türkiye, Başvuru no: 23462, 08.07.1999, para. 46, 48; Okçuoğlu/Türkiye kararı.

<sup>160</sup> Sürek/Türkiye (No.1), Başvuru no:26682/95, 08.07.1999, para. 62.

<sup>161</sup> Hasan S. Vural, s. 202 (C. Evans’a atıfla).

<sup>162</sup> Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, s. 57, 58.

<sup>163</sup> Maraşlı/Türkiye, Başvuru no: 40077/98, 09.02.2005, para. 18; Sürek/Türkiye (No.1), Başvuru No:26682/95, 08.07.1999, para. 62; Han/Türkiye, Başvuru no: 50997/99, 13.09.2005, para. 32.

özünde ‘devlete’ karşı bir dava savunuculuğunu konu edindiğinden nefret söylemi çalışmalarında ön plana çıkmamaktadır.

AİHM’in Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin nefret söylemi tanımına ek olarak geliştirdiği ve Gündüz/Türkiye kararında ortaya koyduğu “demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan veya mazur gösteren her türlü ifade” tanımı, nefret söylemi değerlendirmesinde şiddetin yanında ‘hoşgörüsüzlüğü’ bir ölçüt olarak dikkate aldığını göstermektedir. AİHM, bu karardan 3 yıl sonra verdiği Erbakan/Türkiye kararında da “...hoşgörü ve tüm insanların eşit haysiyetine saygı; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturur. Dolayısıyla, ilkesel olarak bazı demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten ya da gerekçelendiren tüm ifade türlerine karşı yaptırımlar getirmek ve hatta bu ifade türlerini engellemek zorunlu görülebilir...”<sup>164</sup> demek suretiyle yeniden hoşgörü temelli bir tanımlama yapmıştır. Böylece, hukuki bir kavram olmayan hoşgörü kavramı içtihat yoluyla hukuki bir anlam kazanmış olmaktadır. Kısaca AİHM, nefret söylemi oluşturduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını, toplumun bir kesimine yönelik saldırgan, şok eden, rahatsızlık yaratan bilgi ve düşüncelerin susturulması olarak görmeyerek nefret söylemi teşkil eden ifadeleri bu kriterleri aşan bir nitelikte vasıflandırmakta ve devletlerin bu husustaki uygulamalarını hem meşru hem demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bulmaktadır. Buradaki denge, tutturulması oldukça zor olan bir dengedir. Zira demokrasinin gelişimi için çoğulculuğun beslenmesi, çoğulculuğun beslenmesi için de hoş görülenin dışında saldırgan ve rahatsız edici ifadelerin de hoşgörülmesi gerekir. Ancak sarfedilen sözlerin, bizzat temeli oluşturan hoşgörüyü sarstığı noktada müdahale etmek kaçınılmaz olacaktır. Peki bu hangi noktada gerçekleşecektir? Dini hoşgörüsüzlük temelli hangi açıklamalar, hangi durumda ve hangi bağlamda nefret söylemi sayılarak kapsam dışında kalır?

AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının gerekliliğini gerekçelendirirken dili her ne kadar saldırgan ve provoke edici olsa da ifadelerin bireyleri düşmanlığa, kin ve nefrete, şiddete tahrik edip etmediğine, hoşgörüsüzlüğü yayıp yaymadığına odaklanmaktadır.<sup>165</sup> Bizatihi saldırgan olmayan bir ifade, belli şartlar altında

<sup>164</sup> Erbakan/Türkiye, Başvuru no: 59405/00, 06.07.2006.

saldırğan bir etki doğurabilir. Mahkeme bu ihtimali de dikkate almaktadır.<sup>166</sup> AİHM ifade özgürlüğünün kullanımı sürecinde, nefret söylemi, nefret içerikli ifadelerin üretilmesi ve yayılmasına karşı devlete, kamu görevlilerine, özellikle siyasetçilere ve basına büyük bir sorumluluk yüklemektedir.

Sözleşmeyle korunan demokrasi anlayışıyla bağdaşmayan nefret söylemi gibi ifadeler konusunda AİHM, sadece Sözleşme'nin 10. maddesi temelinde değil, hakların kötüye kullanılmasını düzenleyen 17. maddesi temelinde de inceleme yapabilmektedir. 17. madde,

hak ve özgürlüklerden yararlanılarak bunların yok edilmelerinin önlenmesine yönelik yanıyla, Sözleşme'de düzenlenen hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesini amaçlayan faaliyetlerin Sözleşme'nin koruma alanına dahil olamayacaklarını belirtmekte ve bunların sınırlandırılması hususunda sözleşen devletlere Sözleşme'nin sınırlarını aşma bakımından ihtiyari bir alan yaratmakta, diğer taraftan ise Sözleşme'nin düzenlediği hakların Sözleşme'de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmayacaklarını ifade etmek suretiyle sözleşen devletleri bundan menetmektedir.<sup>167</sup>

Bazen doğrudan hüküm doğurur biçimde uygulanan bazen ise salt bir yorum kuralı olarak yargılamanın muhtelif aşamalarında kullanılan bu kural, kötüye kullanma hallerinde devletlere sınırlama yetkisi tanımak maksadıyla getirilmemiştir.<sup>168</sup> 17. madde, (zaman içerisinde değişkenlik gösterse de) kapsamına giren durumların (kategorik olarak) Sözleşme'nin korumasından yoksun kalmasına yol açmaktadır.<sup>169</sup> Yani 17. madde uygulama alanı bulduğunda, ilgili hak uygulanamayacaktır ve konu, Sözleşme'nin koruma alanında olmadığından konu bakımından başvuru kabul edilemez bulunabilecektir.<sup>170</sup> Amaç, Sözleşme'de yer alan bir haktan faydalanılarak, Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin yok edilmesini, yok edilmesi yönündeki

---

<sup>165</sup> Sürek/Türkiye (No: 1) para. 61; Öztürk/Türkiye, Başvuru no: 22479/93, 28.09.1999, para. 68.

<sup>166</sup> Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 10.07.2003, para. 72.

<sup>167</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 5,6,7.

<sup>168</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 8.

<sup>169</sup> Bingöl/Türkiye, Başvuru no:36141/04, 22.06.2010, para.32 Fransızca olan kararın özet Türkçe çevirisi için bkz.<<http://hudoc.echr.coe.int/>>.

<sup>170</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 17.

ifade ve faaliyetleri engellemektir. Elbette faydalanılan hakkın, bir diğerk hakkı yok etmeye elverişli olması gerekmektedir<sup>171</sup> ve ifade özgürlüğü, etkisi itibarıyla buna müsaittir. İfade hürriyetinin kullanımı ile 17. maddenin çatıştığı durumlarda, ifade Sözleşme bakımından artık ‘ifade’ sayılmayacağından AİHM’in yukarıda ifade hürriyetinin sınırlandırılması kapsamındaki değerlendirmeleri, koruma mekanizması da işletilemeyecektir.<sup>172</sup> Nitekim, ırk ayrımcılığını tahrik eden ifadeleri konu alan Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda kararında<sup>173</sup>, Sözleşme’nin metnine ve ruhuna ve uluslararası metinlerdeki ırk ayrımcılığı yasağına aykırı ifadelere ilişkin bu yönde bir yaklaşım sergilenmiştir. Bu karar, ırk ayrımcılığı, ırksal nefrete ilişkin bakış açısını ortaya koymakla birlikte, m. 10/2’de belirlenen sınırlama rejimine ek ve salt ifadenin içeriğine bakılarak karar verilen bir rejim yarattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>174</sup> Kelimeler, onları telaffuz edenler, muhatapları, serdedildikleri yer ve bağlamlarına bağlı olarak her bir olayda farklı anlamlara gelebilir, farklı etkiler doğurabilir, dolayısıyla bir ifadenin sadece içeriğine bakılarak onun nefret söylemi teşkil ettiğini söylemek güç ve yanlış olabilir. Bir ifadeye yüklenen anlamı anlayabilmek için AİHM’in m. 10 çerçevesinde yaptığı bütünsel değerlendirmeye ihtiyaç vardır.<sup>175</sup>

Bu eleştirilere bağlı olarak 17. maddenin uygulamasında farklı yaklaşımlar benimsenmeye başlanmış ve 17. madde, 10. madde kapsamında yapılan demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde bir yorum aracı olarak kullanılmıştır, yani ifade -içerik- temelli değerlendirmeden, müdahale temelli değerlendirmeye geçilmiştir.<sup>176</sup> Daha istikrarlı uygulamalarında ise Mahkeme, hakkın düzenlendiği madde yönünden yaptığı inceleme sonrasında karar vererek, 17. madde yönünden ayrı bir değerlendirme yapmasına gerek olmadığını belirtmiştir (Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye). AİHM, 17. madde kapsamında, nefret söylemi değerlendirmelerinde de esas alınabilecek iki yoruma açık kategorik ölçütü ortaya

---

<sup>171</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 15.

<sup>172</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 17, 18.

<sup>173</sup> Glimmerveen and Hagenbeek/Hollanda, Başvuru no: 8348/78 ve 8406/78, 11.10.1979.

<sup>174</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 20.

<sup>175</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 21.

<sup>176</sup> Bkz. Kühnen/Almanya, Başvuru no: 12194/86, 12.05.1988.

koymuştur; ‘Sözleşme’nin metnine ve ruhuna zıt düşen ifade’ (Glimmerveen/Hollanda) ile ‘Sözleşme’nin temel değerlerinden biriyle çatışan ifade’ (Kühnen/Almanya). Bu çerçevede Mahkeme, ırka ve dine dayalı ayrımcılığın, Sözleşme’nin dibacesinden çıkan temel değerlerden adalete ve barışa aykırı düştüğünü belirtmiştir. Mahkeme son dönemlerde 17. maddenin uygulanmasını salt Holokost gibi açıkça sabit tarihi bir olayın inkarı/revizyonu anlamına gelen ve Sözleşmenin temelini oluşturan değerlere (genellikle adalet ve barışa) karşı gelen durumlara indirgemıştır (Lehideux ve Isorni/Fransa).<sup>177</sup> Anti-semitizm de bu kapsamda koruma görmektedir (Pavel Ivanov/Rusya). Nitekim, Mahkeme Garaudy/Fransa kararında Holokost’un inkarının Yahudilere yönelik sui generis bir nefret söylemi teşkil ettiğini ve Sözleşmenin temelini oluşturan değerlere aykırı bu ifadelerin 17. madde kapsamında olduğunu vurgulayarak, başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.<sup>178</sup> Holokost’un inkarı ve anti-semitizm 17. maddenin doğrudan uygulanması sonucunu doğururken, diğer nefret söylemi türleri 10. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>179</sup>

AİHM basın biriminin 2012 yılında yayınladığı “Nefret Söylemi Bilgi Notu”nda<sup>180</sup>, aşırılıkları önleme amacıyla demokratik değerler üzerine kurulu bir kurumsal çerçeve oluşturmayı hedefleyen AİHS’in, saldırgan ve Sözleşme’ye aykırı olduğu düşünülen çeşitli ifade biçimlerini tespit ederken aşırılığa yönelik ciddi ve gerçek bir kısırtma ile bireylerin görüşlerini özgürce ifade etme ve başkalarını incitme, şok etme ya da rahatsız etme hakları arasında ayırım yapmada daha dikkatli davranıldığı ve nihayetinde evrensel bir tanımı bulunmayan nefret söyleminin Sözleşmede öngörülen iki yaklaşım sayesinde koruma dışında tutulduğu belirtilmiştir. Buna göre Mahkeme:

“a) söz konusu ifadelerin nefret söylemine varması ve Sözleşmenin temel değerlerini inkar etmesi durumunda 17. maddeyi uygulamak suretiyle ya da

---

<sup>177</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 46, 47.

<sup>178</sup> Garaudy/Fransa, Başvuru no: 65831/01, 24.06.2003.

<sup>179</sup> O. Serkan Gülfidan, s. 61, s. 70.

<sup>180</sup> European Court of Human Rights, Factsheet – Hate Speech, July 2013 için bkz. <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf)>, erişim tarihi: 10.07.2014.

b) (söz konusu ifadelerin nefret söylemi olduğu halde Sözleşmenin temel değerlerini yok etme kapasitesine sahip olmadığı durumlarda) 10. maddenin ikinci fıkrası ve 11. maddede öngörülen kısıtlamaları uygulamak suretiyle”

nefret söylemini Sözleşme'nin koruması dışında bırakmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin tüm açıklamalar, basın özgürlüğü konusunda da geçerlidir ancak basın özgürlüğünün iki yönlü olması (kamuoyunu bilgilendirme / haber verme hakkı karşısında haber alma hakkı), basın söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında daha dikkatli davranılması gereğini ortaya koymaktadır. Bir basın mensubunun cezalandırılması, ancak diğer temel hakların ihlal edildiği nefret söylemi ve şiddetin teşvik edilmesi gibi istisnai hallerde mümkün olabilir.<sup>181</sup>

### 3.1.3 Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Sınırlandırma

Amerikan Anayasası'nın Birinci Değişiklik hükmü uyarınca,

“Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükunet içinde toplanma ve şikayete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.”

İfade özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik anayasal yasağı içeren bu hükmün lafzından ve ifade özgürlüğüne ilişkin muhtelif tezlerden hareketle Amerikan doktrini, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olduğunu kabul etmiş, toplum da bu tercihin bir yansıması olarak “Seninle aynı fikirde değilim (hatta söylediğinden nefret ediyorum) ancak fikrini ifade etme hakkını ölümüne savunurum”<sup>182</sup> cümlesini ‘motto’ edinmiştir. Ancak bu tercih hem toplumun bir kesimi (özellikle akademisyenler) tarafından eleştirilmiş hem de Yüksek Mahkeme’de çok fazla taraftar bulmamıştır.<sup>183</sup>

<sup>181</sup> Dlugolecki/Polonya, Başvuru no: 23806/03, 24.02.2009, para. 47.

<sup>182</sup> “I hate what you say but I will defend to the death your right to say it.”

<sup>183</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 29.



Yüksek Mahkeme, düşmanlığı ve hoşgörüsüzlüğü kışkırtan nefret içerikli ifadeler de dahil olmak üzere çeşitli sebeplerle ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesine hükmetmiş ve kararlarında sınırlandırmanın ölçütü olarak kullanılabilir olan ve zamanla değiştirip geliştirdiği kriterlere yer vermiştir. AİHM kararlarında, ulusal düzenleme ve yargılamalarda zaman zaman bu kriterlerin etkisinin görülmesi Yüksek Mahkeme'nin teorik yapısı çok güçlü olan kararlarının salt yerel düzlemde etkili olmadığını da ortaya koymaktadır.

Yüksek Mahkeme, ilk kez Schenck davasında<sup>184</sup> 'açık ve mevcut tehlike' (clear and present danger) kriterini geliştirerek, kelimelerin kullanıldıkları anda içinde buldukları koşullar (ör: ülke savaş halinde ise) ve mahiyetleri dikkate alındığında bireyler ve toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike yaratacak durumda olmaları halinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesini belirtmiştir. Tehlike, şüpheye yer vermeyecek biçimde somut, kelimelerin zarar yaratma olasılığı ise kesine yakın (yani muhtemel değil muhakkak) olmalıdır.<sup>185</sup> Elbette tehlike koşullara göre değişiklik gösterecektir. Terminiello davasında<sup>186</sup> Mahkeme, ifade özgürlüğünün yapısında tartışma yaratmak olduğunu, özgürlüğün ancak huzursuzluk çıkartıp, şartları sorgulattığı ve insanları öfkeye garkettiği durumlarda nihai amacına ulaşmış olacağını; ifadenin çoğu zaman provokatif ve meydan okuyucu olduğunu, önyargılara, oturmuş kanaatlere saldırarak bir fikri kabul ettirmeye çalışacağı için önemli derecede sarsıcı ve rahatsız edici etkiler yaratabileceğini, bu sebeple sınırsız olmasa da sansüre ve cezaya karşı korunduğunu belirterek bunun istisnasının, ifadenin toplumsal rahatsızlık, kızgınlık ve huzursuzluğun ötesine varan ciddi ve somut bir zararın ortaya çıkacağı konusunda açık ve somut bir tehlikeyi üretmesi olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü konusunda daha sınırlayıcı bir yaklaşım benimsenemez. Aynı kararın karşı oyunda, dava konusu konuşmanın yarattığı şiddet ve ayaklanma tehdidinin açık ve mevcut olduğu tespitinde bulunulmuştur. Bu karşıtlık, ölçütün ne kadar değişken olabileceğini ortaya koymaktadır. Elbette burada tehlikenin sınırlandırmayı haklı kılacak ölçüde

---

<sup>184</sup> Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919) için bkz.  
<<http://www.wneclaw.com/firstamendment/schenckfrohwerkdebs.pdf>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>185</sup> Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 30.

<sup>186</sup> Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949) için bkz.  
<[http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/terminiello.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/terminiello.html)>, erişim tarihi: 07.07.2014.

ciddi olması beklenmektedir. Nitekim Dennis davasında<sup>187</sup> Yargıç Douglas ifade hürriyetinin kısıtlanmasını, tehlikenin açık ve nesnel dayanaklarının olduğu, hemen ortaya çıkacağı, tehdidin had safhaya ulaştığı durumlara hasretmiştir.<sup>188</sup> Bu görüşe paralel olarak Gitlow davasında<sup>189</sup> Yargıç Holmes, dava konusu söylemi “önümüze ne kadar aşırı bir söyleşi konulursa konulsun, onun (somut) bir yangına sebep olma şansı yoktur” şeklinde bir değerlendirmeye tabi tutmuştur. Whitney kararında Yargıç Brandeis de şu hususları vurgulamıştır:

İfade özgürlüğünün baskı altında tutulmasını haklı çıkarmak için, ifade özgürlüğü uygulandığı zaman bunun ciddi bir kötülük ile sonuçlanacağından korkmanın mantıklı bir sebebi olmalıdır. Endişe duyulan tehlikenin yakın olduğuna inanmak için mantıklı bir sebep olmalıdır. Önleneyecek olan kötülüğün ciddi bir kötülük olduğuna inanmak için haklı bir sebep olmalıdır... Savunulan şeyin hemen yerine getirileceğini gösteren hiçbir işaret yoksa, ifade özgürlüğünden mahrum etme için haklı bir gerekçe olamaz. Savunma ile kışkırtma, hazırlık ile teşebbüs, bir araya gelme ile plan yapma arasındaki geniş fark akılda tutulmalıdır. Açık ve mevcut bir tehlikenin var olduğu hükmünü desteklemek için, ya dolaysız ciddi bir şiddetin beklendiği veya savunulduğu ya da geçmiş tecrübelerin böyle bir suç savunmasının o zaman düşünüldüğünde inanılmasına yol açacak bir sebep sağladığı ispatlanmalıdır... istisnası, korkulan kötülüğün gerçekleşmesinin, kapsamlı bir tartışma yapılması fırsatı oluşmadan hemen meydana gelmesi ihtimalidir... yeterli zaman varsa, uygulanacak çare... daha fazla konuşmaktır. Sadece acil bir durumun varlığı, baskı altında tutmayı haklılaştırır...”<sup>190</sup>

Üstelik korkulan kötülük ne kadar yakın bir tehlike arzetsen de belli oranda ciddi olmalıdır.

---

<sup>187</sup> Dennis v. US, 341 U.S. 494 (1951) için bkz.

<[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494#writing-USSC\\_CR\\_0341\\_0494\\_ZD1](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494#writing-USSC_CR_0341_0494_ZD1)>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>188</sup> ‘Açık ve mevcut tehlike’ halinde “ifadelerin cezalandırılabilmesi için kötülüğün çok ciddi ve gerçekleşme derecesinin çok yüksek olması”nın arandığını belirten benzer yöndeki karar için bkz. Wood v. Georgia, 370 U.S. 375 (1962)

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=450&invol=261>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>189</sup> Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925) için bkz.

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=268&invol=652>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>190</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927) için bkz.

<[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC\\_CR\\_0274\\_0357\\_ZC](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC_CR_0274_0357_ZC)>, erişim tarihi: 10.07.2014.

Brandenburg davası ile<sup>191</sup> Yüksek Mahkeme ‘açık ve mevcut tehlike’ kriterinde dönüşüme gitmiş ve ifadenin, kasti ve bilinçli olarak, hukuk dışı bir eylemi kışkırtması veya böyle bir eylemi doğurmasını aramıştır. Mahkemeye göre, salt kışkırtma yeterli olmayıp içinde bulunulan koşullar çerçevesinde ifadenin ‘başarı şansı’, kışkırtma ile sonuca ne kadar yaklaşıldığı dikkate alınmalıdır. Salt şiddet savunuculuğu ile hukuksuz bir eylemin kışkırtılması arasında fark yaratılmalıdır. Brandenburg davasının nefret söylemi açısından tartışmalı bir noktayı ortaya çıkardığı belirtilmiştir. Nefret söyleminin, hukuksuzluğu, hukuk dışı bir eylemi tetiklediğini ileri sürebilmek için nefret söylemi ile nefret suçu arasındaki ilişkiye dair ne kadar veri sunmak gerekir? Ampirik verilerin ve araştırmaların bağlantıyı oluşturmada yeterli olduğu ve özellikle doğrudan bir hedefi olan nefret söylemi örneklerinde şiddet potansiyelinin çok daha fazla olduğu vurgulanmıştır.<sup>192</sup> Ancak elbette ‘niyet’i ortaya koymak ve delillendirmek zordur.

Ashcroft v. The Free Speech Coalition davasında Mahkeme, “Hükümet ‘ileride belirsiz bir zamanda’ yasadışı bir eylemin gerçekleştirilmesi şansını artıracığı nedeniyle ifadeyi yasaklayamaz. Hükümet güç kullanımını veya kanunun ihlalini talep eden ifadeyi ancak ‘böylesi bir talep yasadışı bir eylemi hemen oluşturmaya veya tahrike yönelikse ve böylesi bir eylemin gerçekleşmesi ihtimali mümkünse’ yasaklayabilir” demek suretiyle sınırlandırma kriterinin dar yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur.<sup>193</sup> Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda ise Yüksek Mahkeme geçerli, zorlayıcı ve haklı bir gerekçeye sahip olunmasını aramak suretiyle çok daha dar bir sınırlandırma serbestisi tanımaktadır.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) için bkz.

<<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

Davanın karşı oy metinleri, ‘açık ve mevcut tehlike’ kriteri konusunda uzlaşmazlığın ne boyutta olduğunu gözler önüne sermektedir.

<sup>192</sup> Rosalie Berger Levinson, “Targeted Hate Speech and The First Amendment: How the Supreme Court Should Have Decided Snyder”, Suffolk Uni. Law Review, Vol. 46/1, 2013, p. 58.

<sup>193</sup> Ashcroft v. The Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002) için bkz

<<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>194</sup> New York Times Co. v. US, 403 U.S. 713 (1971) için bkz.

<<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/403/713>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

Yüksek Mahkeme, muhtelif kararlarında başkalarını kavgaya tahrik edici, şiddete ve düşmanca tepkiye teşvik edici, kavgacı sözlerin<sup>195</sup>, gerçek tehdit içeren, ırkçı ve/veya nefret içerikli ifadelerin/yayınların Birinci Değişikliğin koruması altında olmadığını belirtmiştir. Kavgacı sözler ('fighting words') kriteri, saldırgan ifadeler doktrini olarak da adlandırılmaktadır. Mahkeme, sarf edildikleri anda zarar doğuran veya barışın/huzurun hemen bozulmasını kışkırtan kaba, müstehcen, küfür/kutsal şeylere saygısızlık teşkil eden, incitici, tahkir edici veya kavgacı ifadeleri anayasal korumanın dışında bırakmıştır. Mahkemeye göre bu ifadelerin sosyal değeri, düzen ve ahlaka ilişkin kamusal menfaatin altında kalmaktadır. R.A.V v. St. Paul davasında<sup>196</sup> Mahkeme, ırk, renk, inanç, din ve cinsiyet ayrımına dayalı kızgınlık, öfke veya nefret uyandıran sembollerin yasaklanmasına ilişkin bir kanunu değerlendirme fırsatı bulmasına rağmen nefret söylemine ilişkin bir değerlendirme yapmaktan ziyade, yasanın düzenlenme tekniği üzerinden bir karara varmıştır. Ancak kararın satır aralarından ("aşğılama ve dine dayalı şiddet uyandıracğından dolayı, aynı söz bütün Katolikler için söylenemez"), dava konusu olayın esasına ilişkin bir değerlendirme yapılacak olsaydı, kavgacı sözler kategorisi çerçevesinde nefret içerikli ifadelerin anayasal korumadan faydalanamayacağı yönünde hüküm tesis edileceğı söylenebilir. Haç yakılmasının konu edildiğı ve kanunda 'herhangi bir kimsenin... bir başka kimseyi veya grubu yıldırma gayesiyle.... veya kamuya açık alanda haç yakması'nın cezalandırıldığı Virginia v. Black davasında da Yüksek Mahkeme, haç yakmanın Ku Klux Klan için bir nefret sembolü olarak kullanıldığını belirtmekle birlikte nefret söyleminin değerlendirilmesine ilişkin bir veri sunmamıştır. Karar, Mahkemenin saldırgan ifadeler doktrinine ilişkin getirdiğı açıklamalarla önem kazanmaktadır. Mahkemeye göre;

söylendiğinde, çağrıştırdığı anlamlar gereğı anında huzuru bozan veya rahatsızlık veren sözcükleri eyalet yasaklayabilir... herhangi bir vatandaşa söylendiğinde, kişide var olduğı bilinen şiddetle karşılık verme duygusunu tahrik edici sözler yasaklanabilir... Birinci Değişiklik gerçek bir tehdidi yasaklama izni de vermektedir. Gerçek tehditler bir kişinin, belli bir kişi veya kişilere yönelik kanuna aykırı şiddet eylemini gerçekleştirme niyetinin ciddi bir ifadesi olan sözlerini iletmek için

<sup>195</sup> Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942) için bkz.  
<<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>196</sup> R.A.V v. St. Paul, 505 U.S. 377, 1992 için bkz.  
<<http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZO.html>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

kullandığı beyanlarını kapsamaktadır. Sözlü ifade de bulunan kişi, bu tehdidi gerçekten yerine getirmeye niyet etmeyebilir. Daha çok, gerçek tehditlere getirilen yasaklama “tehdit edilen şiddetin gerçekleşmesi ihtimaline karşı” halkı korumanın yanında “kişileri şiddet korkusundan” ve “korkunun meydana getirdiği bu karışıklıktan koruyabilir.” Tehdidin bir kimse veya bir gruba bedensel zarar verme veya ölüm korkusunu yerleştirme niyetiyle yapıldığı durumlarda yıldırma, anayasal olarak yasaklanan sözcük anlamında, bir tür gerçek tehdittir.<sup>197</sup>

Virginia v. Black kararı, Mahkemenin ‘gerçek tehdit’ kriterini öne çıkardığı bir karardır. Mahkemenin Cohen v. California davasında<sup>198</sup> öngördüğü bir koşul, nefret söylemine ilişkin örneklerde referans alınabilecek niteliktedir. Mahkemeye göre “Anayasayla uyumlu olarak hükümetin, başkalarını korumak için kamusal ifadeyi susturabilme yetkisi, onun kesinlikle tolere edilemeyecek tarzda çok önemli mahremiyet menfaatleri sunmasına bağlıdır ... anlamlar barışçıl olduğu sürece iletişim kabul edilebilme standartlarına uyması gerekmemektedir.”

Mahkemenin aktarılan kararlarında ölçütler değişse de nispeten uyumlu bir içtihat göze çarpmaktadır. Ancak Mahkeme bazen, siyasi söylem/kamunun menfaatini ilgilendiren söylem gibi tanımlamalar çerçevesinde nefret söylemi teşkil eden ifadelerle geçit verebilmiştir. Yüksek Mahkeme’nin dini temelli nefret söylemine ilişkin monografik eserlerde sıklıkla referans verilen kararlarından biri Snyder v. Phelps kararıdır<sup>199</sup>. Mahkeme, bir Katolik Kilisesinde gerçekleştirilen asker cenazesinin yakınında, Westboro Baptist Kilisesi üyeleri tarafından taşınan “Ölü Askerler için Tanrıya Şükürler Olsun”, “Tanrı Eşcinsellerden Nefret Eder”, “Amerika Lanetlendi”, “Rahipler Erkek Çocuklarına Tecavüz Ediyor”, “Cehenneme Gideceksiniz” gibi ifadeler içeren pankartlara ilişkin olarak öncelikle içerik, şekil ve bağlam incelemesi yapmak suretiyle durumun kamuyu ilgilendiren bir konu olup olmadığını irdelemiştir. Zira kamuyu, kamunun menfaatlerini ilgilendiren konularda “incitici hatta şok edici ifadelerle bile, özgürlüklere nefes alma alanı bırakmak adına

---

<sup>197</sup> Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003) için bkz. <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>198</sup> Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971) için bkz. <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=403&invol=15>>, erişim tarihi: 07.07.2014.

<sup>199</sup> Snyder v. Phelps, 526 U.S. (2011) için bkz. <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/09-751.ZS.html>>, erişim tarihi: 10.07.2014.

izin vermek gerekir”. Amerikanın ahlaki durumu, kaderi ve orduda eşcinsellik konulu pankartların geniş anlamda kamusal konular olduğunu tespit eden Mahkeme, ifade özgürlüğünün çerçevesinde kalındığını belirtmiştir. Benzer şekilde, Mahkeme, bir partinin Holokost mağduru 7 kişi dahil Yahudi nüfusunun fazla olduğu bir mahalde yürüyüş yapmak istemesi ve öncesinde bir Yahudiyi boğmak üzere olan gamalı haç resmini içeren bir broşür dağıtmasını ne kadar saldırgan da olsa ifade özgürlüğünün korumasında olmayan “kavgacı sözler” kapsamında değil, politik söylem olarak değerlendirmiştir.<sup>200</sup> Bu karar çok eleştirilmiş ancak Anti-Defamation League mensubu Yahudiler ve 2000 kişinin katılımıyla olayların protesto edilmesi üzerine yürüyüşün yapılmaması sonucunda ne kadar saldırgan olursa olsun ifadelerle mücadelenin, devletin zorunlu sansürüyle değil toplumun kültürel ve ahlaki sesiyle yapılması gerektiğine dair özgürlük yanlısı görüşü destekleyen bir örnek olarak sunulmuştur.<sup>201</sup> Aktarılan son iki karar, istisnai örneklerden, ‘daha çok konuşma, daha az değil’ görüşündeki geleneksel Amerikan çözüme dönüşün bir yansıması olarak da algılanmıştır.<sup>202</sup>

Amerikan uygulamasında, nefret söylemi bireyleri hedef alıp, kavgaya davet ederek kavgacı sözler; korkutma/sindirme niyetiyle ve özellikle bedensel zarar veya ölüm korkusu yarattığında gerçek tehdit kapsamında ve son olarak bir hukuk dışı eylemi (ör: nefret suçunu) kışkırtması ve bu eylemin gerçekleşmesinin muhakkak olması halinde anayasal korumanın dışında kalacaktır. Davaların çoğunda korunan değerle feda edilen değer dengesine de dikkat edilmektedir. Ancak menfaatlerin ve değerlerin ölçüldüğü bir durumda, iki menfaati de aynı düzlemde karşılaştırıyor olmaya dikkat etmek gerekir zira, bir değeri bireysel bir menfaat ve diğerini toplumsal bir menfaat olarak kabul ettiğimizde, daha en baştan konumlandırırken neyde karar kılınacağı ortaya çıkmaktadır.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977) için bkz. <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=432&invol=43>>, erişim tarihi: 10.07.2014. Kararların eleştirisi için bkz. Rosalie Berger Levinson, p. 45-78.

<sup>201</sup> J. Michael Martin, “Snyder v. Phelps: Applying the Constitution’s Historic Protection of Offensive Expression to Religiously Motivated Speech”, Regent Uni. Law Review, Vol. 24, 2012, s. 493, 493.

<sup>202</sup> J. Michael Martin, s. 514.

<sup>203</sup> Venice Commission, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers In A Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe, s. 126.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi kriterlerine atıfta bulunduğu bir kararında Mahkeme, nefrete tahrik etmenin şiddete veya diğer suçlara çağrışı gerektirmediğini, hakaret etme, gülünç duruma düşürme, toplumun bir grubunu karalama yoluyla kişilere saldırmanın da ifade özgürlüğünün sorumsuzca kullanımı anlamına geleceği ve kamu makamlarına ifade özgürlüğü karşısında ırkçı söylemle mücadeleyi tercih etme imkanı sunacağını belirtmiştir.<sup>204</sup> Hakimler Yudkivska ve Villiger ayrık görüşlerinde, Mahkemenin, şiddete teşvik etmeyen ifadeleri açıkça nefret söylemi olarak nitelendirmeyip ciddi, önyargılı suçlamalar olarak adlandırmasını hatalı bulmuş ve bu yaklaşımın, nefret söyleminin ani şiddet olaylarına sebebiyet vereceği tehlikesi ortaya çıkana kadar korunduğu Amerikan yaklaşımını anımsattığını belirtmiştir. Eşiği çok yüksek bulan hakimler, siyasi ve tarihsel olarak böyle bir yaklaşımı lüks olarak değerlendirmiş ve nefret suçlarına dair istatistiklerin, nefret propagandasının hemen olmasa da potansiyel olarak gelecekte her zaman zarar vereceğini ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Aslında Mahkemenin, 'ırkçı söylem' ifadesiyle şiddet içermemekle birlikte dava konusu broşürlerde geçen ifadelerin nefret söylemi teşkil ettiğini belirtmiş olduğu söylenebilirse de sonrasında nefret söylemine hiçbir referansın olmaması ve sıklıkla nefret söylemiyle şiddeti hep birlikte anması dikkate alındığında Hakimlerin haklı olduğu söylenebilir. AİHM'in geniş nefret söylemi tanımı dikkate alındığında ise, dava konusu homofobik açıklamaların en azından hoşgörüsüzlük temelinde nefret söylemine yol açtığı savunulabilir. Amerikan uygulamasında ise, Hakimlerin belirttiği gibi değerlendirme daha dar bir skalada gerçekleşir ve ihlal hükmü verilmezdi.

### 3.2 Örnek Kararlar Çerçevesinde Kriterlerin Uygulanması

Murphy/İrlanda<sup>205</sup> kararında vurgulandığı üzere, özellikle dini ve ahlaki konularda derin, samimi kişisel inanışları incitebilecek hususlar ortaya çıktığında, devletler ifade özgürlüğünü sınırlandırmada daha geniş bir takdir hakkı kullanabilmektedir. Dini inançlara saldırı durumunda 'başkalarının haklarının korunması' amacının neleri içerdiği, neleri zorunlu kıldığına ilişkin Avrupa'da ortak bir algı ve yaklaşım oluşmamış, oluşamamıştır. Belli bir inanca sahip kişiler bakımından esaslı bir saldırı

<sup>204</sup> Vejdeland ve Diğerleri/İsveç, Başvuru no:1813/07, 09.02.2012, para. 55.

<sup>205</sup> Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 03.12.2003, para. 67.

teşkil edebilecek bazı ifadeler, özellikle dinsel çeşitliliğin zirve yaptığı bir dönemde, zamana ve mekana göre değişiklik göstermektedir. Devletler bu kapsamda, ülkelerindeki güç odaklarıyla daha doğrudan ve sürekli bir ilişki kurabildiklerinden, başkalarının hakları bakımından nelerin korunması gerektiği, en derin duyguları ve inanışları ciddi manada incinebilecek durumda olan grupları bu ifadelerden korumak için getirilecek sınırlamanın ne kadar gerekli olduğu konusunda, uluslararası hakimlere göre daha iyi bir pozisyonadılar. Bu bölümde incelenecek olan kararların çoğunda AİHM, bu takdir hakkının demokratik bir toplumda gereklilik ve güdülen amaçla orantılılık bağlamında kullanılıp kullanılmadığını ve devletlerin sınırlandırmaya ilişkin ilintili ve yeterli gerekçe sunup sunmadıklarını araştırmıştır. Nefret söylemine ilişkin, Handyside kriterlerinden yola çıkılarak, Gündüz kararında yapılan hoşgörü temelli tanımlamaya, şiddet odaklı yaklaşımdan, ifadenin bağlamının incelenmesine kadar çok katmanlı bir değerlendirme skalası çizen ve çoğunlukla nefret söylemine doğrudan bir referans vermeyen AİHM, ne yazık ki kararlarında yeknesak bir çözüm sunmamaktadır. Avrupa'da dini çeşitlilikle birlikte dine hakaret, küfür ve nefret söylemine yaklaşımdaki çeşitlilik, AİHM'in bu konulardaki kararlarında topu daha ziyade taraf devletlere atmasının altında yatan önemli bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Otto-Preminger Institut/Avusturya kararında<sup>206</sup> başvuru Otto-Preminger-Institut, filme çevrilen Das Liebeskonzil adlı tragedyanın sinemasında gösterime gireceğini ilan etmiş ve bu ilanı bir bilgi notu aracılığıyla 2700 üyesine iletmiştir. Dernek sinemanın etrafındaki panolarda ve sinemanın önünde, gerçekleşecek altı gösterime ilişkin ilanlar bulundurmıştır. 17 yaş altındakilerin izlemesinin yasak olduğu filme ilişkin ilanlarda film hakkında yüzeysel bir bilgi verilmiş, ayrıca bir bölgesel gazete, filmin başlığını ve yer/tarih bilgilerini yayınlamıştır. Filme konu 1894 tarihli oyunda, Tanrı yaşlı, bunamış, aciz ve iktidarsız biri, İsa geri zekalı bir ana kuzusu ve Meryem Ana hafif meşrep ve ahlaksız bir kadın olarak gösterilmiş, şarap-ekmek ayini ile alay edilmiştir. Oyunda, Tanrı Şeytanın önünde secdeye varmakta, onunla öpüşmekte ve onu arkadaşı olarak çağırmakta, Meryem Ana ile Şeytan arasında erotik bir çekim olmakta, İsa annesinin göğüslerini şehvetli bir şekilde öpmeye ve onlarla oynamaya çalışmakta ve Meryem Ana buna izin veren bir kadın olarak gösterilmektedir.

<sup>206</sup> Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru no: 13470/87, 20.09.1994.



Oyunun sonunda hepsi birlikte Şeytanı alkışlamaktadırlar. Roman-Katolik Kilisesi psikoposunun talebiyle “dini doktrini tahkir” sebebine dayanılarak başlatılan cezai takibata ek olarak Bölge Mahkemesi tarafından film hakkında el koyma kararı verilmiş ve gösterimler gerçekleşmemiştir. Daha sonra ise provokatif amaçlı bu filmin Hristiyanlığa genel olarak saldırı mahiyetinde olduğu ve suç oluşturduğu gerekçesiyle toplatma ve tümüyle yasaklama kararı verilmiştir.

Derneğin başvurusu üzerine klasik üç aşamalı incelemesini yapan Mahkeme, müdahalelerin hukuken öngörülebilirliği açısından bir sorun tespit etmemiş ve müdahalenin meşru bir amaç taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme, Kokkinakis kararına gönderme yaparak ifade özgürlüğünü sınırlandırma bakımından söz konusu olan “başkalarının haklarını koruma amacı” ile AİHS m. 9 (inanç özgürlüğü) arasında bir bağlantı kurmuştur. İnanç özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu vurgulayan Mahkemeye göre bireyler:

Başkalarının, kendilerinin dini inançlarını reddetmesine, hatta inançlarına düşman öğretiler yaymasına hoşgörü ile yaklaşmak ve bunu kabullenmek zorundadırlar. Ancak, dini inançlara ve öğretilere muhalefetin ve bunların reddedilmesinin biçimleri Devletin, özel olarak da bu inanç ve öğretilere bağlı olanların 9. madde tarafından teminat altına alınmış haklarının huzur içinde kullanılabilmesini sağlama konusundaki sorumluluğunun alanına girebilecek bir husustur. Gerçekten de, uç örneklerde, dini inançlara muhalefetin ve bunların reddedilmesi için kullanılan bazı spesifik yöntemlerin bu tür inançlar besleyenlerin bunlara sahip olma ve açıklama özgürlüğünü kullanmasını güçleştirecek bir nitelik taşıması mümkündür. (...) Dini bakımdan yüceltilen kişilerin kışkırtıcı bir tarzda resmedilmelerinin 9. madde’de teminat altına alınan, inananların dini duygularına saygıyı ihlâl etmiş olduğunu düşünmek meşrudur; bu tür tasvirler, demokratik toplumun bir özelliği olması gereken hoşgörü ruhunun da kötü niyetli bir ihlâli olarak görülebilir.

Yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ise Mahkeme öncelikle Handyside kararındaki ifadelerini tekrarlayarak ifade hürriyetinin önemini, demokratik bir toplumun esaslı bir temeli olduğunu, toplumun ilerlemesi ve bireylerin gelişmesi için bir temel teşkil ettiğini belirtmiştir. İfade özgürlüğünün kişilere görev ve sorumluluk da yüklediğini belirten Mahkeme, bu çerçevede kişilerin, mümkün olduğu ölçüde başkalarına ve başkalarının haklarına gereksiz yere saldırıda bulunan, dolayısıyla insan ilişkilerini geliştirmeyen, kamuda tartışma yaratarak kamuya hiçbir katkı sağlamayan (özellikle din ve inanç

perspektifindeki) bu nevi ifadelerden kaçınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu sebeple, demokratik toplumlarda dini objelere yapılan uygunsuz saldırıların yaptırımı tabi tutulması gerekli görülebilir ancak bu yaptırımın her zaman güdülen amaçla da orantılı olması gerekmektedir.

Avrupa’da dinin toplum içerisindeki önemine/değerine ilişkin yeknesak bir algı yoktur. Hatta tek bir ülke içerisinde bile algıda farklılıklar olabilmektedir. Bu sebeple müdahalenin gerekliliği ve sınırları konusundaki takdir hakkı yerel makamlara bırakılmıştır. Elbette bu takdir marjı sınırsız değildir, somut olaya göre Mahkeme’nin denetiminden geçirilecektir. Mahkeme, filmin yaygın olarak reklam edildiğini, filmin içeriğine ilişkin yeterli bir kamu bilgilendirmesinin yapıldığını, dolayısıyla filmin öngörülen gösteriminin saldırı oluşturacak yeterlikte kamusal bir ifade biçimi arz ettiğini vurgulamıştır.

AİHM, Hükümetin filme el koymasını, bölgede dinsel barışı sağlamak ve dini görüşleri nedeniyle kişilerin saldırıya maruz kalmasını önlemek amacını taşıması sebebiyle ifade özgürlüğü bakımından meşru bir neden sayarak demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bulmuştur. Mahkemeye göre; “Sözleşmenin 9. maddesi tarafından güvenceye alınan inananların dini duygularına saygının, dinin kutsal saydığı unsurların provokatif bir şekilde betimlenmesi sonucu ihlal edileceği haklı olarak düşünülebilir; ve bu tür betimlemeler, demokratik bir toplumun unsuru olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetle ihlali olarak değerlendirilebilir”.<sup>207</sup> Bu sebeple Mahkeme, Katoliklerin dini duygularını rencide edeceği gerekçesiyle dava konusu filmin yasaklanmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, filmin, Katoliklerin çoğunlukta olduğu bir bölgede gösterilecek olması sebebiyle bazılarının inançlarına yönelik bir saldırı olduğunu düşünebileceğini, dinsel barışı ve kamu düzenini bozabilecek olan bu durum karşısında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için acil bir toplumsal ihtiyacın vaki olduğunu belirtmiştir.<sup>208</sup> Tirol halkının büyük bir çoğunluğunun Katolik inancına tabi olduğu gerçeğini göz ardı edemeyeceğini belirten AİHM’e göre, yerel makamlar, somut olayda ihtiyacı daha iyi tespit edeceklerinden bu bağlamda sahip oldukları takdir

---

<sup>207</sup> Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru no: 13470/87, 20.09.1994, para. 49.

<sup>208</sup> Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru no: 13470/87, 20.09.1994, para. 52, 56.

marjını da aşmamışlardır. Filmin Tirol halkının algısına göre Katolik dinine ciddi bir saldırı olduğundan ve bir sanat eseri olarak içeriğinin topluma olan katkısının, genel olarak topluma saldırı teşkil eden niteliklerine göre ağır basmadığı tespit edildiğinden filme el konulmuştur.

Mahkeme'nin dini duygulara saygı kavramına yer verdiği bir diğer karar olan Wingrove<sup>209</sup> kararında ise film yönetmeni olan başvuru, Visions of Ecstasy başlıklı bir videonun senaryosunu yazmış ve yönetmenliğini yapmıştır. Salt müzik ve hareketli görüntüden ibaret 18 dakikalık bu kısa filmde siyah rahibe kıyafeti içerisindeki rahibe Teresa'yı temsil eden genç bir oyuncu, önce elini deler ve kanı çıplak göğüsleri ve kıyafetleri üzerine dökülür. Kıvrılmakta bir kadeh ayın şarabını döken oyuncu onu yerden yalamaya başlar ve bilincini kaybeder. Sonraki bölümde oyuncu beyaz bir rahibe kıyafeti içerisinde elleri yukarıdan bağlı ve asılı vaziyette görünür. Ruhunu temsil eden yarı-çıplak bir kadın figürü yerden sürünerek ona yaklaşır, önce onu okşar arkasından öpüşürler. Bu bölüm İsa'ya ilişkin kesitlerle kesilmektedir. İsa'nın bedeni çarmıha gerilmiş vaziyette yerde durmakta iken Rahibe Teresa'yı temsil eden oyuncu öncelikle İsa'nın ayaklarındaki yaraları öpmekte, sonra vücudu boyunca sürünüp yanındaki yaraları yalayıp öpmekte, tüm bu esnada kıyafetinin altında çıplak olduğu görünmektedir. Birkaç saniye İsa'nın öpüşmeye karşılık verdiği de görülmektedir. Sonunda kadın ile İsa'nın ellerini birleştirmektedir.

Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeğine ilişkin olarak Hükümetin Otto-Preminger kararına göndermede bulunduğu kararda Mahkeme, Kurul tarafından da ifade edildiği gibi müdahalenin amacının dini bir konunun o dine sempati duyan kişilerde infial uyandıracak bir tonda/stilde işlenmesine karşı koruma getirmek olduğunu, bunun da şüphesiz m. 10/2'de belirtilen "başkalarının hakkının korunması" meşru amacı altında değerlendirileceğini ve bu amacın inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ile getirilmek istenen güvence ile de birebir örtüştüğünü vurgulamıştır. Bu filmin yayınlanmasına/yayılmamasına karşı korumaya gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği kriteri açısından incelenmiştir. İfade özgürlüğünün öneminden bahseden Mahkeme, bu özgürlüğün aynı zamanda dini inançlar bağlamında kutsal sayılan

---

<sup>209</sup> Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru no:17419/90, 25.11.1996.

değerlere ilişkin küfür sayılacak-önemli ölçüde saldırgan ifadelerden kaçınılması ödevi yüklediğini de belirtmiştir. Müdahalenin, spesifik olarak Hristiyanlar tarafından kutsal sayılan konulara ciddi ölçekteki saldırılara karşı koruma getirme amacıyla yapıldığını vurgulayan Mahkeme küfre müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ilişkin yeterli bir veri olmadığını belirtmiştir.

Olayda devletçe dayanılan mevzuat, Hristiyanlığa düşman görüşlerin ifade edilmesini engellemekte, bu mevzuatla içerikten çok dini duyguların önemli ölçüde aşağılandığı ifade biçimleri kontrol edilmek istenmektedir. Belirlenen yüksek ölçütler keyfiliği önlemektedir. Mahkeme, içeriğin aktarım şekli sebebiyle videonun dağıtımının inanan Hristiyanların duygularını inciteceğini ve infial uyandırabileceğini belirtmiştir ve devletin takdir hakkını keyfi bir şekilde kullanmadığı sonucuna varmıştır.

I.A./Türkiye kararında<sup>210</sup> ise AİHM, ifade özgürlüğünün kişilere yüklediği ödev ve sorumluluklar bağlamında, özellikle dini inanışlar söz konusu olduğunda, başkalarına yönelik gereksiz yere kırıncı ve kutsal değerlere küfür mahiyetindeki ifadelerden kaçınma ödevinin de bulunduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, dinen hürmet gören önemli objelere karşı uygunsuz saldırıların cezalandırılması gerekli görülebilir. Bir kişi ister çoğunluk ister azınlık dininin bir mensubu olsun, eleştiriden arı olmayı bekleyemez, dini inanışlarının başkaları tarafından inkarını ve kendi inancına tümüyle zıt (hatta düşman) kabul ettiği doktrinlerin savunulmasını da tolere etmek durumundadır. Ancak dava konusu kitapta geçen “Peygamberin çoğu sözlerinin zevk halindeyken, Ayşe’nin kollarında ortaya çıktığı” “Allahın elçisinin yemek sonrası ve dua öncesi orucunu cinsel ilişkiyle bozduğu”, “ölü insanla ve canlı hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamadığı” gibi ifadeler, Mahkeme tarafından sadece şok edici yorum veya provokatif görüş olarak değil, İslamın peygamberine şiddetli bir saldırı olarak yorumlanmıştır. Toplumda dini doktrinlerin eleştirisine yönelik belirli düzeyde hoşgörü olsa da, inananlar bu ifadeler üzerine kendilerini ve kutsal saydıkları değerleri incitici saldırıların hedefi olarak görebilirler. Tüm bu sebeplerle AİHM, başvuruçunun mahkumiyetini ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir.

---

<sup>210</sup> I.A./Türkiye, Başvuru no:42571/98, 13.12.2005.

Kararlarda çoğunluk dinine referans yapılmış ve çoğunluk dinine mensup olanların hassasiyetleri korunmuş olsa da, 9. maddenin genişletilen hak alanına azınlık dinine mensup olanlar ve dini inanışlar dışındaki inançlar (ateizm, agnostisizm vs.) da girmektedir. Kaldı ki dini temelli nefret söylemi daha ziyade azınlıkta kalan bu gruplara yönelmektedir. İki kararda da, bir gruba yönelik düşmanlığın ifadesinden, dini temelde nefret söyleminden ziyade dini değerlere hakaret ve küfür söz konusudur. Hakaret ve küfür kavramları, dini temelli nefret söylemiyle ilişkili olmakla beraber ondan farklılık arz etmektedir. Ancak nefret söylemine ilişkin doktrinin sıklıkla referans verdiği bu kararlarda Mahkeme tarafından kullanılan ölçütler, dini temelli nefret söylemi uygulamalarına da örnek teşkil edebileceğinden, kararların incelenmesi önemlidir. Kaldı ki, dine hakaret ve kutsal değerlere küfür, hem nefret söyleminin bir parçası olarak kullanılabilen hem de nefret söyleminin temelinde yer alan duyguların bir dışavurumu olarak çoğu zaman nefret söylemini tetikleyebilmektedir. Nefret söylemi açısından değerlendirildiğinde özellikle Otto-Preminger kararının müdahalenin gerekliliği konusunda ikna edici bir veri sunmadığını belirtmek gerekir. Nefret söyleminin Mahkeme tarafından hoşgörü temelli tanımlandığı gerçeği karşısında, belirli ve güçlü bir grubun algısına göre ve inançlarını korumak gayesiyle yapılacak müdahale hoşgörüyü tesis etmekten ziyade; çoğulcu demokrasinin dayandığı hoşgörü temelini sarsacaktır. Arada gözetilmesi gereken farklılıklara rağmen Otto-Preminger ve Wingrove kararlarından çıkartılabilecek ortak sonuç, AIHM'in ahlaki ve dini hususlardaki takdir hakkını neredeyse tümüyle yerel makamlara bıraktığı, özellikle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirmede devletlerin, yeterince temellendirilmemiş savlarına bile, yerel makamların kendi ülkelerinin şartlarını daha iyi tayin edecekleri gerekçesiyle itibar ettiği, hatta mümkün mertebe onların tespitleri üzerinden gerekçelendirmesini yaptığı yönündedir. Devletlere bu kadar geniş bir takdir marjı tanımak, karşıt görüş sahiplerine ifade özgürlüklerini kullanmalarını noktasında bir baskı/caydırıcı etki yaratacaktır. Ayrıca müdahale serbestisi tanınması, devletlere hangi inanç-düşüncelerin korunmaya değer hangilerinin ise korunmaya değer olmadığı konusunda çoğulculuğu baltalayabilecek ve çoğunluğun tahakkümünü sonuçlayabilecek bir belirleme yetkisi tanıyacaktır. Devletler, bir uygulamayı değerlendirirken referans olarak her zaman baskın dini alabilecektir. Halbuki özellikle nefret söylemi değerlendirmesinde daha nesnel ölçütlerin oluşturulması konusunda en azından çaba sarfetmek gerekmektedir. Elbette ahlaki ve

dini meselelerde algı zaman ve mekana göre değişiklik arz edecektir ancak bu bağlamda Mahkeme'nin elini pek fazla bu hususlara bulaştırmamaya çalışmak yerine yine de belirli bir standardı tutturmaya çabalaması ve daha fazla söyleyeceğinin olması gerekir. Kaldı ki bir uygulamanın Sözleşme'ye uygunluğu değerlendirilirken ülkelerin somut koşullarına bakılması ve birebir aynı uygulamanın bir ülke bakımından Sözleşme'ye aykırı görülüp başka bir ülke bakımından görülmemesi hem eşitsizlik iddialarını hem de objektif ve ortak bir Avrupa İnsan Hakları koruma sistemi yaratılmasında problem olduğu eleştirilerini haklı çıkarabilecektir. İnsan hakları mekanizmalarında, ülkesel ve bölgesel özellikler temelinde bu tür bir değişkenliği kabul etmek evrensellik iddiası taşıyan bir güvence sisteminde aşınma yaratabilir.

Aczmendi lideri Müslüm Gündüz'ün bir televizyon kanalında yaptığı şeriatı yücelten, laik kurumları ve laikliğin savunucularını dinsizlikle itham eden açıklamalarının dini hoşgörüsüzlük temelli nefreti yayması sebebiyle mahkum edilmesini konu edinen Gündüz/Türkiye<sup>211</sup> kararında AİHM dini temelli olanı da dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yaymanın, teşvik etmenin ya da haklı göstermenin 10. madde kapsamında korunmayacağını belirtmiştir. Klasik üç kademeli yaklaşımıyla davayı ele alan AİHM, müdahalenin, başkalarının haklarının korunması sebebine dayalı olarak meşru olduğunu belirtip demokratik toplumda gereklilik kriterinin uygulanmasına geçmiştir. 10. maddenin 2. fıkrasının lafzından da anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğünün kullanımının bazı ödev ve sorumluluklar yüklediğini belirten Mahkeme, dini görüş ve inanışlar bağlamında, gereksiz yere başkalarına saldıran, dolayısıyla da başkalarının haklarını zedeleyen ve insan ilişkilerinin gelişimini sağlayacak hiçbir kamusal tartışmaya yaramayan kırıcı ifadelerden kaçınma yükümlülüğünün de bu çerçevede ortaya çıktığını vurgulamıştır.<sup>212</sup> Mahkeme, ahlaki ve özellikle dini konulardaki derin kişisel inanışlara saldırı teşkil eden durumlarda ifade özgürlüğüne müdahalenin gerekliliği noktasında devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu yinelemiştir. Demokratik toplumda gereklilik kriteri altında, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca cevap verip vermediği, güdülen meşru amaçla orantılılığı ve yetkililerin gerekçelerinin

---

<sup>211</sup> Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 04.12.2003.

<sup>212</sup> Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 04.12.2003, para. 37.

ilgili ve yeterli olup olmadığı değerlendirilmektedir. Mevcut davanın yerel makamlarca nefret söylemi içerdiği şeklinde karakterize edilmesi sebebiyle Mahkeme, uluslararası belgelere de referans vermek suretiyle nefret söylemine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Tüm insanların eşit onuruna saygı ve hoşgörüyü yaklaşmanın demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğuna değinen Mahkeme, yine de meşru ve ölçülü olmak kaydıyla dini hoşgörüsüzlük dahil, hoşgörüsüzlük temelli nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşru gösteren tüm ifade türlerinin yaptırımı tabi tutulması veya önlenmesinin demokratik toplumlarda gerekli görülebileceğini vurgulayarak oldukça geniş bir kapsam belirlemiştir. İçerik ve bağlam değerlendirmesi yapan AİHM, tarikatın görüşlerinin kamuyu ilgilendirdiğini, kamuyu ilgilendiren konularda sınırlamanın daha dar algılanması gerektiğini, programın fikir alış verişi şeklinde bir formata sahip olduğunu, Gündüz'ün demokrasi ve Kemalist kurumlar için dinsiz yakıştırmaları yapmasının şiddete çağrı olmayıp dini temelli nefret söylemi de teşkil etmediğini belirtmiştir.<sup>213</sup> Resmi nikahla doğan çocukların piç olarak nitelendirilmesinin ise canlı yayındaki bir tartışmada karşıt görüşlerle beraber sunulması ve tarikatın görüşlerinin zaten biliniyor olması sebebiyle haklar dengesinde ifade özgürlüğü aleyhinde görülemeyeceğini belirten Mahkeme, şeriatın savunulmasını ise şiddeti içermemesi halinde nefret söylemi olarak nitelendirmemiştir zira ancak Sözleşme'nin temelinde yatan değerlere aykırı düşen ve hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden, haklı gösteren açıklamalar 10. maddeye aykırı sayılabilir. Mahkeme tüm bu sebeplerle, yapılan müdahalenin gerekliliğinin 10. madde anlamında yeterli bir şekilde gerekçelendirilmediğine ve maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Karara karşı oy yazan Hakim Rıza Türmen, özellikle Otto-Preminger ve Wingrove kararlarına referans vermek suretiyle AİHM'in, daha önceki içtihadı ile çeliştiğini hararetle savunmuştur. Başkalarının hakları bağlamında laik insanların haklarına, duygularına saldırı gerçekleştiğini belirten Türmen özellikle piç kelimesinin nefret söylemi teşkil ettiğini vurgulamıştır.

Mahkemenin, "Nefret Söylemi Bilgi Notu"nda<sup>214</sup> belirtilen nefret söylemine ilişkin iki yaklaşımından biri, belirli kategorileri hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı

---

<sup>213</sup> Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 04.12.2003, para. 48.

<sup>214</sup> Bkz. dipnot 180.

görerek dışlamasıdır. Bu yaklaşımın bir örneği olan Pavel Ivanov/Rusya<sup>215</sup> davasına konu olayda başvuru, Yahudileri Rusya’da kötülüğün ve huzursuzluğun kaynağı olarak gösterdiği, Yahudilerin sosyal hayattan dışlanması için çağrıda bulunduğu ve Yahudilerin aslında bir millet olmadığına ilişkin antisemitik tonu çok güçlü makaleleri sebebiyle etnik, ırksal ve dinsel nefrete teşvikten mahkum edilmiştir. AİHM, Sözleşme’de öngörülen ve Sözleşme ile garanti altına alınan değerlerle çatışan ifadelerin 17. maddenin yardımıyla 10. madde korumasından çıkartılacağını belirtmiştir. Mahkeme, hakkın kötüye kullanılması teşkil eden ifadeler kapsamında Holokostun inkarı, Nazi yanlısı bir planın meşru gösterilmesi, tüm Müslümanların ağır terör olayları ile ilişkilendirilmesi örneklerini vermiştir. Mahkeme, Yahudilere karşı nefreti teşvik etmeyi amaçlayan ve belirli bir gruba karşı şiddeti savunan başvuranın saldırılarının Sözleşme’nin temelinde yatan değerlere, özellikle hoşgörüye, sosyal barışa ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu tespit ederek 17. madde sebebiyle başvuranın ifadelerinin 10. madde korumasından faydalanamayacağına hükmetmiştir.

Mahkeme’nin nefret söylemini hakkın kötüye kullanılması kapsamında görerek sonuca vardığı kararlarından bir diğeri de Norwood/Birleşik Krallık<sup>216</sup> kararıdır. Karar, Mahkeme’nin, sadece Holokost’un inkarı ve antisemitizm içerikli nefret söylemini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendiren içtihadı açısından da bir istisna teşkil etmektedir zira bu karar, İslam karşıtı ırkçılığın 17. madde çerçevesinde değerlendirildiği ilk karar olarak kabul edilmektedir. Başvuru karara konu olan posterin evinin penceresine asmıştır. Posterde, alevler içindeki İkiz Kulelerin yanında, “İslam Britanya’dan dışarı – Britanya halkını koru” ifadesiyle birlikte üzerinde çarpı işareti yer alan bir ay yıldız figürü bulunmaktadır. Mahkeme bütün bir dini grubu ağır bir terör eylemiyle ilişkilendiren bu türden genel ve şiddetli saldırıların Sözleşme’nin ilan ettiği ve koruduğu değerlere, özellikle hoşgörüye, sosyal barışa ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ve bu sebeple başvurunun 10. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararıyla islamofobik ifadeleri de kategorik olarak 17. maddenin alanına sokmuş görünmekle birlikte daha sonra bu içtihadı benzer bir örnek vermemiştir.

---

<sup>215</sup> Pavel Ivanov/ Rusya, Başvuru no: 35222/04, 20.02.2007.

<sup>216</sup> Norwood/Birleşik Krallık, Başvuru no: 23131/03, 16.11.2004.



İfade özgürlüğünü ilişkin davaların, söz konusu çıkarlar arasında bir denge aramaya izin veren 10. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, tam da bu sebeple, üstelik Mahkeme tarafından istikrarsız bir biçimde kullanıldığından, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin 17. maddenin uygulanmaması gerektiği yönünde eleştiriler yapılmaktadır.<sup>217</sup> Üstelik maddenin kapsamı ve ne zaman devreye sokulacağı da tam olarak netleşmemiştir.

Son bir örnek karar olarak Mahkeme'nin, Salman Rüşdi'nin Şeytan Ayetleri kitabının müslümanların dini duygularını rencide ettiği iddiasıyla yapılan başvuruyu incelediği Choudhury<sup>218</sup> kararına bakmak gerekir. Komisyon burada verdiği kararla tümünden farklı bir tartışmayı ortaya atmıştır. Komisyon, 9. maddenin devletlere tüm dini duyarlılıkları korumak yönünde pozitif yükümlülük getirmediğine karar vermek suretiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bu karar uyarınca, onlara yönelik ifadeler/eleştiriler karşısında dini duyguların, değerlerin, Sözleşme sisteminde hangi hukuki temelde korunacağı açık değildir. Böylesi tartışmalara mahal vermemek adına somut olarak bazı bireylere yönelik nefreti ve şiddeti körüklediği, bir grubu dışlamadığı sürece dini duyguların, ifade özgürlüğü bağlamında hiçbir hukuki korumaya tabi tutulmaması da olumlu bir tercih olabilir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, bunun için de somut bir dine hakaret, küfür ve nefret söylemi kategorisi yaratmak gerekir.

---

<sup>217</sup> Antoine Buyse, s. 491.

<sup>218</sup> Choudhury/Birleşik Krallık, Başvuru no: 17439/90, 05.03.1991.

## SONUÇ

Nefret söylemi başlı başına, demokratik toplumun harcını oluşturan hoşgörüyü, çoksesseliliğe, çoğulculuğa ve insan haklarının özgür ve eşit bir biçimde kullanımına saldırıdır. Üstelik çalışmada çeşitli vesilelerle ortaya konulduğu üzere, nefret söyleminin nefret suçuna, toplumun bölünmesine zemin hazırladığı da unutulmamalıdır. Bu sebeple, öncelikle, tüm zorluklarına rağmen, nefret söyleminin tespit edilmesi konusunda sağlıklı ve kapsamlı (salt medyanın taranmasından ibaret olmayan ve mümkün olduğu ölçüde resmi makamlarca yürütülecek) veri toplama çalışmalarının yapılması gerekmektedir. Tespit aşaması, devletlerin karnesini ortaya koyacak ve sonrasında atılacak adımlar için bir yol haritası sunacaktır. Sonraki aşamada ise farklı kesimlerden, özellikle hedef kitle olarak görülen gruplardan temsilcilerin de yer alacağı şeffaf bir müzakere ortamında yasal düzenlemelerin yapılması gerekecektir.

İfade özgürlüğünün mutlak bir özgürlük olduğu veya ancak asgari düzeyde sınırlandırılabilmesi savunusunu yapmak suretiyle sınırlandırmada nefret söylemini bir ölçüt olarak görmeyen yaklaşımlar karşısında mağdur bireylerin/grupların hak ve özgürlüklerini tercih etmek, korunan ve feda edilen hak ve özgürlükler listelendiğinde adil bir seçenek olarak ortaya çıkmaktadır. Nefret söyleminin sınırları netleştirilmiş bir sınırlandırma ölçütü olarak belirlenmesiyle, ifade özgürlüğü karşısında yaşam hakkı, insanlık onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı gibi çok farklı katmanlarda haklar da korunmuş olacaktır. Bu sayede devlet, kendisini resmi ve aleni olarak nefret söyleminin ve nefret faillerinin karşısında konumlandırmış olacaktır. Bu açık mesaj ise mağdurları yalnız olmadıkları inancıyla güçlendirecektir. “Hukuk kuralları bu noktada nefret söyleminin toplum tarafından hoş karşılanmayan bir değer olarak kabul edildiğinin göstergesi olacaktır.”<sup>219</sup> Düzenlemeden sonraki aşama ise uygulama aşamasıdır. Devlet nefret söylemi teşkil ettiği gerekçesiyle ifade özgürlüğüne, gerekli yasal düzenlemeleri yapmak ve

---

<sup>219</sup> Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, s. 102.

sonrasında bu düzenlemelere uygun bir şekilde somut örneklere müdahale etmek suretiyle iki planda müdahale gerçekleştirmelidir.

Burada bir başka önemli rol de yargınındır. Çalışmada özellikle yargı makamlarının, nefret söyleminin tanımlanmasından bir sınırlandırma kriteri olarak kullanılmasına kadar uzanan geniş bir skalada aktif rol oynadıkları ve nefret söylemiyle mücadelede adeta öncülük ettikleri görülmektedir. Türk yargısı ise kendisini bu rolün çok uzağında konumlandırmıştır. Türk yargısı bazı durumlarda gerektiği halde harekete geçmeyerek bazı durumlarda ise verdiği kararlarla, nefret söyleminin artmasında rol oynamış ve oynamaktadır.<sup>220</sup> Dink davasının özellikle ilk derece yargılaması safhasında verilen kararda açık bir ötekileştirme, bağımsız ve tarafsız olması beklenen yargının sanık karşısında kendisini ırksal ve etnik olarak ayrı ve üstün bir yerde konumlandırması dikkati çekmiştir.<sup>221</sup> Burada yerleşmiş zihniyetin yanında yasalarımızda yer alan ve nefret söylemine dayanak oluşturabilecek özellikle “Türklük” gibi kavramların da etkili olduğu söylenebilir.

Nefret söyleminin bir sorun olarak görülmesi ve soruna çözüm üretilebilmesi için disiplinlerarası bir çalışma şarttır. Belki de her şeyden önce topluma, toplumun her bir bileşeninin ulusal kimliğin harcının olmazsa olmaz bir unsuru olduğunun anlatılması, yaşatılması gerekmektedir. Toplumun her ferdi, çeşitli mensubiyetleri ve kimlikleri sebebiyle nefret söyleminin mağduru olabilir. Her bir mağdur “bir diğerinin mağduriyetini gidermek için, kendi olumsuz önyargılarını kırıp çabalamaya başladığında işler rayına”<sup>222</sup> oturacaktır. Kısaca çözüm için ileri bir demokrasi kültürü gereklidir. Bu kültürü besleyecek öğelerin topluma yerleştirilmesi, dilin geliştirilmesi herkese düşen bir vazifedir. Elbette tüm önlemlerine rağmen özellikle yeni iletişim araçlarının, ifadelerin etki alanını global bir seviyeye taşıdığı günümüz dünyasında hiçbir çaba mutlak bir sonuç doğurmayacak ve istisnalar yaşanacaktır. Ancak bireylerin, idarenin, medyanın denetimi (geniş anlamda yatay ve dikey denetim), yasaların uygulanıyor olduğunun takibi, tespit edilen, kamuoyuna yansıyan

<sup>220</sup> Baskın Oran, “Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’ni Takdimimdir”, Radikal İki, 21.02.2010, <[http://www.radikal.com.tr/radikal2/yargitay\\_4\\_hukuk\\_dairesini\\_takdimimdir-981467](http://www.radikal.com.tr/radikal2/yargitay_4_hukuk_dairesini_takdimimdir-981467)>, erişim tarihi: 20.06.2014.

<sup>221</sup> Fethiye Çetin, “Yargı Söylemi ya da Hukukun Hakikati”, s. 132.

<sup>222</sup> Cengiz Alğan, “Nefret Suçlarıyla Mücadelede Sivil Toplum Örgütlerinin Rolü”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 166.

vakıaların yargıya intikalinin ve adil bir yargılama süreci sonucunda adil bir hükümlerle karşılaşılmasının sağlanması ve tüm bu hususlarda kararlılık gösterilmesi nefret söylemi ve nefret suçlarıyla mücadelede anahtarını sunacaktır. Bu çerçevede, çalışmada yer verilen uluslararası mahkeme ve organların önerileri dikkatle takip edilip değerlendirilmelidir. Nefret söylemi konusunda mevzuat ve uygulama, ülkelerin tarihi, sosyolojik ve siyasi yapıları gereği farklılaşabilir ancak bu, çerçevesi nispeten belirgin, evrensel bir tanıma ihtiyaç duyulduğu ve bu yönde istikrarlı bir duruş sergilenmesi gerektiği gerçeğini unutturmamalıdır. Nefret söylemi, globalleşen dünyada bir iç sorun olarak değerlendirilmemelidir.

Nefret söylemi alanında sivil toplum kuruluşlarının çalışmalarını da yadsımamak gerekir. Bu alanda en aktif biçimde rol alan sivil toplum kuruluşlarının çabalarına devletler mutlaka sahip çıkmalı, hatta bu çabalara öncülük etmelidir. Belki tüm bu çabaların bileşkesi bizi Michael Walzer'in<sup>223</sup> ortaya koyduğu hoşgörüyeye karşı geliştirilen tutumların doğrusal denkleminde en uç noktaya götürecektir; barış uğruna farklılığa tahammül etmekten, farklılık karşısında edilgen ve rahat olma, iyiniyetli bir umursamazlık benimsemeye, hoşumuza gitmeyen biçimlerde kullansalar bile ötekilerin hakları olduğuna dair ilkeli bir kabullenmeden, ötekilere karşı açıklık, merak, hatta belki de saygıya, dinleme ve öğrenme isteğine ve nihayetinde farklılığın şevkle onaylanmasına...

---

<sup>223</sup> Michael Walzer, *On Toleration*, Yale Uni. Press, New Haven, 1997, p. 10-11.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. Bası, İmaj, Ankara, 2010

Alđan, Cengiz, “Nefret Suçlarıyla Mücadelede Sivil Toplum Örgütlerinin Rolü”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 151-171

Allport, Gordon W., The Nature of Prejudice, Anchor Books Edition, US, 1958

Arslan, Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003

Arslan, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005

Ataman, Hakan, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo- Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları” , Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 47-81

Beccaria, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, çev. Sami Selçuk, İmge, 2004

Bıçak, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002

Buyse, Antoine, “Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, Issue 02, April, 2014, s. 491-503

Çakar, Ayşen Seymen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru” (Bildiri metni), Hukukun Gençleri Sempozyumu 3, 11-12 Ekim 2012, Antalya  
<[http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document\\_11%20Ekim-IV-1.docx](http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-IV-1.docx)>  
erişim tarihi: 18.07.2014

Çetin, Fethiye, “Yargı Söylemi ya da Hukukun Hakikati”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 125-137

Gidişoğlu, Sercan / Rızvanoğlu, Kerem, “İnternette Türk Milliyetçiliği: Türk Milliyetçisi Siteler ve Ağ Yapısı Üzerine Bir Analiz”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 223-247

Göregenli, Melek, “Nefret Suçları Kimin Sorunu”, Kaos GL, 17 Eylül 2009  
<<http://www.kaosgl.com/sayfa.php?id=3425>>, erişim tarihi: 01.07.2014

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin, Bursa, 2000

Gülfidan, O. Serkan, İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanma Yasağı", Oniki Levha, İstanbul, 2013

İnceoğlu, Yasemin, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012

Karan, Ulaş, "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 81-103

Kılıç, Taner, "Nefret Suçları İle Mücadelede Bir Örnek: Güney Yoksulluk Hukuk Merkezi (SPLC)", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 171-185

Korff, Douwe, Yaşam Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2006

Levin, Jack, "Hate Crimes", The Blackwell Encyclopedia of Sociology, der. George Ritzer, Cilt 4, US, 2007, s. 2048-2050

Levinson, Rosalie Berger, "Targeted Hate Speech and The First Amendment: How the Supreme Court Should Have Decided Snyder", Suffolk Uni. Law Review, Vol. 46/1, 2013

Martin, J. Michael, "Snyder v. Phelps: Applying the Constitution's Historic Protection of Offensive Expression to Religiously Motivated Speech", Regent Uni. Law Review, Vol. 24, 2012, s. 487-514

Oğuşgil, V. Atilla, "AB Temel Haklar Ajansı'nın İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesindeki Rolü ve Etkinliği", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 9, Sayı: 35, 2013, s.57-84

Okumuş, Ali, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti, Adalet, Ankara, 2007

Oran, Baskın, "Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ni Takdimimdir", Radikal İki, 21.02.2010 [http://www.radikal.com.tr/radikal2/yargitay\\_4\\_hukuk\\_dairesini\\_takdimimdir-981467](http://www.radikal.com.tr/radikal2/yargitay_4_hukuk_dairesini_takdimimdir-981467) erişim tarihi: 20.06.2014

Önok, Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üni. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt 19, Sayı 2, 2013, 1229-1269

Özbudun, Ergun, "Freedom of Expression, Religious Insult and Hate Crime", Turkish Review, Vol. 3/1, 2013, s. 56-61

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Yetkin, Ankara, 2011

Saymaz, İsmail, “Nefret Suçunu Kürtler mi İşliyor?”, Radikal, 17.09.2012  
<[http://www.radikal.com.tr/turkiye/nefret\\_sucunu\\_kurtler\\_mi\\_isliyor-1100642](http://www.radikal.com.tr/turkiye/nefret_sucunu_kurtler_mi_isliyor-1100642)>, erişim tarihi: 27.07.2014

Vural, Hasan Sayim, Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Seçkin, Ankara, 2013

Waldron, Jeremy, The Harm in Hate Speech, Harvard Uni. Press, 2012

Walzer, Michael, On Toleration, Yale Uni. Press, New Haven, 1997

Weber, Anne, Manual on Hate Speech, Council of Europe Publishing, 2009

### **Rapor ve Çalışmalar**

Anti-Defamation League, The Pyramid of Hate  
[http://archive.adl.org/education/courttv/pyramid\\_of\\_hate.pdf](http://archive.adl.org/education/courttv/pyramid_of_hate.pdf),  
erişim tarihi: 17.08.2014

Council Directive, 89/552/EEC, The coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:EN:HTML>, erişim tarihi: 17.07.2014

Council of Europe Committee of Ministers, Declaration on Freedom of Political Debate in the Media, 12 Feb. 2004,  
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995>, erişim tarihi: 01.07.2014

Council of the European Union, Council Framework Decision 2008/913/JHA, 28 November 2008  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008F0913>,  
erişim tarihi: 15.07.2014

ECRI, General Policy Recommendation No. 7 On National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination (Adopted 13 December 2002), Council of Europe Publishing, 2003

European Court of Human Rights, Factsheet: Hate Speech, Press Unit, July 2013  
[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf),  
erişim tarihi: 10.07.2014

OSCE, Hate Crime Laws: A Practical Guide, ODIHR, 2009

OSCE, Hate Crimes in the OSCE Region – Incidents and Responses (Annual Report

for 2007), ODIHR, Warsaw, 2008

<http://www.osce.org/odihr/33989?download=true>, erişim tarihi: 01.06.2014

Recommendation No. R (97) 20 of The Committee of Ministers to Member States on 'Hate Speech', 30 October 1997,

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other\\_committees/dh-lgbt\\_docs/CM\\_Rec\(97\)20\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf), erişim tarihi: 01.07.2014

Resolution 1510 (2006), Freedom of Expression and Respect For Religious Beliefs, The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 28 June 2006.  
<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERes1510.htm>  
erişim tarihi: 15.07.2014

Resolution 1805 (2007), "Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion", The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 29 June 2007

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm>  
erişim tarihi: 15.07.2014

Uluslararası Hrant Dink Vakfı, Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Dil Eylül-Aralık 2013 Raporu

<http://www.hrantdink.org/?Detail=937>, erişim tarihi: 10.06.2014

UN General Assembly, A/RES/52/122, 23 Feb. 1998

<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1997/156.pdf>, erişim tarihi: 15.07.2014

Venice Commission, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers In A Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe

Venice Commission, Study no. 406/206, "Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred", Oct. 17-18, 2008

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2008\)026.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2008)026.aspx)  
erişim tarihi: 30.06.2014

### **Yargıtay Kararları**

Yargıtay 8. CD., E. 1989/9668, K. 1989/3475, t. 21.04.1989

Yargıtay 8. CD., E. 1994/6163, K. 1994/7188, t. 10.06.1994

YCGK, E. 2004/8-201, K. 205/30, 15.03.2005

YCGK, E. 2004/8-30, K. 2004/206, 23.11.2004

YCGK, E. 2004/8-130, K. 2004/206, k.t. 23.11.2004



## **Anayasa Mahkemesi Kararları**

AYM, E. 1986/1, K. 1986/26, 04.10.1986

AYM İkinci Bölüm, Başvuru no: 2012/1128, 08.05.2014

AYM Birinci Bölüm, Başvuru no: 2013/8175, 15.4.2014

AYM Birinci Bölüm, Başvuru no: 2013/8175, 15.4.2014

AYM İkinci Bölüm, Başvuru no: 2013/5356, 08.05.2014

## **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Arslan/Türkiye, Başvuru no: 23462, 08.07.1999

Aydın Tatlav/Türkiye, Başvuru no: 50692/99, 02.08.2006

Bingöl/Türkiye, Başvuru no: 36141/04, 22.06.2010

Bladet Tromso and Stensaas/Norveç, Başvuru no: 21980/93, 20.05.1999

Castells/İspanya, Başvuru no: 11798/85, 23.04.1992

Chauvy ve Diğerleri/Fransa, Başvuru no: 64915/01, 29.06.2004

Choudhury/Birleşik Krallık, Başvuru no: 17439/90, 05.03.1991

Dlugolecki/Polonya, Başvuru no: 23806/03, 24.02.2009

Erbakan/Türkiye, Başvuru no: 59405/00, 06.07.2006.

Erdoğan/Türkiye, Başvuru no: 25723/94, 15.06.2000

Garaudy/Fransa, Başvuru no: 65831/01, 24.06.2003

Glimmerveen and Hagenbeek/Hollanda, Başvuru no: 8348/78 ve 8406/78, 11.10.1979

Gündüz/Türkiye, Başvuru no: 35071/97, 14.06.2004

Han/Türkiye, Başvuru no: 50997/99, 13.09.2005

Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5493/72, 7 Aralık 1976

I.A./Türkiye, Başvuru no: 42571/98, 13.12.2005

İbrahim Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 28635/95, 30171/96, 34535/97, 10.10.2000

Jersild/Danimarka, Başvuru no: 15890/89, 23.09.1994

Klein/Slovakya, Başvuru no: 72208/01, 31.01.2007

Kokkinakis/Yunanistan, Başvuru no: 14307/88, 22.02.1995

Kühnen/Almanya, Başvuru no: 12194/86, 12.05.1988

Lingens/Avusturya, Başvuru no: 9815/82, 08.07.1986

Maraşlı/Türkiye, Başvuru no: 40077/98, 09.02.2005

Murphy/İrlanda, Başvuru no: 44179/98, 10.07.2003

Norwood/Birleşik Krallık, Başvuru no: 23131/03, 16.11.2004

Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru no: 24246/94, 08.07.1999

Osman/Birleşik Krallık, Başvuru no: 87/1997/871/1083, 28.10.1998

Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru no: 13470/87, 20.09.1994

Öztürk/Türkiye, Başvuru no: 22479/93, 28.09.1999

Pavel Ivanov/Rusya, Başvuru no: 35222/04, 20.02.2007

Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98,13.02.2003

Sürek/Türkiye (No.1), Başvuru no: 26682/95, 08.07.1999

Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29.03.2001

Vejdeland ve Diğerleri/İsveç, Başvuru no: 1813/07, 09.02.2012

Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru no: 17419/90, 25.11.1996

Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, 18.12.2012

### **Komite Kararları**

Malcolm Ross v. Canada, Communication no: 736/1997, 18 Oct. 2000  
<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html>, erişim tarihi: 25.06.2014

Robert Faurisson v. France, Communication no: 550/1993, 8 Nov. 1996  
<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm>,  
erişim tarihi: 25.06.2014

J.R.T. and the W.G. Party v. Canada, Communication no: 104/1981, 6 April 1983  
<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/104-1981.htm>,  
erişim tarihi: 25.06.2014.

The Jewish Community of Oslo v. Norway, Communication no: 30/2003, 15 August 2005  
<http://www1.umn.edu/humanrts/country/decisions/30-2003.html>,  
erişim tarihi: 25.06.2014

Kamal Quereshi v. Denmark, Communication no: 33/2003, 9 March 2005  
<http://www1.umn.edu/humanrts/country/decisions/33-2003.html>  
erişim tarihi: 25.06.2014

### **Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları**

Ashcroft v. The Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 2002  
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>, erişim tarihi: 07.07.2014

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969  
<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>, erişim tarihi: 07.07.2014

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 1942  
<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>, erişim tarihi: 07.07.2014

Cohen v. California, 403 U.S. 15, 1971  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=403&invol=15>,  
erişim tarihi: 07.07.2014

Dennis v. US, 341 U.S. 494, 1951  
[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494#writing-USSC\\_CR\\_0341\\_0494\\_ZD1](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494#writing-USSC_CR_0341_0494_ZD1), erişim tarihi: 07.07.2014

Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 1925  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=268&invol=652>,  
erişim tarihi: 07.07.2014

National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43, 1977  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=432&invol=43>,  
erişim tarihi: 10.07.2014

New York Times Co. v. US, 403 U.S. 713, 1971  
<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/403/713>, erişim tarihi: 07.07.2014

R.A.V v. St. Paul, 505 U.S. 377, 1992  
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZO.html>, erişim tarihi: 10.07.2014

Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919

<http://www.wneclaw.com/firstamendment/schenckfrohwerkdebs.pdf>,

erişim tarihi: 07.07.2014

Snyder v. Phelps, 526 U.S., 2011

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/09-751.ZS.html>, erişim tarihi: 10.07.2014

Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 1949

[http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/terminiello.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/terminiello.html),

erişim tarihi: 07.07.2014

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 1989

[http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1988/1988\\_88\\_155](http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1988/1988_88_155), erişim tarihi: 10.07.2014

Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 2003

<https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html>, erişim tarihi: 07.07.2014

Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 1945

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/516>, erişim tarihi: 10.07.2014

Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927

[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC\\_CR\\_0274\\_0357\\_ZC](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357#writing-USSC_CR_0274_0357_ZC), erişim tarihi: 10.07.2014

Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 47, 1993

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-515.ZO.html>, erişim tarihi: 10.07.2014

Wood v. Georgia, 370 U.S. 375, 1962

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=450&invol=261>,  
erişim tarihi: 07.07.2014