

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE NEFRET
SÖYLEMİ**

Merve ALTINGEMİ ŞANLIALP

**Danışman
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ**

İZMİR- 2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum ‘İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Nefret Söylemi’ adlı çalışmanın tarafımdan akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

...../...../2021

Merve ALTINGEMİ ŞANLIALP

İmza

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Nefret Söylemi
Merve Altıngemi Şanlıalp

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
İnsan Hakları Hukuku Programı

İfade özgürlüğü, İkinci Dünya Savaşı akabinde ve yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin etkisiyle uluslararası hukuk metinlerine girmiştir. Düşüncelere ulaşabilme, düşünceleri yayabilme ve bunlardan ötürü kınanmama haklarını içermektedir. Nefret söylemi kavramı ise ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi kapsamakta ve azınlıklara, göçmenlere, göçmen kökenlilere yönelen saldırgan ve ayrımcı biçimde ortaya çıkabilmektedir. Bununla beraber dinsel hoşgörüsüzlük de dahil her türlü nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşru hale getiren her türlü ifade şeklini kapsamaktadır.

Nefret söylemi, günümüzde ifade özgürlüğünün bir istisnası olarak görülmekte ve yaptırım öngörülmektedir. Bu kabulün tek istisnası ise Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sisteminde görülmektedir. Çalışmada nefret söylemini 'ifade' olarak görmeyen ve nefret söyleminin muhataplarını incitmesine veya rencide etmesine rağmen korunması gerektiğini ileri süren iki uç yaklaşım karşılaştırmalı biçimde ele alınmıştır.

İHAM sisteminde, nefret söylemi İHAS m.17'ye dayanan yaklaşıma göre hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında ifade özgürlüğünün kapsamı dışında tutulmuş ve 'ifade' olarak kabul edilmemiştir. Buna göre nefret söylemi İHAS'ta yer verilen değerlere aykırılık teşkil etmektedir. İHAM'ın bu yaklaşımı günümüzde çoğunlukla Holokost inkarı konulu başvurularda görülmektedir. Diğer taraftan Holokost inkarı dışındaki konularla ilgili yapılan başvurularda taraf devletin müdahalesini m.10/2 kapsamında değerlendirmektedir. İHAM bu yaklaşımıyla ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasında bir denge kurma çabasıdadır.

ABD sisteminde ise nefret söylemi önceki ve güncel yaklaşım olarak ikiye ayrılmaktadır. Önceki yaklaşıma göre nefret söylemi ‘kavgacı sözler’ ve ‘gruba hakaret fiili’ kapsamında görülmektedir. Bu dönemde nefret söylemi hakkında getirilen düzenlemelerin Birinci Değişiklik’i ihlal etmediği görüşü hakimdir. Güncel yaklaşım ise, 1969 Brandenburg kararı ile ortaya konulmuştur. Buna göre, nefret söylemini düzenleyen yasalara katı denetim uygulanmış ve açık ve mevcut tehlike kriteri uygulanmıştır. Bu yaklaşıma göre ifadenin mağdurların değerlerini incitmesi veya onları rencide etmesi sebebiyle ifade özgürlüğü sınırlanamayacaktır.

Çalışmanın amacı, İHAM ve ABD sistemlerinin nefret söylemine yaklaşımları arasındaki farkı ortaya koymaktır. Bu nedenle ifade özgürlüğü ve nefret söylemi kavramları ve aralarındaki ilişkinin nasıl yorumlandığının anlaşılabilmesi için İHAM ve ABD Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Nefret Söylemi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Birinci Değişiklik.

ABSTRACT
Master's Thesis
Hate Speech in the Framework of Freedom of Expression
Merve Altingemi Şanlıalp

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

Freedom of expression entered the international legal texts after the Second World War and with the effect of the severe human rights violations. It includes the right to access thoughts, to disseminate thoughts and not to be condemned for them. The concept of hate speech, on the other hand, includes racial hatred, xenophobia, anti-Semitism, and can emerge in an offensive and discriminatory way towards minorities, immigrants, and immigrants. It also covers any form of expression that spreads, incites, encourages or justifies any form of hatred, including religious intolerance.

Today, hate speech is seen as an exception to freedom of expression and sanctions are envisaged. The only exception to this acceptance is in the legal system of the United States. In the study, two extreme approaches that do not see hate speech as an 'expression' and argue that hate speech should be protected even if it hurts or offends its interlocutors are discussed in a comparative way.

In the ECHR system, hate speech is excluded from the scope of freedom of expression and not accepted as 'expression' within the scope of the prohibition of abuse of right, according to the approach based on ECHR article 17. Accordingly, hate speech constitutes a violation of the values contained in the ECHR. This approach of the ECHR is mostly seen in applications about Holocaust denial today. On the other hand, it evaluates the intervention of the state party in the applications made on issues other than Holocaust denial within the scope of Article 10/2. With this approach, the ECHR strives to strike a balance between freedom of expression and hate speech.

In the US system, hate speech is divided into two as previous and current approaches. According to the previous approach, hate speech is seen within

the scope of fighting words' and 'acts of group libel'. It is widely believed that the regulations on hate speech in this period do not violate the First Amendment. The current approach, on the other hand, was introduced with the 1969 Brandenburg decision. Accordingly, strict control was applied to laws regulating hate speech and a clear and present danger criterion was applied. According to this approach, freedom of expression cannot be restricted because expression hurts or offends the values of victims.

The aim of the study is to reveal the difference between the approaches of the ECHR and the US systems to hate speech. For this reason, in order to understand the concepts of freedom of expression and hate speech and how the relationship between them is interpreted, the decisions of the ECHR and the US Supreme Court are examined.

Keywords: Freedom of Expression, Hate Speech, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, United States Supreme Court, First Amendment.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE NEFRET SÖYLEMİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİK AÇIDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞ VE NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMI

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMINA GİRİŞ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SAVUNAN TEZLER	5
A. İfade Özgürlüğü Kavramı ve Özgür İfade İlkesi	5
1. İfade Özgürlüğü Kavramı	5
2. Özgür İfade İlkesi	7
B. İfade Özgürlüğünü Savunan Tezler	9
1. Gerçeğe Ulaşmaya Dayanan Tez	11
2. Demokrasiye Dayanan Tez	16
3. Bireysel Özerkliğe Dayanan Tez	20
II. NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMI	22
A. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	22
1. Kavramın Ortaya Çıkışı	22
2. Kavramı Tanımlama Zorluğu	25
B. İfade Özgürlüğü ile Nefret Söylemi Arasındaki İlişki Hakkında İleri Sürülen Görüşler	31
1. Nefret Söyleminin Özgürce İfade Edilmesini Savunan Tezler	31
a. Gerçeğe Ulaşma Tezi	32
b. Kişisel Gelişim Tezi	33
c. Eşit Özerklik Tezi	34

d. Sınırlandırmanın Zararlı Olduğu Tezi	35
2. Nefret Söyleminin Sınırlandırılması Gerektiğini Belirten Tezler	37
a. Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğünün Özerklik Prensiplerini Reddettiğine Dayanan Tez	39
b. Demokratik Katılıma Dayanan Tez	40
c. Nefret Söyleminin Sosyal İstikrar ve Uyumunu Zedelediğine Dayanan Tez	41
d. Nefret Söyleminin Yasaklanmasının Özgür Tartışma Ortamı Gerekli Olduğuna Dayanan Tez	42
e. Çift Temelli Teori	43

İKİNCİ BÖLÜM

İHAM VE ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN NEFRET SÖYLEMİNİN İFADE HÜRRİYETİ KAPSAMINDA KORUNMASINA YAKLAŞIMI

I. İHAM'IN YAKLAŞIMI	45
A. İHAS Sistemine Göre İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırlanması	47
1. İHAS m. 10 Kapsamında İHAM'ın İfade Özgürlüğünü Koruma Alanı	48
2. İHAS'a Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	52
a. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Kapsamında İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	54
b. İHAS m.10/2 Kapsamında Sınırlanma	56
c. Şiddete Teşvik Eden İfadelerin Sınırlanması	59
B. İHAM'ın Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunmasına Yaklaşımı	60
1. İHAM'ın m.17'ye Dayanan Yaklaşımı	62
2. İHAM'ın m.10/2'ye Dayanan Yaklaşımı	69
II. ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI	75
A. ABD Sistemine Göre İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları	76
1. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünün Koruma Alanı	77
2. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	82
a. Hukuka Aykırı Eylemleri Kışkırtan İfadelere Uygulanan Kriterler	84

b. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Düzenlemelere İlişkin Kriterler	88
(1) İçeriği Göz Önünde Tutan (Content-Based) Düzenlemeler	88
(2) İçeriği Göz Önünde Tutmayan (Content-Neutral) Düzenlemeler	91
(i) İfade Özgürlüğünün Zaman, Yer ve Yöntem Bakımından Düzenlenmesi	91
(ii) İfade Özgürlüğüne İkincil etkide Bulunan Düzenlemeler	92
B. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunmasına Yaklaşımı	94
1. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Önceki Yaklaşımı	94
2. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Güncel Yaklaşımı	97
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	111

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AGİT	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
Appl. No	Application Number
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bknz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
c.	contre
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
ed.	edition
Ed.	Editör
İHAK	İnsan Hakları Avrupa Komisyonu
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
MSHS	Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
No.	Number
Para.	Paragraf
S.	Sayı
s.	sayfa
ss.	sayfadan sayfaya
UK	United Kingdom
US	United States
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
v.	versus
vb.	ve benzeri

GİRİŞ

Demokratik toplumlar için ve bireyin özerkliği ve kendini gerçekleştirme için oldukça önemli bir konumda bulunan ifade özgürlüğü, özgürce düşüncelere ulaşabilme, düşünceleri yayabilme ve bu sebeple kınanmamayı içermektedir. Ağırlıklı görüş ifade özgürlüğüne mümkün olduğu kadar geniş bir koruma alanı sağlanması yönünde olsa da ifade özgürlüğü ile başka bir hak veya özgürlüğün karşı karşıya gelmesi halinde hangisinin korunacağı sorusu gündeme gelmektedir. ‘Nefret söylemi’ ırk, din, etnik köken temelli bir kişiye veya gruba yönelik şiddet, düşmanlık ya da ayrımcılığı kışkırtan veya kötüleyen, aşağılayan, taciz eden ya da kişilerin kendilerini toplumdan soyutlamasına sebep olan söylemler şeklinde tanımlanabilir. Nefret söylemi ile ilgili insan haklarına bağlı değerlere aykırılık teşkil ettiği yönünde yaygın bir kanaat bulunmaktadır. Bununla beraber nefret söylemi de bir tür ifade olduğundan ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorun esasen ifade özgürlüğü ile insan onurunun veya ayrımcılık yasağının karşı karşıya gelmesi ve böyle bir durumda hangisinin öne çıkacağının tartışılmasından ibarettir. Uluslararası insan hakları hukukunda nefret söyleminin sınırlanabileceği yönünde yaygın bir kanaat bulunmakla beraber taraf devletlere nefret söylemini yasaklayan düzenleme yapmaları noktasında açıkça yükümlülük getirilmemiştir. Diğer taraftan taraf devletlerin bu konuda düzenleme yapmaları konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Nefret söylemine karşı yaygın olan yaklaşım, bu tür söylemlerle mücadelede bilgilendirme ve bilinçlendirme gibi yöntemlerin yanı sıra düzenlemelerle yaptırım öngörme gibi hukuki yöntemleri de kapsamaktadır. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) dışında hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde nefret söylemi kabul görmemektedir. ABD’de ise bu tür söylemler ifade özgürlüğü kapsamında görülmekte ve ciddi değerlendirmeler neticesinde istisnai olarak düzenlenebilmektedir. Bu halde nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı noktasında iki temel yaklaşım vardır denilebilir. Bu iki yaklaşım arasındaki temel fark bir tarafın ifade özgürlüğü kapsamında ‘ifade’ olarak dahi görmediği söylemleri diğer tarafın çok istisnai haller dışında kapsam alanı içinde koruyor olmasıdır. Bununla beraber bu iki farklı yaklaşımın tarihsel gelişimi, ifade özgürlüğüne yönelik tutumları nefret söylemini ilgi çekici ve konuyu ele alınmaya değer kılmaktadır.

Çalışmanın konusu, Avrupa ve ABD sistemlerinde ifade özgürlüğüne ve nefret söylemine olan yaklaşımların karşılaştırılması ve aradaki farkı ortaya koymaktadır.

Avrupa'daki yaklaşım, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m.10 ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadı kapsamında incelenmiştir. ABD yaklaşımı ise ABD Anayasası'nda ifade özgürlüğünün düzenlendiği Birinci Değişiklik ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihadı kapsamında incelenmiştir. Avrupa ve ABD sisteminin seçilmesinin nedeni konuyla ilgili iki yaklaşımın arasındaki farkın ortaya konmasını kolaylaştırmıştır. Bununla beraber ABD sisteminin karşısında İHAM sisteminin seçilmesinin nedeni çalışma kapsamında yapılacak değerlendirmenin iki ülke hukuk sistemiyle sınırlı kalmaması ve daha kapsamlı bir şekilde incelenmek istenmesidir. Diğer taraftan İHAS'ın Avrupa'daki ortak tarihsel tecrübeyi yansıttığı olması da İHAM sisteminin seçilmesinin bir diğer nedenidir. Ayrıca İHAM içtihatlarında İHAS dışındaki başta Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme olmak üzere diğer uluslararası insan hakları belgelerinden ve bu belgelere dayanılarak oluşturulan içtihatlardan da yararlanılmaktadır. Bu bakımdan İHAM sistemi karşılaştırma yapılabilmesi için daha avantajlı görülmüştür. ABD sisteminin seçilmesinin sebebi de ABD Anayasası'nın Birinci değişikliğinin ardından oluşan içtihat ve akademik birikimin zenginliğidir¹. Kanada Yüksek Mahkemesi bir kararında 'ABD'deki temel haklar demeti, 200 yıldan beri anayasal olarak korunmaktadır. Ürünü olan deneysel ve kuramsal tecrübe muazzamdır ve bu nedenle Kanada mahkemeleri tarafından gözden uzak tutulmamalıdır' denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapmıştır². Dolayısıyla ABD Yüksek Mahkemesi'nin zengin karar birikiminden yararlanılarak bir çalışma ortaya konulmak istenmiştir.

Bununla beraber her iki mahkemenin yapılan başvuruları inceleme usullerindeki farklılık tam anlamıyla karşılaştırma yapılmasını zorlaştırmaktadır. Şöyle ki İHAM olay temelli inceleme yapmakta ve önüne gelen başvuruda İHAS'a taraf devletin müdahalesinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemektedir. ABD Yüksek Mahkemesi ise, yapılan başvurulardaki uyumsuzluk konusu düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Diğer yandan ABD Yüksek Mahkemesi'nin denetim sırasında somut olayı da göz önünde bulundurması karşılaştırmayı bir miktar kolaylaştırmaktadır. Bununla beraber ifade özgürlüğünün geniş ve çok yönlü bir konu olması dolayısıyla çalışma kapsamında İHAM ve ABD sisteminin ifade özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin tutumları incelense dahi bu inceleme detaylı yapılmamıştır. Örnek olarak ifade türleri ve sitemlerin bu ifade türlerine olan yaklaşımları incelenmemiş, bunun yerine genel sınırlama kriterleri ve özel olarak

¹ Wojciech Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Eylül 2002, s. xxi.

² Kanada Yüksek Mahkemesi'nin R. v. Keegstra (1991) 61 C.C.C. 3d 1, 32 (Dickson C.J.C.)

nefret söylemiyle ilgili kriterler incelenmiştir. Özetle konu dışına çıkmamak ve çalışmanın hacmini bu kapsamda tutmak amacıyla çalışma kapsamında her iki sistemdeki ifade özgürlüğü – nefret söylemi ilişkisi ile ilgili tutum incelenmeye çalışılmıştır. Bu sınırlamaya ek olarak, Birinci Değişiklik ve İHAM m.10 kapsamında sadece ifade özgürlüğü değerlendirmeye alınmıştır. Birinci Değişiklik'in inanç özgürlüğü, toplantı v gösteri yürüyüşü ile ilgili hükümleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Diğer taraftan nefret söylemi ile ilgili içtihat incelemelerinde bu şekilde bir filtre uygulanmamıştır. Diğer bir deyişle nefret söylemi ile ilgili incelenen kararlar yönünden inanç özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü kapsam dışında bırakılmamıştır.

Çalışma iki bölümden oluşmakta olup esas konu 'İHAM ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin nefret söyleminin ifade hürriyeti kapsamında korunmasına yaklaşımı' başlığı altında ikinci bölümde çalışılmıştır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi öncelikle konu ile ilgili kavramların açıklanması gerektiğinden birinci bölüm ön bilgilendirme niteliğindedir. Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle ifade hürriyetinin ve ifadenin neden korunması gerektiği üzerinde durulmuş ve bu hususta altta yatan nedenleri anlayabilmek için özgür ifadeyi savunan gerçeğe ulaşmaya dayanan, demokrasiye dayanan ve bireysel özerkliğe dayanan tezler incelenmiştir. Bu incelemenin nefret söyleminin ifade özgürlüğü bağlamında korunup korunmaması sorusuna cevap ararken yardımcı olacağı da şüphesizdir. Akabinde nefret söyleminin tanımlanması sorunu ve ifade hürriyeti kapsamında korunmasına ve korunmamasına dair ileri sürülen tezler incelenmiştir. İkinci bölümde ise İHAM ve ABD Yüksek Mahkemesi sistemlerinde ifade özgürlüğü ve genel sınırlanma kriterleri ile nefret söylemi hakkındaki tutumları, konu ile ilgili içtihatlar ve gerekçelerde yer verilen kriterler incelenmiştir. Bu bölümde her iki sistem için de öncelikle ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları ele alınmıştır. Ardından, İHAM sistemi yönünden nefret söyleminin ifade hürriyeti kapsamında korunup korunmaması ile ilgili m. 17 hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında ifade özgürlüğünün norm alanı dışında tutulduğu yaklaşımı ve m.10/2 ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere dayandırılan yaklaşımı incelenirken, ABD sistemi yönünden ise nefret söyleminin 'kavgacı sözler öğretisi' kapsamında ele alındığı önceki yaklaşımı ile 1969 tarihli Brandenburg v. Ohio kararı ile açık ve mevcut tehlike ölçütünün yeni versiyonun ortaya konulduğu günümüzdeki yaklaşımı incelenmiştir. Sonuç kısmında ise genel bir değerlendirme yapılmıştır.

Bununla beraber 2210-A programı kapsamında sağladığı desteklerden dolayı TÜBİTAK'a teşekkür ederim.



BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİK AÇIDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞ VE NEFRET SÖYLEMİ

KAVRAMI

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMINA GİRİŞ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SAVUNAN TEZLER

A. İfade Özgürlüğü Kavramı ve Özgür İfade İlkesi

1. İfade Özgürlüğü Kavramı

Bireyin ve toplumun özgürlüğünde oldukça önemli bir yere sahip olan ifade özgürlüğüne ilişkin çalışmaların büyük çoğunluğu, düşünce özgürlüğü ile başlamaktadır. Çünkü düşünce, ifadenin kaynağıdır³. Düşünme eylemi ile düşüncelerin oluştuğu ve düşüncelerin de kamuya açık serbest tartışma ortamının sağlanması için önemli olduğu göz önüne alındığında, düşüncenin ifade edilmesi kadar düşüncenin kendisinin de koruma altına alınması gerekmektedir⁴. Fikirlerin belirmesi ve olgunlaşması, düşünce sürecinin ürünü olup, bu sürece yapılacak herhangi bir müdahale fikirlere ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne etki eder⁵. Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü kavramları birbirine o kadar yakındır ki, birinin zedelenmesi diğerini de etkiler⁶.

İfade dediğimizde genellikle düşünme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan bir fikrin, kanaatin veya duygunun dışavurumunu kastederiz⁷. İfade, *'fikirlerin, bilgilerin ve sanatsal tasvirlerin dille, resimle ve geleneksel sanat yollarıyla iletilmesi'* şeklinde tanımlansa da "ifade"nin muadil sözcüklerle ya da somutlaştırma yöntemiyle basit bir biçimde tanımlanması zordur⁸. İfade, duruma göre konuşma (speech) ve haberleşme (communication) yerine kullanılabilirse de aslında 'expression' anlamıyla bu terimleri kapsamaktadır⁹.

³ Robert Trager ve Donna L. Dickerson, **21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Ankara 2003, s. 16.

⁴ Trager ve Dickerson, s. 19.

⁵ Trager ve Dickerson, s. 17.

⁶ Ernst- Joachim Lampe, 'Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi', **Düşünce Özgürlüğü**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Çev. Nihat Ülner, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 128.

⁷ Mustafa Erdoğan, 'İfade Özgürlüğü ve Sınırları', **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, Ed. Kerem Altıparmak, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, (İfade Özgürlüğü), s. 20.

⁸ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s. 130.

⁹ Schauer, s. 73.

İfade, hayatın her alanında çeşitli şekillerde kendini gösterir. Ancak bu her türden ifadenin, ifade özgürlüğü kapsamında 'ifade' kabul edileceği anlamına gelmez. Örnek olarak, yalan yere yemin etmek, tehdit etmek, insan öldürmek için birini kiralamak için kullanılan söylemlerin ifade özgürlüğü bağlamında bir 'ifade' olamayacağı açıktır. Dolayısıyla, bu tür söylemler, ifade özgürlüğü kapsamında bir 'ifade' olarak korunmayacaktır. Bununla beraber, ilk bakışta bir ifade açıklaması olarak anlaşılmayabilecek bayrak sallamak, rozet takmak ya da bir resim sergilemek gibi davranış biçimleri de bulunmaktadır¹⁰. İfadenin kaynağı olan düşünceler, konuşarak ya da yazarak iletilebileceği gibi eylemler vasıtasıyla da iletilebilir. 'İfade' bu tür davranış biçimleri ile de ortaya konabilir¹¹.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı akabinde yaşanan hak ihlalleri neticesinde evrensel bir ilke olarak kabul edilen ifade özgürlüğü ise, '*düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındıran kapsayıcı bir terim*' olarak tanımlanmaktadır ve bu bakımdan iki yönlü olduğu belirtilmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğü; bir taraftan ifade edilecek fikirlerin meydana gelebilmesi için gereken bilgiyi elde edebilme, araştırma ve incelemeyi yapabilme, serbestçe öğrenme ve

¹⁰ Schauer, s. 18.

¹¹ Trager, Dickerson, ss. 21-22.

Bu noktada, davranış olarak ortaya çıkan ifade ile konuşma biçimindeki ifade ayrımı gündeme gelmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Federal Temyiz Mahkemesi'nin Young v. New York City Transit Authority kararına konu olayda, Ulaşım İdaresi, metro istasyonlarında bireysel dilenmeyi yasaklayan, ancak hayır kurumları tarafından yardım talep edilmesine müsaade eden birtakım düzenlemeler yapmıştır. Buna gerekçe olarak ise dilencililiğin bir ifade değil eylem olduğunu ve ifade özgürlüğü kapsamına girmediğini ileri sürmüştür. Bölge Mahkemesi, dilenme ile hayırseverlik kapsamında talepte bulunma arasında bir ayrım yapamamıştır ve yalvarma davranışının Birinci Değişiklik (First Amendment) kapsamında korunabileceği sonucuna varmıştır. Federal Temyiz Mahkemesi, belirli bir davranışın, Birinci Değişikliği uygulamak için yeterli iletişim unsurlarına sahip olup olmadığını belirlerken şu soruları sormaktadır: "Özel/Belirli bir mesajı iletme niyeti var mı?", "Mesajı alanların, mesajı anlama olasılığı ne derecede mümkün olabilir?". Federal Temyiz Mahkemesi bu davada, dilenmenin yeterince "iletişimsel" olduğu noktasında büyük şüphe duyduğunu belirtmiştir. Buna göre hem dilencilerin hem de hayırsever kuruluşların temsilcilerinin eylemde bulunmalarının birincil amacı para transferidir. Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararına göre, hayır kurumlarının yardım talepleri sırasında bilgi yayma, tartışma veya bir takım kamusal amaçların savunulması söz konusu olabilmektedir. Dilenciler yönünden ise tesadüfi bir mesajın iletildiği kabul edilse dahi yolcuların bu mesajı alabilme olasılığı oldukça düşüktür. Dilenme ve yalvarma eylemlerinin iletişimsel kabiliyetleri bakımından Federal Temyiz Mahkemesi'nin ciddi şüpheleri vardır. Karara kısmen katılan kısmen muhalif olan Federal Hakim Meskill, davacıların, yolcularla evsizlerin ve yoksulların sıkıntıları, New York sosyal hizmet servisinin verimsizliği ve bazen uyudukları kamuya açık barınaklar hakkında potansiyel bağışçılarla konuştuklarını ifade ettiklerini belirtmiştir. Meskill'e göre, "*Evsiz yardım edin*", ya da "*Açım*" yazan bir tabela tutulması, Birinci Değişiklik kapsamında korunmalıdır. Bknz. Young v. New York City Transit Authority Case, 903 F.2d 146 (2d Cir. 1990).

Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, City of Dallas v. Stanglin kararında, bir kişinin üstlendiği hemen her faaliyette (örneğin alışveriş merkezinde bir arkadaşla buluşmakta ya da sokakta yürümekte) bir miktar ifade özünün var olduğunu ancak bu durumun, faaliyeti Birinci Değişikliğin korunması kapsamına getirmek için yeterli olmadığını belirtmiştir.

Bknz. City of Dallas v. Stanglin Case, 490 U.S. 19 (1989).

Bununla beraber ifade özgürlüğünü güvence altına alan toplumlarda, ifadeden ziyade eylemlere yönelik kısıtlayıcı kurallar öngörme eğilimine rastlanmakta olduğu belirtilmektedir. Bknz. Trager, Dickerson, ss. 21-22.

haberleşme özgürlüğünü kapsarken diğer taraftan bu süreç sonucunda ortaya çıkan fikirlerin açıklanmasını ve yayılmasını kapsamaktadır¹². Benzer bir bakış açısına göre de ifade özgürlüğü; düşünceleri, fikirleri ve bunlara erişebilmeyi kapsar. Bununla beraber ifade edilmelerini ve ifade biçimlerini koruması altına alarak bu sebeple kınanmamayı içerir¹³.

Farklı gerekçelerle ortaya çıkan hem içerik hem de biçimsel olarak çok sayıda söylem türü bulunmaktadır. Bu söylemlerin ortaya konulmasında farklı gerekçelerin olması, korunmaları için de farklı dayanakların olmasını gerektirir. Örneğin, şarkı söylemek ile hayvan haklarının korunması hakkında bir konuşma yapmanın gerekçeleri farklıdır. Bu iki farklı söylemin gerekçeleri birbirinden farklıdır ve dolayısıyla korunmaları için farklı dayanaklar ileri sürülmelidir. Bu nedenle farklı türdeki söylemler için genel bir ifade özgürlüğü koruması mümkün olamaz. Böyle bir iddia pratikle somutlaşamaz ve aynı zamanda karışıklığa sebep olabilir¹⁴. Bu nedenle tezin bu aşamasında ifade özgürlüğünü daha iyi kavrayabilmek için özgür ifade ilkesinden ve ifade özgürlüğüne gerekçe olarak ileri sürülen tezlerden bahsetmek yararlı olacaktır.

2. Özgür İfade İlkesi

Siyaset felsefesinde temelde iki ilke türü bulunmaktadır. İlki, geniş bir ilkenin özel halidir. Kendisini destekleyen gerekçesi olmayan; ancak geniş ilkenin desteği olan argümanlarla meşrulaşabilen ilke türüdür. İkincisi ise bağımsız ve açık bir ilkedir. İkinci türün kapsamına giren ilkeler, daha geniş ve kapsamlı olan ilkenin gerekçesine gerek duymazlar, kendi bağımsız gerekçeleri vardır¹⁵. İnsanların sadece konuşmak için sahip oldukları gerekçelerle pozitif hukukta ifade hürriyetine yer verilmesinin gerekçeleri aynı değildir. İfade özgürlüğünün gerekçeleri ile sırf konuşma eylemlerinin gerekçeleri birbirinden farklıysa bu halde kısıtlanma gerekçelerinin de farklı olması gerekir¹⁶.

Bir özgür ifade ilkesinin varlığı, ifadenin kısıtlanması için diğer eylem kısıtlamalarına nazaran daha sağlam gerekçeler gerektirir. Burada kastedilen, özgür

¹² Durmuş Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 7.Baskı, Ankara, Eylül 2018, s. 448.

¹³ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 21.

¹⁴ Bhikhu Parekh, "Hate Speech- Is there a case for banning?", **Public Policy Research**, December 2005-February 2006, ss. 215-216.

¹⁵ Schauer, s. 3.

¹⁶ Sadurski, ss. 1-3.

ifade ilkesinin iktidar üzerinde sınırlamada bulunduğu ve diğer sınırlamalardan bağımsız olduğudur, diğer sınırlamalardan üstün olduğu iddia edilmemektedir. Diğer yandan ifadenin, başkalarını etkileyeceği yönünde bir kabul bulunmamaktadır. Buna göre ifade zarara sebep olabilir. Eğer bir özgür ifade ilkesinden bahsediliyorsa, bu ilke, başkalarına yönelik olsa da bazı davranışları koruması altına alır. İfadenin sebebiyet vereceği zarara rağmen korunmasından kasıt, ifade eyleminin sebep olduğu zararın tespitin, bu eylemi sınırlamayı haklı göstermeyeceğidir. Diğer bir deyişle, bu ifade eyleminin sınırlanabilmesi için zararın tespitinden fazlası gerekmektedir¹⁷.

İfade, konuşma veya haberleşmenin yanında yazı ve resimleri ya da davranışları da kapsamaktadır. Böylece çok sayıda kendini ifade yöntemini bünyesinde barındıran bir ifade özgürlüğü ilkesinden bahsedilebilir. Ancak bu durumda salt ifadeye özgürlük bulunmadığından, bir özgür ifade ilkesine ulaşılamayacaktır. İfade özgürlüğü hususunda, ifadeyi, haberleşme ve kendini ifade etme anlamındaki diğer davranışlardan ayırmayan yaklaşımlar genel özgürlük ilkesine ulaştırır. Bu durumda da bir özgür ifade ilkesinden bahsedilemez. Özgür ifade ilkesinden bahsedebilmek ve bu anlamda ifade kısıtlamaları için daha güçlü gerekçelerin bulunması gerektiğini ileri sürmek için ilke, başka bir ilkeye bağlı olmamalı ve başka bir ilkenin gerekçeleri ile de gerekçelendirilmemiş olmalıdır¹⁸. Böyle bir ilke, bazı davranışların sınırlandırılabilmesi için, daha büyük çaba gerektirecek şekilde onları koruma altına alır. Ancak birtakım davranışların bir hak tarafından korunduğundan bahsedildiğinde, o davranışların mutlak surette korunacağı anlamı kastedilmiş olmaz¹⁹. İfade özgürlüğü açısından bakacak olursak, bu şu anlama gelmektedir: İfade özgürlüğü bir ifade biçimini koruma altına almış olabilir ve bu ifade biçimini sınırlandırabilmek için diğer ifade türlerine göre daha güçlü gerekçeler aranıyor olabilir. Ancak her ifade, bu denli yüksek koruma altında değildir. Bununla beraber bir ifadenin sınırlandırılmasında diğerlerine kıyasla daha güçlü gerekçeler aranması da bu ifadenin mutlak korunduğu anlamına gelmez.

Özgür ifade hakkı genellikle kamu görevlilerini veya politikayı eleştirme gibi ifadeleri kapsarken, yalan yere yemin, tehdit, iftira niteliğindeki ifade eylemlerini hak kapsamı dışında bırakır²⁰.

¹⁷ Schauer, ss. 13-16.

¹⁸ Schauer, s. 76.

¹⁹ Schauer, s. 127.

²⁰ Schauer, s. 127.

B. İfade Özgürlüğünü Savunan Tezler

Tarih boyunca ifade hürriyetinin neden değerli olduğunu gerekçelendirmeye yönelik tezler ileri sürülmüştür. İfade özgürlüğünün değerli olduğunu savunan tezlerin bir kısmı, ifade özgürlüğünün kendisini bir amaç olarak görürken bir kısmı da ifade özgürlüğünü bir araç olarak görmektedir. İfade özgürlüğünü araç olarak gören görüşe göre, ifade özgürlüğü daha üstün değerlere ulaşmada bir araç olarak hizmet eder. Amaç olarak gören görüşe göre ise esas ulaşılması gereken değer ifade özgürlüğünün kendisidir²¹. Zaman içinde araçların amaç olduğu, amaçların ise birer araca dönüştüğü gözlemlenmiştir²².

Çeşitli kaynaklarda ifade özgürlüğünün savunulmasında gerekçe olarak hoşgörüyü, kendini gerçekleştirilmeye, paternalist²³ himayenin gerekmediğine, yasaklamanın etkisizliğine, ifadeyi yasaklamanın şiddete zemin hazırlayacağına dayandırılmıştır. Çalışmamızın bu aşamasında kısaca bu tezlerle değinilecek ve daha sonra ifade özgürlüğünün savunulmasında diğerlerine göre daha güçlü gerekçeler ileri sürmüş olan gerçeğe dayanan, demokrasiye dayanan ve bireysel özerkliğe dayanan tezler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Kendini gerçekleştirilmeye dayanan tez, özgür ifadenin bireyin gelişiminde önemli bir yeri olduğunu belirtir²⁴. Savunmasını paternalizmin reddedilmesine dayandıran görüş, kişinin ne yapacağına kendisinin karar vermesi gerektiğini ve özgür bireylerin otorite himayesine gereksinim duymadığını belirtir. Bu sebeple ifade hürriyetini savunur²⁵.

Yasaklamanın etkisiz olduğuna dayanan teze göre ise yasaklama, yasaklayanların amacının tersine sonuçlar verebilir. Diğer bir deyişle, yanlışlığı ispat edilmeksizin yasaklanan ifade diğerleri tarafından doğru olarak kabul görmeye devam edebilir. Ayrıca yasaklama birtakım kişiler tarafından sırf yasaklamadan dolayı daha cazip hale de gelebilir²⁶. Bu sebeple ifade hürriyetinin korunması gerekmektedir.

²¹ Zühtü Arslan, 'ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü', **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Der. Zühtü Arslan, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 5.

²² ABD Yüksek Mahkemesi'nin Whitney v. California kararında özgürlüğe hem bir araç hem de bir amaç olarak değer verildiği belirtilmektedir. Bknz. Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

²³ Paternalizm, diğer bir tabirle Babacılık, aile yönetimlerinde kararların aile reisi tarafından alınmasında olduğu gibi toplumda da kararların rehber veya ideal olarak görülen kişi veya kişiler tarafından alınmasının öngörüldüğü bir yönetim sistemidir. Bu sistemde toplumda kararları alan kişi veya kişiler adeta baba figürü gibi halk için neyin iyi neyin kötü olduğuna karar verirler.

²⁴ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s.24.

²⁵ Mustafa Erdoğan, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif', **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara 2003, (Özgürlükçü Perspektif) s.41.

²⁶ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s.25.

İfadeyi yasaklamanın şiddet olaylarına zemin hazırlayacağına dayanan ve bu sebeple ifade hürriyetini savunan bir tez de bulunmaktadır. Bu teze göre, Yasaklanan görüşler kaybolmaz ya da yok olmaz. Öyle ya da böyle bir şekilde kendisini ortaya çıkaracak bir yol bulur. Bu yolda yüksek ihtimalle şiddet içerecektir. İfadenin yasaklanmasının zarar ortaya çıkarması muhtemel görünmektedir ve bu yüzden ifade hürriyeti korunmalıdır²⁷.

İfade özgürlüğünü savunan bir diğer tez, hoşgörü ilkesine dayanmaktadır. Bu teze göre, ifadenin muhataplarının, ifadelere karşı hoşgörü geliştirmesi önemlidir. Neticede toplumun kendi kendini ıslah etmesi ile birlikte toplum genelinde hoşgörü yetisini artırmak ve genel bir aydınlık düzeyine ulaşmak hedeflenir. Ancak tüm ifadelere karşı hoşgörü olunması gerekliliği, bir başkasının ifadesine müdahale etmenin yasaklanması sonucunu doğurabilir. Bu durumda aşırı, çatışmaya sebep olan veya koruma altına alınmayacağı kesin olan ifadelerin de sınırlanamaması sorunu ortaya çıkar²⁸. Ayrıca her türlü ifadeye hoşgörü olunması çerçevesinde “müdahalenin” yasaklanması, yine de yasaklanan “müdahale” ifadesine hoşgörü gösterilmemesi sonucunu verir. Böylece, tüm ifadelere hoşgörü yaklaşımı, “devlet tarafından belirlenen iyinin” korunmasına dönüşür ve bu bakımdan bu tezin paternalist olduğu da söylenebilir²⁹.

İfade özgürlüğünün değerli olduğunu ve korunması gerektiğini çeşitli gerekçelerle savunan bu tezler arasında, diğerlerine kıyasla kendilerine diğerlerinden daha fazla ağırlık verilmiş ve diğerlerine kıyasla daha güçlü gerekçeler ileri sürmüş oldukları belirtilen tezler de bulunmaktadır³⁰. Gerçekliğe dayanan tez, demokrasiye dayanan tez ve bireysel özerkliğe dayanan tez olarak öne çıkan bu tezler, ifade özgürlüğünü savunan tezler arasında pek çok kaynakta aynı başlık altında yer bulmuştur. Bu tezlerdeki temel amaç, yarışan haklar söz konusu olduğunda bile ifade özgürlüğünün neden korunması gerektiğini ve sınırlanabilmesi için neden daha sağlam gerekçeler aranması gerektiğini açıklamaya çalışmaktır³¹.

²⁷ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s.26.

²⁸ Sadurski, s.39.

²⁹ Sadurski, s.41.

³⁰ Schauer, s.21

³¹ Frederick Schauer, ‘Free Speech in a World of Private Power’, **Freedom of Communication**, Ed. Tom D. Campbell ve Wojciech Sadurski, Darmouth Publishing, Aldershot 1994, s.1’den aktaran Ezgi Gül Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s.8.

1. Gerçeğe Ulaşmaya Dayanan Tez

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tez gerçeğe, ifade özgürlüğüyle ulaşılabilirliğini savunur. John Stuart Mill tarafından özellikle 'Özgürlük Üzerine' adlı eserinde ileri sürülen bu görüş daha sonra Amerikan hukuk sistemindeki Birinci Değişiklik ile fikirlerin pazaryeri teorisi olarak ortaya konulmuştur. Teze göre, ifade özgürlüğü sayesinde herhangi bir alanda araştırma yapılarak gerçek bulunabilir, gerçek olmayan da uzaklaştırılabilir. Açık tartışma, eleştirme özgürlüğü, fikirlerin serbestçe etkileşimi bu tez için gerçeğe ulaşmak konusunda olmazsa olmazdır³². Mill'e göre, gerçeğin sahip olduğu avantaj, bir düşüncenin doğru olması durumunda pek çok kere kabul edilmese bile zamanı geldiğinde ve koşullar elverişli olduğunda her türlü zulümden kurtulabilmesi ve her türlü tehlikeyi bastırabilecek olmasıdır³³.

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tez, çoğunlukla 'fikirlerin pazaryeri' teorisiyle birlikte anılmakta olup, fikirler için açık ve denetimi olmayan serbest bir pazarın varlığında, diğer bir deyişle fikirler serbestçe ifade edildiğinde, gerçeğin ortaya çıkacağını savunur. 'Fikirlerin pazaryeri' teorisi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Abrams v. United States³⁴ kararında Yargıç Holmes'in muhalefet şerhi ile ortaya konulmuştur. Holmes bu teoriyi, insanların karar verirken adeta bir pazaryerindeymiş gibi özgürce ifade edilen fikirlerin çarpışması sonucunda doğruluğu ortaya çıkan fikri kabul etme hakkına sahip olması şeklinde açıklamıştır³⁵. Holmes'e göre; kişiler birbiri ile mücadele eden inançların zamanla değiştiğini fark ettiğinde, ulaşmak istenen nihai iyiliğe fikirlerin karşılıklı alışverişi sayesinde daha iyi ulaşabileceğine inanabilirler. Diğer bir deyişle, gerçekliğin en iyi ölçüsünün, 'fikirlerin pazaryeri'ndeki rekabette kendini kabul ettirecek düşünce gücü olduğuna inanabilirler. Holmes, tarihsel süreçte tüm fikirler serbestçe ifade edilir ve çarpışabilecekleri bir piyasa mümkün olabilirse bu sayede gerçeğe en yakın düşüncenin, gerçeklik testinden galip çıkabileceğini ve kendisini kabul ettirebileceğini ifade etmiştir³⁶. Buna göre, serbest pazarın yanlış olanları eleyeceğine güvenilmelidir. Böylece fikirler, bireyin veya devletin yapacağı

³² Schauer, s.21.

³³ John Stuart Mill, **Özgürlük Üzerine**, Çev.Tuğçe Kanbur, Litera Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 65.

³⁴ Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919).

³⁵ Zühtü Arslan Der., ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Abrams v. United States, Çev. İrfan Neziroğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 66.

³⁶ Abrams v. United States, 250 U.S. 616, (1919), (Yargıç Holmes Muhalefet Şerhi)

'But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas-that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out'.

değerlendirmeden daha güvenilir bir teste tabi olurlar, neticede gerçeğe ulaşılabilir³⁷. Bu halde sonucu süreç belirlemekte olup, fikirlerin çarpıştığı süreç boyunca dayanıklı kalabilen fikir gerçek olacaktır. Bu noktada tezin, fikirlerin çarpışması bakımından karşıt olma haline önem verdiği ve neticede gerçek olanın dayanıklı kalacağına inandığı söylenebilir.

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tezi savunanlara göre, ifade özgürlüğünün engellenmesi, dönemin insanları kadar gelecek nesiller için de sakıncalıdır. Eğer doğru bir düşünce veya fikrin sakıncalı veya yanlış olduğu ileri sürülerek ifadesi engellenirse, insanların doğruyu yanlışla tercih etme hakkı ellerinden alınmış olacaktır. Eğer yanlış bir düşünce veya fikir, yanlış olması sebebiyle engellenirse, bu durumda da yanlışlığın açıkça ortaya çıkması ihtimali yok edilmiş olacaktır. Bu sebeple bir düşüncenin veya fikrin yanlış olduğu bilinse dahi, ki kesinlikle bilinemez, ifadesinin engellenmesi son derece sakıncalı olacaktır³⁸. Schauer'e göre de karşıt olan fikirlerin ifadesine müsaade etmek, o fikirlerin gerçek olmasına ihtimal vermek anlamına geleceği gibi ifade edilen fikirlerin yanlış çıkması durumunda onları reddetmeyi imkansız kılar.³⁹

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tezi destekleyenler, bilgiye ulaşmada rasyonel olan tek yolun fikirlerin serbest biçimde tartışılması olduğunu savunurlar ve böyle bir mantığın kendi kendinin kanıtı olduğunu varsayarlar⁴⁰. Fikirlerin serbestçe ifade edildiği pazarın bilgiyi artıracığı ve bilgi artışının toplumun gerçeğe ulaşması noktasında iyi olduğunu kabul ederler. Birbirinden farklı kanaatlerin ve düşüncelerin karşı karşıya getirilmesi ve bunlar arasında tercih yapılması dışında hakikate ulaşılacak başka bir yol bulunmadığını savunurlar⁴¹. Tezin önemli savunucularından Mill'e göre, insanların gerçekleri çoğu zaman yarımdır ve insanlar yanılmaz değildir. Bu nedenle zıt düşüncelerin ve fikirlerin kıyaslanmadığı ve çarpışmadığı bir fikir birliği istenilen bir şey olamaz. İnsanların gerçeğe ulaşması için daha iyi bir yol bulunana kadar düşünce ve fikir çeşitliliği iyi bir yoldur⁴².

³⁷ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 25.

³⁸ Mill, s. 47.

Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi, Garrison v. Louisiana kararında, ifade yanlış olsa bile Anayasanın ifade özgürlüğünü koruyan prensiplerinin bilerek veya dikkatsizlik sonucu yapılan hata dışındaki tüm ifadelerle negatif sonuç yüklenmesini engelleyeceğini belirtmiştir. Kişi kin ya da kızgınlık sonucu ifadede bulunmuş olsa bile bu ifadelerin, fikirlerin serbestçe değişmesine ve gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunacağına değinen Yüksek Mahkeme bu ifadelerin kısıtlanmasının serbest tartışma ortamını engelleyeceğini ifade etmiştir. Garrison v. Louisiana 379 U.S 64 (1964).

³⁹ Schauer, s. 32.

⁴⁰ Schauer, s. 28

⁴¹ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 25.

⁴² Mill, s. 106.

Bilgi miktarının artması, yanlışların ortaya çıkması, doğruların belirlenmesi ve neticede gerçek olana ulaşılmasında ifade özgürlüğünün bir araç olarak gören bu tez, pek çok yönden eleştirilmektedir. Öncelikle tez, açık ve serbest şekilde fikirlerin tartışılmasını peşinen değerli kabul ederek, konuyu başta ispatlanmış saymaktadır ve neden farklı bir süreç yerine tartışmayı kabul ettiğini açıklamamaktadır⁴³. Barendt'e göre Mill'in öncüsü olduğu gerçeğe ulaşma tezinin temelde zayıf olduğu nokta serbest tartışma ortamının, toplumda zorunlu olarak gerçeğin kabulüne veya en azından daha iyi politikaların benimsenmesine sebep olduğuna dair şüpheli varsayımdır⁴⁴. Bununla beraber tez, özellikle felsefi açıdan eleştirilmektedir. Örneğin; keşfedilecek bir doğru veya gerçeğin var olup olmadığı, çokça tartışılan bir konu olmuştur. Böyle bir gerçeğin varlığı kabul edilse bile; serbest düşünce açıklamalarının, bu hakikatin keşfine katkısının ne ölçüde olduğu belirsizdir⁴⁵.

Bir diğer eleştirilen nokta, tezin ifadenin kısıtlanmasının söz konusu olduğu her durum için yeterli bir gerekçe sağlayamamasıdır. Şöyle ki, fikirlerin, yanlış olduğundan dolayı ifadesinin yasaklandığı zaman zaman görülmekteyse de çoğunlukla istenilmeyen neticelere sebep olabileceği ileri sürülerek yasaklandığı belirtilmektedir⁴⁶. Başka bir ifadeyle, fikirlerin yasaklanmasının sebebi onların yanlış olduğunun düşünülmesi olabileceği gibi kısıtlamayı yapanlar tarafından istenilmemesi de olabilir. O halde bu tez, ifadenin kısıtlanması noktasında, her durumda ve tam anlamıyla bir koruma gerekçesi sunamamaktadır. Yasa koyucuların esasen keyfi olarak istemedikleri neticeler dolayısıyla ifade kısıtlamasına gitmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda kısıtlamaya maruz bırakılan fikirlerin doğru olması ihtimalinde, bazı bilgilerin yok edildiğini ve bazı yanlış fikirlerin gerçek kabul edildiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilir⁴⁷. Bu halde gerçeğe ulaşmaya dayanan tez eksik kalmaktadır.

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tezin doğru ile yanlışın çarpışması neticesinde doğrunun üstün geleceği inancını ispatlamamış olması tezin bir diğer eksik yönüdür. Tez, açık ve serbest pazaryeri teorisine göre tartışma süreci neticesinde toplumun akılcı bir yaklaşımla yanlış olanı reddederek gerçeği kabul edeceğini ileri sürmektedir. Ancak toplumun her zaman tezde belirtildiği üzere akılcı yaklaşımda bulunmasını

⁴³ Schauer, s. 30.

⁴⁴ Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Second Edition, Newyork, 2005, s. 11.

⁴⁵ Kent Greenawalt, "Free Speech Justifications", *Columbia Law Review*, Vol. 89, 1989, s. 131-137'den aktaran Şule Özsoy, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar', *TBB Dergisi*, sayı 56, Ankara 2005, s. 31.

⁴⁶ Schauer, s. 33

⁴⁷ Schauer, s. 34.

beklemek hatalı olacaktır. Diğer taraftan her fikrin, bilgiyi geliştireceği ve sonuçta toplumun akılcı bir karar vermesine yardımcı olacağı inancı da gerçekten uzaktır. Öyle ki bazı fikirler bilgi düzeyine katkı sağlamaz ya da onun gerilemesine sebep olabilir ve gerçeklikten uzaklaşmaya sebep olabilir⁴⁸. Bununla beraber fikirlerin ifade edilmesi ve gerçeğin keşfedilmesi süreci, kısa ve uzun vadede değişik çıktılar verebilir. Toplum tarafından bugün kabul edilen görüşler yarın çürütülebilir ya da tam tersi reddedilmiş olan görüşlerin doğruluğu zaman içinde kabul edilebilir⁴⁹. Ayrıca kısa ve uzun vade de birer bilinmeyendir. Amaca uygun, gözlemlenebilir süreden bahsedilse bile bu da göreceli bir kavram olduğundan gerçeğe ulaşmaya dayanan tezin her durumda isabetli olduğu şüphelidir.

Gerçeğe ulaşmaya dayanan tezin yalnızca gerçeği arama amacı, ifade özgürlüğünün alanını daraltmaktadır. Farklı ifade türlerinin gerçeği aramaya uygun olup olmadığına bakılması da gerekmektedir. Bir ifadenin gerçeği aramaya uygun bir ifade olup olmadığı, bir fikir ifadesi veya olgu ifadesi olup olmadığı bu açıdan tartışılabilir. Sadurski'nin de çalışmasından hareketle şu örneği verebiliriz. "AAA sabunlarının ph değeri 6'dır." İle "Sabunlar cildi kurutsa bile temizlik, cilt kuruluşundan daha önemlidir." şeklindeki iki ifadeyi ele alalım. 'AAA' marka sabunun ph değerine ilişkin ifadenin yanlışlığı ispat edilebiliyorsa, gerçeğe ulaşma yolunda yasal olarak korunmaz. Diğer bir deyişle bu ifadenin, gerçeği arama gerekçesiyle korunması talep edilemez. Bu tür ifadelerin doğruluğunun araştırılması sürecinde, vatandaşın gereken kaynaklara sahip olmaması veya araştırmak için istekli olmaması gibi durumlar göz önüne alındığında gerçeğin ortaya çıkması şüpheli hale gelebilir ve fikirlerin pazaryeri teorisi gerçeğe ulaştırmayabilir. Tercih niteliğine sahip ikinci ifade ise gerçekliğin tartışılması noktasında analiz yapılabilmesine uygun düşmeyecek bir ifade türüne girmektedir⁵⁰. Görüş bildiren ya da konuyu ele alma biçimine ilişkin bu tür ifadeler, değişikliğe ve çarpıtılmaya yatkın olduğundan ve her ne kadar gerçeğe ulaşmada doğrudan zararlı olarak gösterilemese de bu konuda bir yarar da sağlamadığından yasal koruma altına alınması kabul edilmeyebilir, denilebilir⁵¹.

Bu noktada Robert Post'un olgular ile görüşler arasındaki ayrımına değinmekte fayda olacaktır. Post'a göre, geçerliliği bir grubun standartlarından veya bakış açılarından bağımsız olduğu iddia edilen ifadelerle bir topluluğun üyesi olarak bu topluluğun devamı üzerine kurulu ifadeler arasında bir ayrım yapılabilir. Buna göre

⁴⁸ Schauer, s. 47.

⁴⁹ Schauer, s. 38.

⁵⁰ Sadurski, ss. 4-5.

⁵¹ Sadurski, s. 10.

olgu ifadelerinin doğruluğu veya yanlışlığı ancak tüm toplulukları aşan standartlarla belirlenebilir. Dolayısıyla bir olgunun geçerliliği, çok sayıda bakış açısının bir noktada bir araya gelebilmesine bağlıdır. Bu nedenle olgulara ilişkin yanlış ifadelerin cezalandırılmasına yönelik faaliyetler, herhangi bir topluluğun standartlarına karşı tarafsız olmak bakımından tutarlıdır. Diğer taraftan devlet bir olguya ilişkin ifadenin doğru veya yanlış olduğunu kesin olarak belirlemeye çalışırsa, pek çok bakış açısının bir noktada birleşmesi sürecini kesebilir ve bu durumda da yanlışlığın ortaya çıkma riski söz konusu olabilir. Post, olgulara ilişkin yanlış beyanların kamusal söylemde anayasal bir değerinin olmadığını ancak fikirlerin pazaryeri aracılığıyla düzenlenebileceğini belirtmektedir⁵². Bununla birlikte olgularla ilgili doğru ifadelerin yasayla koruma altına alınması fikirlerin pazaryeri teorisine uygun olabilmektedir⁵³.

Bununla beraber Mill, 'tahıl satıcıları' ile ilgili verdiği örnekte her ifadeye her koşulda eşit seviyede koruma sağlanamayacağını belirtmiştir. Buna göre, tahıl satıcıları yüzünden yoksulların açlıktan öldüğüne ilişkin görüşlerin basında yer almasında bir sakınca olmasa da bu ifadelerin tahıl satıcısının evinin önünde toplanmış olan kalabalık ve öfkeli bir gruba söylenmesinde tahıl satıcısı için tehlikeli

⁵² Robert C. Post, 'The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell', **Harvard Law Review** C.103, S.3, (1990), (Public Discourse), ss.657-661.

⁵³ Sadurski, s. 6.

Olgularla ilgili yanlış ifadelerin yasayla korunup korunmayacağı hususunda ise ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarındaki gerekçelere bakmak faydalı olacaktır. New York Times v. Sullivan kararında ondokuzuncu dipnotta Mill'e atıf yapılarak, hatayla çarpışan ve böylece daha net bir algı ile daha canlı bir hakikat izlenimi getiren yanlış bir ifadenin de kamusal tartışma katkı sağlayacağı belirtilmiştir. Bknz. New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi'nin Hustler Magazine v. Falwell kararındaki şu ifadeleri de her türlü görüşün, özellikle de gerçeği saptıran nitelikteki açıklamaların değersiz olmasına rağmen özgür tartışmanın olmazsa olmazı olduğunu belirtmektedir: "*Gerçeği saptıran açıklamalar özellikle değersizdir; onlar, fikirler pazarının gerçeği arama fonksiyonunu engeller ve kişinin saygınlığında kolayca onarılmaz zarara sahip olur; bunlara karşı yapılan beyanlar ne kadar etkili veya ikna edici olursa olsun. Fakat bu tür ifadeler tek başlarına pek değerli olmasalar da onlar yine de 'özgür tartışmada kaçınılmazdır' ve gerçeğe ilgili yalan iddialar sebebiyle bir yayıncıya belirli bir sorumluluk yükleyen kural, şüphesiz tanınmış şahsiyetlerle ilgili beyanlar söz konusu olduğunda anayasaya aykırılık bakımından inceleme değeri olan ürpertici bir etkiye sahip olacaktır.*" Bknz. Hustler Magazine v. Falwell 485 U.S. 46 (1988).

New York Times v. Sullivan kararında yanlış ifadelerin korunması için öne sürülen gerekçe ile Falwell kararında belirtilen yanlış ifadelerle nefes alacakları bir yer sağlanmasının gerekçesi aynıdır. Sadece doğru ifadelerin yasayla koruma altına alınması, açık herhangi bir baskı bulunmasa bile, bir kendi kendini sansürleme riskini ortaya çıkarabilecektir. Bu durumda sadece doğru ifadeleri yasal olarak koruyan bir hukuk sisteminin, gerçeği eksik korumayı göze aldığı söylenebilir. Diğer yandan Falwell kararında belirtildiği gibi yanlış ifadelerle nefes alma yeri bırakıldığı sistemlerde de netice olarak yanlış ifadelerin yasal korumadan faydalanabileceği riski ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da hata kaçınılmaz olmakla beraber hangi sistemin gerçeğe ulaşmada daha az zararlı olduğuna nasıl karar verileceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Doğrunun eksikliğinden dolayı yanlışın varlığını tercih eden görüşe sahip olanların gerekçesi, insanların karar verirken doğruların eksikliğinin yanlışların varlığından daha fazla etkisi olduğu şeklindeki görüşleridir. Ancak Mill'in ileri sürdüğü doğru ve yanlış ifadelerin rekabetinin yarar getireceğine inananların sayısı çok az olup, pek çok kişi yanlış ifadelerin galip gelmesinden korkmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi de zaman içinde Millci yaklaşımını değiştirmiştir. Bknz. Wojciech Sadurski, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, ss. 3-16.

bir durum ortaya çıkabilir. Bu halde ikinci durumdaki ifadenin korunmasının, ilkinde kıyasla daha düşük bir koruma olması beklenir⁵⁴. Mill'in bu yaklaşımı ikinci bölümde daha detaylı incelenecek olan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (ABD Yüksek Mahkemesi) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında önemli rol almıştır.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Bose Corp. v. Consumers Union of United States⁵⁵ kararına göre; Birinci Değişiklik, fikirleri ifade etme özgürlüğünü, bireysel anlamda bir özgürlük olarak görmenin yanında ortak hakikat arayışı ve toplumun hayatta kalması için gerekli varsaymaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi kararıyla ifade özgürlüğünü gerçeğe ulaşmak için elzem gördüğünü belirtmektedir.

Holmes, Schenck v. United States⁵⁶ kararında ifadenin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde korunabileceğini belirtmiştir. Holmes'e göre, ifadenin açıklandığı yer ve zamana göre etkisi değiştiğinden dolayı, normal zaman ve şartlarda korunabilecek bir ifade örneğin bir savaş hali sırasında koruma altında değerlendirilmeyebilir. Bu nedenle ifadenin açıklandığı koşullar ile ciddi zarar oluşturabilecek açık ve mevcut tehlikenin varlığı somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir.

2. Demokrasiye Dayanan Tez

Demokrasiye dayanan tez, demokrasiyi sağlamadaki önemli rolünden dolayı ifade özgürlüğünün korunması gerektiğini ileri sürer. Buna göre, ifade özgürlüğü, demokrasiyi benimsemiş bir devletin, demokrasiye ve ilkelerine uygun şekilde işlemesini sağlar. İfade özgürlüğünü, bir araç olarak görme noktasında gerçeğe ulaşmaya dayanan tezle ortak noktada buluşsa da demokrasiye dayanan tez, adı üstünde demokratik ilkelerin öncelikle kabulünü gerektirmektedir. Gerçeğe ulaşmaya dayanan tezden farklı olarak demokrasi dışındaki otokratik, oligarşik ya da teokratik yönetimlere uygun değildir⁵⁷.

Tez, genel olarak karar verme aşamasında (ve özellikle seçim ile oy verme safhasında) vatandaşların tercihte bulunmalarını etkileyecek bilgiye ulaşmada özgür

⁵⁴ Mill, s. 105-106.

⁵⁵ Bose Corp. v. Consumers Union of United States., Inc., 466 U.S. 485 (1984)

'The First Amendment presupposes that the freedom to speak one's mind is not only an aspect of individual liberty - and thus a good unto itself - but also is essential to the common quest for truth and the vitality of society as a [466 U.S. 485, 504] whole.'

⁵⁶ Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919).

⁵⁷ Schauer s. 51.

olmaları gerektiğini belirtmektedir. Demokrasilerde devletler, meşruluklarını ancak vatandaşların hür kararlarına dayandırarak sağlayabildiklerinden, ifade özgürlüğü vatandaşların hür karar vermesini etkileyen her türlü bilgiye ulaşmak için olmazsa olmazdır⁵⁸. Schauer'e göre tez, bir taraftan seçmenin kararını verebilmesi için gereken bütün bilgiye erişebiliyor olmasını öngörürken, diğer taraftan da halkın yönetenlere isteklerini iletebilmesi bakımından ifade özgürlüğünü desteklemektedir⁵⁹. Dolayısıyla ifade özgürlüğü üzerindeki herhangi bir sınırlama hem halkın bilgiye ulaşmasını hem de halkın yönetenlere isteklerini iletmesini engelleyecek ve neticede demokrasi işlevsiz hale gelecektir⁶⁰.

Tezin önde gelen savunucularından Alexander Meiklejohn'a göre, vatandaşın karar verme sürecini etkileyebilecek bilgi veya haber denildiğinde, toplumu ilgilendiren kamusal tartışmalardan eğitime, sanata, edebiyata, felsefe ve bilime uzanan çok geniş bir alanla karşılaşılmaktadır⁶¹. Dolayısıyla oy verenler, hayatlarını sürdürürken temas ettikleri her alandan etkilenererek oluşturdukları bir fikir altyapısıyla karar verirler. Bu noktada, oy veren kişilerin karar verme sürecini etkileyen farklı alanların, farklı kısıtlamalara maruz kaldığı ve farklı boyutlarda korunması gerektiği ile ilgili çeşitli görüşler vardır⁶².

Bu görüşü savunanlara göre, özgür ve bilgi sahibi bir kamuoyu yoksa, demokrasi hayatta kalamaz⁶³. Herhangi bir konuda serbestçe kanaat sahibi olabilmek, konuşabilmek, tartışabilmek ve bilgi sahibi olabilmek demokrasi için olmazsa olmazdır. Bilgisiz bırakılan ve farklı kanaatlere, eleştirilere, görüşlere ulaşması engellenen vatandaşlardan gerçek bir seçim yapmaları beklenemez. Dolayısıyla ifade özgürlüğü yoksa demokrasiden bahsedilemez⁶⁴. İfade özgürlüğü bulunmadığı ya da sınırlandırıldığı bir toplum, demokratik bir toplum değildir⁶⁵.

Demokrasiye dayanan teze göre, demokratik toplum için vazgeçilmez olan yetkililerin uygulama ve kararlarına eleştiri yöneltilmesi ve bu karar ve uygulamalara ilişkin sorular sorulması ancak ifade özgürlüğü ile mümkün olabilir⁶⁶. Bağımsız, serbest bir kamuoyunun sağlanması ve bu ortamda halkın tüm seçenekleri özgürce tartışarak kararını vermesiyle halkın en geniş anlamda yönetime katılımı

⁵⁸ Sadurski, s. 22.

⁵⁹ Schauer s. 56.

⁶⁰ Tezcan ve diğerleri, s. 450.

⁶¹ Alexander Meiklejohn, **The First Amendment is an Absolute** s.256'dan aktaran Sadurski, s. 23

⁶² Sadurski, s. 23.

⁶³ Klaus Finkelburg, 'Demokraside İfade Özgürlüğü', **Düşünce Özgürlüğü**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Çev. Nihat Üner, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 202.

⁶⁴ Finkelburg, ss. 198-199.

⁶⁵ Finkelburg, s. 204.

⁶⁶ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 23.

gerçekleşebilecektir. Bu bakımdan demokrasiye dayanan tez, toplum için ifade özgürlüğünü zorunlu bir unsur olarak görmektedir⁶⁷.

İfade özgürlüğünün ve özellikle kamu görevlileri ve politikaların eleştirilmesi oldukça önemli olduğu bu teze göre, demokrasi halkın kendi kendini yönetmesi anlayışında olduğundan görünürde yönetici olanlar, asıl yönetici olan halkın kendi kendini yönetmesinde birer aracı, belki de birer hizmetçi olabilir. Bu halde iktidarın ve politikalarının eleştirilmesi doğaldır. Böyle bir ortam da ancak ifade özgürlüğü aracılığıyla sağlanabilir⁶⁸.

Demokrasiye dayanan tez, bir yandan fikir ve bilgilere erişimin ve geniş bir ifade hürriyetinin sağlanması gerektiğini ileri sürerken, diğer yandan da halkın egemenliğini⁶⁹ savunur. Ancak egemenlik, demokrasiye dayanan tezin hem temel dayanağı hem de en zayıf tarafı olabilir. Bu tez çerçevesinde ileri sürülen bir yaklaşıma göre, halk egemenliğinde, halk, egemenliğin sınırsız gücü ve üstün iradesiyle teorik olarak ifade özgürlüğü de dahil herhangi bir özgürlüğü sınırlayabilir⁷⁰, hatta yine bu sınırsız güç ve üstün irade ile çoğunluğun, azınlığın oy hakkını elinden alması gibi aşırı bir ihtimal bile mümkün olabilir. Bu sebeple ifade özgürlüğünün korunabilmesi için halkın egemenliğine sınırlama getirilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁷¹. Diğer taraftan halkın egemen olduğu bir demokraside özgür ifade ilkesinin varlığından bahsediliyorsa, bu özgür ifade ilkesinin egemenliğin üzerinde bir sınırlama işlevinin olduğu anlamına gelir⁷². Ayrıca bireysel ifade özgürlüğünün desteklenmesi de, bu tez bakımından halkın mutlak egemenliğine yönelik bir sınırlamayı belirtir. Tezin, eşit katılımlı demokrasiyi benimsediği ve bireysel tercih ve ifadelerle önem verdiği belirtilmektedir; ancak bu durumda da halkın egemenliği sınırlanmış olacağından yukarıda belirtilen yaklaşımın kendisiyle çeliştiği sonucu çıkacaktır⁷³. Bir diğer yaklaşıma göre, tam bir demokrasi halinde ve demokrasinin gereklerine uygun şekilde karar verilmesi durumunda ortaya çıkan kısıtlamalar, hükümet tarafından değil, yine oy verenler tarafından gerçekleştirilmiş olur ve kendi kendini yönetme dolayısıyla kendi kendini sınırlama ortaya çıkar⁷⁴. Bu yaklaşım, toplumun yüzde altmışının kararıyla alınan bir sınırlama örneği üzerinden

⁶⁷ Tezcan ve diğerleri, s. 450.

⁶⁸ Schauer ss. 52, 56.

⁶⁹ Demokrasiye dayanan tezin egemen olanın seçmen olduğu görüşü etrafında şekillendiği hakkında bknz. Schauer, ss. 51-67.

⁷⁰ Schauer, s. 58.

⁷¹ Arslan, s. 7.

⁷² Schauer s. 58.

⁷³ Schauer s. 60.

⁷⁴ Sadurski, s. 26.

değerlendirmeye alındığında, bu yüzde altmış çoğunluğun kendi kendini sınırladığı söylenebilir. Diğer taraftan kalan yüzde kırk için bir kendi kendini sınırlama halinden bahsedilemez. Bu halde bu yaklaşım demokrasiyi desteklemesi bakımından gerçek anlamda kendi kendini yönetmeyle bağdaşmamaktadır⁷⁵. Bir toplumda çoğunluğun kararıyla ortaya çıkan 'iyiyi', toplumun genelinin kabul etmek zorunda kalması, çoğunluğun tercihleriyle aynı tercihte bulunmayanlar bakımından bir ifade özgürlüğü ihlali oluşturabilir. Burada başa dönecek olursa, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun oluşması için olmazsa olmaz bir unsur olduğu, ifade özgürlüğünün demokratik bir devlette demokrasinin ve ilkelerinin çalışması ve çalışmaya devam etmesi için çok önemli bir araç olduğundan bahseden tezin, sonuçta ifade özgürlüğünü ihlal eden bir noktaya gelme ihtimali, ifade özgürlüğünün korunmasındaki gerekçelerin sağlamlığı bakımından tartışılabilir⁷⁶.

Demokrasiye dayanan tez, her ne kadar demokratik bir toplumda kanaatin ve kamusal tartışma ortamının oluşabilmesinin ancak ifade özgürlüğü ile mümkün olabileceğini⁷⁷ ve özellikle kamu görevlileri ve politikaların eleştirilmesinin oldukça önemli olduğunu⁷⁸ belirtmekteyse de bir 'özgür ifade ilkesi'nden bahsedilebilmesi için yeterli savunmayı sağlayamadığı belirtilmektedir⁷⁹. Diğer bir deyişle, demokrasiye dayanan tez bir özgür ifade ilkesi için yeterli gerekçe sunamadığını ifade eden görüşler bulunmaktadır. Demokratik toplumlarda yasa koyucuların seçilmelerini etkileyecek faktörlere odaklanacaklarını iddia eden bir görüşe göre, kanun koyucuların seçilmek için o dönemde baskın olan çoğunluk grupların etkisi altına girebileceği belirtilmektedir. Bununla beraber, yargı mensupları da baskıya ve etki altına alınmaya açık olabilmektedir. Bu şekilde çoğunluğun etki ve baskısıyla yapılan anayasaların ise azınlıkların haklarını koruyacağına güvenilemeyecektir. Dolayısıyla anayasal düzeyde korunan haklardan da bahsedilemeyecek ve daha üst seviyede korunma seçeneği de bulunmadığından mecburi bir güvensizlik oluşacaktır. Ancak nihai çoğunluğun kararıyla yapılan anayasal haklara güvenilmesi halinde, çoğunluğun kararına güvenilebilir. Söz konusu görüş, kanun koyucu ve yargı mensuplarının çevrelerinden etkilenebilir olması, konuları dolayısıyla ifadenin zararı ile ilgili farklı kararlar verebilecekleri, azınlıklara karşı olan tutumları vb. çok sayıda faktöre bağlı bir takım iddialar ileri sürmektedir. Bu görüş konuyu çok geniş ele alması, pek çok

⁷⁵ Schauer, s. 58.

⁷⁶ Sadurski, ss. 28-29.

⁷⁷ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 22.

⁷⁸ Schauer s. 52.

⁷⁹ Schauer s. 64.

değişkene bağlı olması ve bağımsız özgür ifade ilkesi için yeterli gerekçe ileri sürememesi nedenleriyle eleştirilmiştir. Diğer yandan kanun koyucu o dönemin koşullarına uygun yasama faaliyetlerinde bulunuyor olabilir. Ancak getirilen ifade hürriyeti kısıtlamaları getirildiği dönemin koşullarına uygun olsa da, sonraki dönemlerde farklı etki gösterebilir. Değişen koşullarla birlikte sınırlamalar da artık öncekinden farklı şeyleri belirtmeye başlar ve bunun sonucu olarak sınırlamalar kendi değişimini zorunlu hale getirir. O zaman demokrasilerde kanun koyma sürecinde daha sonra değişiklik yapılması ihtimali her zaman bulunduğundan ileriye düşünerek hareket edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple kamuya ilişkin ifadelere getirilecek sınırlamalar, diğerlerine göre daha risklidir ve sıradan işleyiştan daha güçlü gerekçeler gerektirmektedir denilebilir⁸⁰.

Demokrasiye dayanan tez, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Whitney v. California kararında yargıç Brandeis'in ayrık oyunda kendisine yer bulmuştur. Brandeis'e göre, bağımsızlığı kazananlar, istenildiği gibi düşünme ve düşündüğünü ifade etme özgürlüklerinin siyasal gerçeğin keşfedilmesi ve yayılması için vazgeçilmez bir araç olduğuna, özgürlüğe karşı en büyük tehdidin pasifleştirilmiş bir halk olduğuna, bir konunun kamuoyunda tartışılmasının siyasal bir görev olduğuna ve ifade özgürlüğünün hükümetin temel ilkelerinden biri olması gerektiğine inanıyorlardı⁸¹.

İHAM, Handyside v. United Kingdom kararında yapmış olduğu tespitleri ilgili kararlarında tekrar etmiştir. Mahkeme, sahip olduğu denetleme yetkisi çerçevesinde, demokratik ilkeler konusunda oldukça hassas olmak zorunda hissetmektedir. Bu kararda Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temeli olduğunu, toplumun ilerlemesinin ve toplumun her bir bireyinin gelişmesinin esaslarından biri olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü sadece lehte ve zararsız görülen haber ve ifadeleri değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı veya rahatsız edici haber ve düşünceleri de korumaktadır. Ayrıca Mahkeme çoğulculuk, açık fikirlik ve hoşgörünün demokratik bir toplumda vazgeçilmez unsurlar olduğunu ifade etmiştir⁸².

3. Bireysel Özerkliğe Dayanan Tez

Gerçeğe ulaşmaya dayanan ve demokrasiye dayanan tezlerde bireyden çok toplum ön plandayken, bireysel özerkliğe dayanan tezde liberal teorinin de etkisiyle

⁸⁰ Sadurski, ss. 35-37

⁸¹ Yargıç Brandeis'in ayrık oyu, Whitney v. California, 274 US 375 (1927).

⁸² Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07/12/1976, para. 49.

birey öne çıkmaktadır. Bireysel özerkliğe dayanan tez ifade özgürlüğünü, bir araç olarak görmekten çok kendiliğinden iyi olan nihai bir amaç olarak görür⁸³. İfade özgürlüğü ile birey arasında bağlantı kuran teze göre birey, ancak kendini ifade edebilirse kendini gerçekleştirebilir, kendini gerçekleştirebilirse de kişiliğini geliştirebilir. Bu bakımdan ifade özgürlüğü bireyin gelişimi için önemlidir. Bu sebeple bu özgürlüğe getirilecek bir kısıtlama bireyin gelişimini olumsuz etkileyecektir⁸⁴.

Tezin ortaya çıkmasında oldukça etkili olan liberal teori, bireye, bireyin haklarına, bireyler arası farklılıklara ve çeşitliğe önem vermektedir. Bireyin tercihleri ve bireyler arası farklılıklar sebebiyle karşılaşılan engellerin kaldırılması ile bu sebeplerle zedelenen bireysel itibarın korunması liberal teorinin çalışma alanındadır. Bu noktada liberal teoriden etkilenen bireysel özerkliğe dayanan tez, gerçeğe ulaşmaya ve demokrasiye dayanan tezin altında yatan toplumsal değerlerden ayrılmakta ve bireyi merkeze koymaktadır. Ferdi tercihlere saygı gösterme, kişilerin farklı tercihlerde bulunulmasına izin verme veya kişileri farklı tercih yapmak hususunda gayretlendirmenin bu tez için önemlidir. Mill'e göre, insanlar kusursuz olmadığından başka düşüncelerin var olması nasıl yararlıysa, başka hayat tarzlarının var olması da aynı şekilde önemlidir. Başkalarına zarar vermemek koşuluyla bireylerin farklılıklarına eşit özgür faaliyet alanı tanımlanmalıdır⁸⁵.

Bu tezi savunanlara göre, bireylerin kanaatlerinin farklı olması, farklı alternatiflerin ve bunların sağlayacağı yararları ve belki de bazı görüşlerin de yanlışlığını veya güçsüzlüğünü göstermekte oldukça yararlı olabilir. Ancak bu haliyle tezi farklılığa dayandırmak, gerçeğe ulaşmaya dayanan tezin benzer bir versiyonu olmaktan öteye geçiremeyecektir⁸⁶. Bireysel özerkliğe dayandırılan tezin ifade özgürlüğü vurgusu, hem birey devlet arasındaki sınırın korunması hem de bireyin kendini ifade etmesi ve gerçekleştirmesi durumu olan eylem otonomisine sahip olması bakımından önemlidir. Bununla beraber liberal teorinin de etkisiyle tez kişinin kendini ifade etmesi ve gerçekleştirmesi durumu olan eylem otonomisine önem vermektedir. Dolayısıyla tez, bu amaçlara ulaşılabilmesinin ancak ifade özgürlüğünün sağlanması ile mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bu bakımdan bireysel özerkliğe dayanan tezin; gerçeğe ulaşmaya dayanan ve demokrasiye dayanan tezden farklı olarak ifade özgürlüğünü araç olarak gördüğü söylenebilir. Liberal teorinin ve etkilediği bireysel özerkliğe dayanan tezin oldukça önem verdiği bireyin kendini geliştirmesi ve

⁸³ Schauer, s. 71.

⁸⁴ Erdoğan, İfade Özgürlüğü, s. 24.

⁸⁵ Mill, s. 106.

⁸⁶ Schauer, ss. 88-96.

gerçekleştirmesinin ancak toplumla etkileşimi ile sağlanabileceği, bunun için de ifade özgürlüğünün şart olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, bireyin kendi amaçlarını gerçekleştirmesine vurgu yapan tez, bunu bireyin kendisini için tanıması, yeteneklerini geliştirebilmesi ve amaçlarını gerçekleştirebilmesi için olmazsa olmaz olan ifade hürriyetine bağlar⁸⁷.

Tezin etkilerini hem ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında hem de İHAM kararlarında görmek mümkündür. Mahkemesi'nin Whitney v. California kararında Yargıç Brandeis'in karşı oyunda bağımsızlığı kazananların bireylerin kendi görüşlerini serbestçe edinmelerinin sağlanmasının devletin temel amacı olduğuna inandıklarını ve ifade özgürlüğüne hem araç hem de amaç olarak değer verdiklerini ifade etmiştir⁸⁸. İHAM'ın ifade özgürlüğü kararlarında atıfta bulunduğu Handyside v. UK. kararında Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temeli olduğunu, toplumun ilerlemesinin ve toplumun her bir bireyinin gelişmesinin esaslarından biri olduğunu belirtmiştir⁸⁹.

II. NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMI

A. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1. Kavramın Ortaya Çıkışı

Tarihsel süreçte nefret söylemi ile ilgili düzenlemelerin; isyana teşvik eden ifadeleri düzenleme, sosyalist yaklaşımları yasaklama, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, ırkçı ifadeleri ve Yahudi soykırımının inkarını yasaklama amacıyla yapıldığı söylenebilir⁹⁰. Nefretin yasal olarak yasaklandığı en eski düzenlemeler; kralı, hükümeti ya da düzeni aşağılayan ya da onlara karşı nefreti teşvik eden yazıları yasaklayan Anglosakson hukuk sistemindeki isyana teşvik yasalarıdır⁹¹.

Avrupa'daki devletlerin çoğunda görülen, toplumda servete dayalı kin propagandası yapmayı amaçlayan, devletin mevcut düzenini yıkmak için halkı şiddete

⁸⁷ Sadurski, s. 16.

⁸⁸Yargıç Brandeis'in ayrık oyu, Whitney v. California, 274 US 375 (1927).

⁸⁹ Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

⁹⁰ Ezgi Gül Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 15.

⁹¹ Robert Post, 'Hate Speech', **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford University Press, NewYork 2009, (Hate Speech), ss.124-125.; Özlü, s. 15.

yönlendiren sosyalist propaganda ve sosyalist hareketlerin yasaklanması da nefret söylemi ile ilgili yapılmış düzenlemeler arasında sayılabilir⁹².

Birinci Dünya Savaşı'ndan önce, genellikle, toplumun geneli tarafından kabul edilen değerlere⁹³ aykırı görülen veya sınıf mücadelesini kışkırtıcı söylemlerin çoğu yasaklanmışken; ırkçı, etnik ve dini azınlıkları hedefleyen söylemler hakkında herhangi bir kısıtlama öngörülmemiştir⁹⁴. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Milletler Cemiyetinin kurulması sırasında, Japon İmparatorluğu, Milletler Cemiyeti Tüzüğüne bir ırk eşitliği bildirisi yazılması talebinde bulunmuştur. ırkçı nefret söylemlerinin bastırılmasına ve ırksal eşitliğin sağlanmasına yönelik bu teklif sömürgeci anlayışı devam ettiren devletler tarafından kabul edilmemiştir⁹⁵.

Bununla beraber, 1930'larda yükselen Nazi güçlerine tepki olarak Fransa ve Amerika'daki birkaç eyalette nefret söylemini yasaklayan bazı düzenlemeler yapılsa da ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra nefret söyleminin bugünkü anlamına benzeyen düzenlemelere rastlanabilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri sebebiyle duyulan endişelerin artmasıyla özellikle Nazi faaliyetlerine çok çeşitli yasal ve anayasal kısıtlamalar getirildiyse bile nefret söylemi ile ilgili düzenlemelerde 1960'lara kadar büyük bir artış gerçekleşmemiştir⁹⁶. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarihli kararı ile kabul edilen Her Türlü ırk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme⁹⁷, devletlere özellikle ırkçı nefret söylemine ilişkin yasaları iç hukuklarında düzenlemeleri hakkında

⁹² Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 88.

⁹³ Bu dönemde siyasal sistemdeki tüm değerlere ve dine bağlılık oldukça önemlidir. Özellikle krala, hükümete, devlet düzenine veya dine yönelik herhangi bir eleştiri oldukça radikal görülmekte ve toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmemektedir.

⁹⁴ Robert Kahl, 'Holocaust Denial and Hate Speech', **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 79.

⁹⁵ Kevin Boyle, 'Hate Speech: The United States Versus The Rest Of The World?', **Maine Law Review**, Volume: 53, Number: 2, Article:7, June 2001, s. 492.

⁹⁶ Kahl, s. 80.

⁹⁷ **Madde 4:** Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme'nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,

a) ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.

b) ırk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katılımı yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.

c) Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.

pozitif bir görev yüklenmiştir⁹⁸. Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli kararıyla kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁹⁹ ile ifade özgürlüğünün ırksal, ulusal veya dini nefreti savunan yorumları kapsamadığına hükmedilmiştir. Daha yakın zamanlar için, Avrupa'daki mahkemelerin, devletlerin nefret söylemi ve Yahudi soykırımını inkara ilişkin yasaklarını desteklemek için İHAS m.17'yi kullandığı belirtilmiştir. İHAS m.17, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan eylemlere yönelik hak korumalarını kaldıran ve bu hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamayı amaçlayan bir düzenlemedir¹⁰⁰.

ABD ve Avrupa sistemlerinde nefret söylemine ilişkin yaklaşım farklı seyretilmiştir. Her ne kadar tarihsel süreçteki eğilimler ve gelişmeler benzer olsa da özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde aradaki fark belirginleşmeye başlamıştır. 20. yüzyılın başlarında Avrupa'da olduğu gibi ABD'de de devletin varlığına karşı tehdit olarak görülen komünizme karşı bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Bununla beraber ABD'de soykırımdan kaçan Yahudilerin kabul edilmesine rağmen, azımsanmayacak boyutta antisemitizm görülmüştür. Avrupa'dan farklı olarak siyahi kesime yöneltilen düşmanlık köleliğin kaldırılmasından sonra da bir müddet devam etmiştir. ABD'de 19. yüzyıl boyunca komünist propaganda ve ırkçılıkla mücadele bağlamında çok sayıda yasal düzenleme yapılmış, özellikle köleliğin kaldırılması ve ırk eşitliğinin sağlanması için çalışmaların yapıldığı görülmüştür¹⁰¹.

Avrupa'da görülen ırkçı söylemlerin yaptırıma bağlanmasındaki duyarlılık, Amerika'da görülmemiştir ve her iki sistemde nefret söyleminin yaptırıma bağlanması süreci farklı seyretilmiştir. Şöyle ki nefret söylemi ile ilgili ABD'de, Avrupa'da görüldüğünden farklı olarak, ırkçı söylemlere ilişkin özel bir kategori oluşturulmamıştır ve komünist propagandaya ve ırkçı söylemlere benzer yaptırımlar uygulanmıştır. Avrupa'da ise sosyalizmin artık bir tehdit teşkil etmediği kanaatinin oluşmasıyla beraber, komünist propaganda ifade özgürlüğünün korunmasından faydalanmaya

⁹⁸ Bununla beraber daha pek çok bağlayıcı metinde, çeşitli biçimlerde nefret suçu ile ilgili düzenleme bulunmaktadır. Ancak çalışmanın konusunu nefret suçu değil, nefret söylemi oluşturduğundan dolayı nefret suçu konusuna değinilmemiştir.

⁹⁹ **Madde 20:**

(1) Her türlü savaş propagandası yasalarla yasaklanır.

(2) Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır.

¹⁰⁰ Kahl, ss. 80-81.

MADDE 17 Hakları kötüye kullanma yasağı: Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

¹⁰¹ Aydın, ss. 89-96.

başlamıştır. Ancak ırkçı söylemler ile komünist propaganda birbirinden ayrı tutulduğundan ırkçı ifadeler bu korumadan faydalanamamıştır. ABD’de ise komünist propaganda ile ırkçı söylemler arasında böyle bir ayırım yapılmadığından, Avrupa’dan farklı olarak bazı ırkçı söylemlerin de zamanla komünist propaganda ile beraber ifade özgürlüğünün korumasından yararlandığı görülmüştür¹⁰². Bu konudaki gelişim ikinci bölümde kapsamlı olarak incelenecektir.

2. Kavramı Tanımlama Zorluğu

Nefret söyleminin¹⁰³ kışkırtmadan nefrete, tacize, aşağılamaya, hakaret etmeye, saldırgan ifadelerle hatta önyargılı olmanın ve taraflılığın aşırı örneklerine kadar uzanan geniş bir yelpazeye işaret edebileceği de belirtilmektedir¹⁰⁴. Ancak üzerinde uzlaşmış ve uluslararası boyutta bağlayıcı bir belgede bir tanıma yer verilmemiş olunması ve kapsamı ile ilgili belirsizliklerin bulunması, kavramın bugün dahi tanımlanmasını zorlaştırmaktadır¹⁰⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli R (97) 20 sayılı tavsiye kararında nefret söylemi ile ilgili tanım oldukça önemlidir. Buna göre nefret söyleminin, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer her türlü nefret biçimini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsadığını belirtmiştir¹⁰⁶. Avrupa Konseyi tarafından belirtilen tanıma göre nefret söyleminin, genel olarak ırk veya etnik kökene dayalı nefret ya da yabancı düşmanlığı veya antisemitizm etrafında şekillendiği görülmektedir. Ancak günümüzde ayrımcılık pek çok farklı alanda gündeme gelebildiğinden, nefret söyleminin belirtilen bu çerçevede dışında din-inanç, cinsiyet, engellilik, yaş gibi farklı temellerde görülebilmesi de söz konusu olabilmektedir¹⁰⁷.

İHAM tarafından kesin bir tanım yapılmamış olsa da Mahkeme kararlarında ‘*Uluslararası araçlar ve mahkemenin bu yöndeki içtihatları ışığında AİHM,*

¹⁰² Aydın, ss. 89-96, Özlü, s. 33.

¹⁰³ Nefret söylemi’ terim olarak, uluslararası geçerlilik kazanmış bir Amerikan ifadesi olduğu ve daha önceleri aynı kavram için sıklıkla ‘nefret propagandası’ terimi kullanılmakta olduğu belirtilmektedir. Bknz. Boyle, s. 489.

¹⁰⁴ Tarlach McGonagle, “A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering ‘Hate Speech’”, *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Ed: Michael Herz, Peter Molnar, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 457.

¹⁰⁵ Ulaş Karan, ‘Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk’, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Ed. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, (Nefret içerikli ifadeler), s. 84.

¹⁰⁶ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech”

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b (E.T.:28/03/2021)

¹⁰⁷ Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 85.

hoşgörünün ve tüm bireylerin yasal saygınlığının demokratik ve çoğulcu bir toplumun temel esaslarını oluşturduğunun altını çizmektedir. Prensip olarak demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe (dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere) dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimine’ atıf yapmaktadır¹⁰⁸.

Pek çok devlet bu türde ifadeleri yasaklayan düzenlemeler yapmış olsa da yasaklanan ifadelere ilişkin tanımlar birbirinden farklıdır¹⁰⁹. Ancak bu durum, nefret söyleminin ana hatlarını belirlemeye engel görülmemektedir. Devletler, yasaları uygularken farklı konuşma biçimlerini yasaklamıştır. Bu konuşma biçimlerinden bazıları harekete geçme olmaksızın bir görüşü ifade etme ve bunu savunma şeklindeyken, bazıları hakaret ve aşağılama içerir ancak tehdit edici değildir, bazı konuşma biçimleri de bir gruptan hoşlanmamayı ifade eder ancak nefret içermez¹¹⁰. Diğer bir deyişle söylemler, nefret söylemi olarak değerlendirilmeksizin de rahatsız edici olabilir ve kabul edilemez bulunabilir. Burada kastedilen, nefret söyleminin de kabul edilemez bir konuşma biçimi olduğu belirtilmekle beraber, diğer hakaret, küfür içerikli veya aşağılayıcı nitelikteki konuşma biçimlerinden ayrı olduğudur. Bu ayrımın yapılmasının kavram karışıklığının engellenmesinde önemli olduğu belirtilmektedir. Aksi halde, nefret söylemi çokça kavramsal karışıklığa sebep olabileceği gibi, incitici ve nezaketsiz söylemleri de kapsayacak şekilde alanı genişleyebilir ve neticede ifade özgürlüğü ölçüsüz, keyfi sınırlanma tehlikesiyle karşılaşabilir. Diğer taraftan kavramın netleştirilmesiyle nefret söylemi ile diğer hakaret içeren, aşağılayıcı konuşma biçimleri birbirinden ayrılabilceği ve diğer konuşma biçimleri yasaklanmadan nefret söylemi yasaklanabileceği belirtilmektedir. Bununla ifade edilmek istenen hakaret, aşağılayıcı vb. içerikli söylemlerin yasaklanmayacağı değil yasaklama gerekçelerinin farklı olduğudur¹¹¹. Diğer bir deyişle nefret söyleminin yasaklanmasına ilişkin gerekçeler diğer kabul edilemez görülen konuşma biçimlerinden farklıdır ve bu ayrımın netleştirilmesi ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından oldukça önemlidir.

Nefret söylemi kavramı ile ilgili doktrinde yer alan çeşitli tanımlardan birine göre, nefret söylemi en temel haliyle hedeflenen gruba mensup olanların ortak özelliğine dayanılarak birey veya gruba yöneltilen nefret ifadesidir¹¹². Smolla'ya göre,

¹⁰⁸ Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, 14.06.2004, para. 40.

¹⁰⁹ Anne Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Çev. Metin Çulhaoğlu, Avrupa Konseyi, 2009, s. 3.

¹¹⁰ Parekh, s. 214.

¹¹¹ Parekh, s. 214.

¹¹² James Weinstein, Ivan Hare Ed., 'General Introduction: Free Speech, Democracy and the Suppression of Extreme Speech Past and Present', **Extreme Speech and Democracy**, Oxford University Press, NewYork 2009, s. 4.

nefret söylemi genel olarak ırk, etnisite, din, cinsel yönelim ve tercihleri baz alan saldırı nitelikli ifadelerdir¹¹³. Başka bir tanıma göre, nefret söylemi, belirli bir takım özelliklerle ayırt edilen kişilere karşı nefretin ifade edilmesi, savunulması, teşvik edilmesi ya da kışkırtılmasıdır. Sevmeme, hoşlanmama ya da saygısızlıktan ziyade düşmanlık, zarar verme, yok etme arzusu, söylemin muhataplarının sessizleştirilmesi/pasifleştirilmesi veya aktif ya da pasif biçimde muhabata savaş açma anlamına gelir¹¹⁴. Weber'e göre, nefret söylemi kavramı; ırkçı nefreti, yabancı ya da Yahudi düşmanlığını ifade eden veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli olanlara karşı saldırgan, ayrımcı, ulusalcı ve etnik merkezci olan söylemler olabileceği gibi düşmanlık şeklinde ifade edilen, dini hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayanan başka nefret biçimlerini kışkırtan, teşvik eden, yayan veya meşru gösteren her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Bu anlamda “nefret söylemi” muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır¹¹⁵.

Kapsamının belirlenmesi bakımından da doktrinde bir uzlaşma olmayan nefret söyleminin yasaklanıp yasaklanmayacağına, yasaklanacaksa nasıl veya ne ölçüde yasaklanacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu değerlendirme yapılırken kimin, ne tür bir davranışın, nerede ve hangi şartlar altında nefret söylemi olarak görüleceği noktasında bir netlik yoktur.¹¹⁶ Örneğin nefret söyleminde bulunan kişinin toplum içerisindeki konumu, nefret söylemi kendisine yöneltilen grubun toplumda azınlık olması veya nefretin, nüfusun çoğunluğunu teşkil eden kitleye yöneltilmesi durumlarında söylemler hakkında yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa nasıl bir yaptırım uygulanacağı ile ilgili hemen herkes tarafından benimsenebilecek bir cevap bulmak zordur¹¹⁷.

Diğer taraftan ne tür bir davranışın nefret söylemi olarak görüleceği de oldukça önemlidir. Günümüzde nefret söyleminin her zaman Nazi dönemindeki gibi apaçık ve kaba şekilde ortaya çıkmaması gösterilebilir. Şöyle ki, özellikle soykırım sonrasında getirilen güçlü yasaklamalardan dolayı nefret söyleminde bulunanların daha incelikli ve açıkça anlaşılmayacak şekilde söylemde bulunmayı tercih ettiği belirtilmektedir. Bu bakımdan kaba ve ırkçı aşağılama ve hakaret içerikli nefret söylemlerinin şekil olarak; açıkça aşağılama veya hakaret içermeyen ancak zımni veya imada bulunan nefret

¹¹³ Rodney A. Smolla, 'Academic Freedom, Hate Speech, and the Idea of a University', **Law and Contemporary Problems**, 1990, Cilt 53, Sayı 3. s. 195.

¹¹⁴ Parekh, s. 214.

¹¹⁵ Weber, s. 3.

¹¹⁶ Michel Rosenfeld, 'Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis', **Cardozo Law Review**, 2002-2003, ss. 1525-1526.

¹¹⁷ Özlü, s. 20.

söylemlerinin içerik olarak nefret söylemi olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan Yahudi soykırımına dair tarihi tartışma ya da siyahilerin beyazlara göre daha fazla suç işlediğine ilişkin bilimsel tartışma adı altında ileri sürülen iddialar günümüzde nefret söyleminin çok farklı şekilde görülebileceğine dair örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁸.

Bununla beraber, söylemin ifade edildiği yer ve şartlar da onun nefret söylemi olarak değerlendirilmesinde etkilidir. Söylemin ifade edildiği ülke, toplum veya kültür yapısı bu bakımdan fark oluşturur. Irkçı konuşmaların etkileri sosyal bir kulüpte ya da halka açık bir alanda gerçekleştirilmesine göre aynı olamaz. Yaşanılan tarihi süreç göz önünde bulundurulduğunda Almanya'da Nazi propagandasının yasaklanmasına etki eden koşullar, ABD bakımından farklı olduğundan aynı tepkinin verilmesi mümkün olmayabilir¹¹⁹.

Parekh'e göre nefret söyleminin temelde üç unsuru bulunmaktadır. Birincisi, nefret söylemi yöneltilen kişinin veya kişi grubunun belirli özellikler taşımasıdır. Diğer bir deyişle herkesten nefret edildiğinin söylenmesi nefret söylemi olarak nitelendirilemez. Aynı zamanda nefret söyleminin oluşması için özellikle bir grup ayrımı da bulunmamaktadır. Buna göre belli özellikleri ortak olarak taşıyan gruba ya da bu grubun üyelerinden birine bu özellik üzerinden söylemde bulunulması gerekir¹²⁰. Nefret söyleminin çerçevesinin çizilmesinde bir diğer unsur, bir takım özelliklerle ayrılan bir grup içindeki kişilere karşı ileri sürülen ifadeler olmasıdır. Grup unsuru önemlidir. Zira bu unsur olmaksızın nefret söyleminden bahsedilemez. Bir kişiyi, bir gruba dahil olmaksızın, nefret içeren şekilde toplumda rencide etmek, değişik mecralarda bu kişi hakkında karalama kampanyası başlatmak veya sürdürmek bu kişinin şahıs haklarına ilişkin bir ihlali gündeme getirebilir. Ancak, bu şahsın bu tür söylemlerle hedef haline getirilmesi ırk, din, dil, etnik kimlik, cinsiyet veya cinsel yönelimi dolayısıyla bir gruba mensubiyeti üzerine gerçekleştirilmişse bu takdirde nefret söyleminden bahsedilebilecektir¹²¹.

İkinci olarak, nefret söylemi muhatabını, toplumun geneli tarafından istenilmeyen olarak görülen özelliklerle damgalar. Bu şekilde damgalanan muhataplar aşağılanmakta, küçük görülmekte, 'normal olmayan' olarak kabul edilmekte hatta kimi zaman düşmanlaştırılmaktadır¹²². Bu istenilmeyen özelliklerin, muhatap grubun doğasında olduğu, bu sebeple kaçınılmaz özellikler olduğu düşünüldüğünden ve

¹¹⁸ Rosenfeld, ss. 1526-1527.

¹¹⁹ Rosenfeld, ss. 1526-1527.

¹²⁰ Parekh, s. 214.

¹²¹ Devrim Kabasakal Badamchi, 'Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Bir Parçası mıdır?', **Felsefe Dünyası Dergisi**, Ankara, S.61, 2015 Yaz, (Nefret Söylemi), s. 58.

¹²² Parekh, s. 214.

herhangi bir şekilde değiştirilmesi mümkün görülmediğinden gruba mensup olanlar daimi bir kınamaya maruz bırakılmaktadır. Bu halde nefret söylemi, bir şahsı veya grubu, belirli özellikleri dolayısıyla onları toplumda aşağı göstermeye çalışan, düşmanlaştıran, sosyal ilişkilerden dışlayan ifade biçimleridir denilebilir¹²³. Nefret söyleminin muhataplarının toplum önünde ayrımcılığı hak eden bir biçimde gösterilmesi amaçlanır ve bu kişilere karşı gösterilen tepkiler normal gösterilmeye çalışılır¹²⁴.

Üçüncü olarak, nefret söyleminin hedefinde bulunanlar sosyal ilişkilerden soyutlanır, güvenilmez, sadakatsiz ve düşman olarak görülürler. Buna dayanılarak yok edilmeleri, kovulmaları, ayrımcılığa maruz kalmaları meşrulaştırılabilir. Burada özellikle söylemin nefrete dayanması gerektiği üzerinde durmasında fayda vardır. Nefret söylemi, yok etme ve şiddetten nemalansa da sonuç itibarıyla bir şiddet ya da kamu düzeninin bozulması mutlaka gerekli değildir. Bunun yanında söylemde bulunanların ya da dinleyenlerin de mutlaka harekete geçmesi beklenmez. Diğer taraftan nefret söylemi genellikle saldırgan, öfkeli veya incitici bir dille ifade edilse de bu da bir gereklilik değildir. Hemen göze çarpmayan, ılımlı, altında bir sebep olmayan bir biçimde de ifade edilebilir. Söylemin içeriği bu noktada önemlidir ve dikkatle incelenmesi gerekir¹²⁵.

Yahudi soykırımının inkarını ya da ırka dayalı aşağılık iddiasını cezalandıran yasalar çoğu zaman problemli bulunmaktadır. Bu sebeple nefret söyleminin, hakkında yapılmış olan yasal düzenlemelerin neredeyse tamamında hoşlanmama veya tiksinti duymaya ilişkin ifadelerle tamamlandığı ve aşırı nefret dolayısıyla müdahalenin haklı gösterildiği ek unsurlarla tanımlandığı görülmektedir. Bu ek unsurlar genel olarak ya nefret söyleminin şeklini ya da şiddet ve ayrımcılık gibi olası zarara neden olma olasılığını vurgular. Dolayısıyla söylemin ifade edilme biçimi ile bir zarara ya da ayrımcılığa sebep olma olasılığı, nefretin varlığını gösterebilir¹²⁶.

Söylemin ifade ediliş tarzından hareket edilen yaklaşımda, ifade rahatsız edici ya da düşmanlık temalı olsa ancak zarar ya da ayrımcılık ortaya çıkarabilme ihtimali bulunmasa bu halde sınırlama fazla sansürcü olabilir. Bununla beraber nefret söylemi zaten doğrudan rahatsız edici ya da incitici ifadeleri karşılamaz. Bu sebeple nefret söyleminin kavramsal çerçevesinin belirlenmesinde daha dar bir yaklaşım benimsenmesi pek çok yaklaşımda da belirtildiği üzere özgür ifade ilkesiyle uygun

¹²³ Parekh, s. 219.

¹²⁴ Badamchi, Nefret Söylemi, s. 58.

¹²⁵ Parekh, s. 214.

¹²⁶ Post, Hate Speech, s. 127.

düşecektir. Sadece ifadenin söyleniş şekline dayanılarak onu nefret söyleminin kapsamına almak fazlasıyla geniş bir çerçeve çizecektir. Bu halde nefret söylemi için ifadenin zarar ya da ayrımcılık ortaya çıkarma olasılığı muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁷.

Her söylem biçimi içinde olduğu tarihi ve kültürel bağlam içinde tam olarak anlaşılabilir. Zararsız ya da masum görünen bir söylem gerçekte öyle olmayabilir ya da başka şartlar altında nefret söylemi olarak değerlendirilebilir. Parekh'e göre, soykırımın inkarı, tek başına dünyanın düz olduğu iddiası gibi bir fikirdir ve dünyanın tepsi gibi düz olduğuna inananlara katlanıldığı gibi bu fikre de katlanılabilir. Ancak Yahudilerin güvenilmezliği, ulaşmak istedikleri amaç için her yolu deneyen kişiler oldukları, hasmane tutumlar sergileyen ve bir arada yaşanılmayacak kişiler olduklarını söyleme anlamına gelen bir soykırım inkarı da söz konusu olabilir. Bu anlamda bu söylem, bir Yahudi ırkının, istenilmeyen veya kabul edilmeyen özelliklere sahip olduğu gerekçesiyle damgalanması ve toplumdan, sosyal ilişkilerden soyutlanması şeklinde nefret söyleminin unsurlarını taşımış olur¹²⁸. Bu sebeple söylemin içinde olduğu bağlamda değerlendirilmesi ve özellikle de içeriğine bakılması önemlidir. Nefret söylemini yalnızca kamu düzenini bozan sonuçlar doğuracak ya da somut şiddet eylemleri ortaya koyacak şekilde tanımlamanın ve yalnızca kamu düzeninin bozulması ya da şiddet eyleminin muhtemel olması halinde yasaklamanın hata olacağı belirtilmektedir¹²⁹.

Kaynakların büyük çoğunluğunda ırk, din ve etnik kimliği temel alan gruplara yönelik nefret söylemine yer verilmiştir. Cinsiyeti veya homofobiyi baz alan nefret içerikli ya da ayrımcılık temelli söylemler de mevcuttur. Ancak Donna Lillian'ın da çalışmasında belirttiği gibi bu alanlardaki nefrete dayalı söylemlere gereken önem verilmemektedir¹³⁰. Burada özellikle netleştirilmesi gereken husus şudur; her cinsiyetçi söylem nefret söylemi değildir. Nefret söyleminden bahsedebilmek için ayrımcılık veya zarar ortaya çıkarma ihtimali bulunması, diğerlerinde nefret ve

¹²⁷ Badamchi, Nefret Söylemi, s. 57.

¹²⁸ Parekh, s. 215.

¹²⁹ Parekh, s. 214.

¹³⁰ Donna Lillian, "A Thorn By Any Other name: Sexist Discourse as Hate Speech, Discourse and Society", **Discourse Society**, 2007, Cilt. 18(6), ss. 736-738.'dan aktaran Badamchi, Nefret Söylemi, s.59.

Lillian'a göre, ayrımcı ve nefret içerikli cinsiyetçi söylemlerin nefret söylemi olarak nitelendirilmemesinin sebebi, ikinci dalga feminizminden sonra Amerika ve İngiltere'de anti-feminist ve yeni muhafazakar politikalar sonucunda ataerkil yaklaşımların yaygınlaşması ve üçüncü dalga feminizm tarafından ikinci dalga feminizme tepki olarak ileri sürülen kadınların farklı ırk, ten rengi, etnik köken, din ve kültüre sahip olduğu görüşüdür. Kadınların tek bir grup olarak idrak edilmezse o zaman kadınlara karşı kullanılan ayrımcı veya nefret içerikli ifade, bir nefret söylemi olarak tanımlanamayacaktır. Çünkü bu durumda kadınlar ait oldukları grubun özelliklerinden dolayı ayrımcı veya nefret içerikli ifadelerle maruz kalmış olmayacaktır.

düşmanlık uyandırma nitelikli olması gerekir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki nefret söylemi bir gecede ortaya çıkmaz. Başlarda kayda değer derecede önem taşımayan ancak az da olsa duyarlılığa sebep olan ve toplumsal yaşamı zaman içinde etkileyecek ifade ve eylemlerin birikmesi ile oluşur¹³¹.

Zarar ya da ayrımcılık ortaya çıkarma olasılığına bakıldığında kavramların bu kavramların belirsizlik içerdiği ve karıştırılabilir olduğu düşünülebilir. Burada zarar için bir hakkın ihlal edilmesi ya da şiddet olasılığı ölçüt olabilir. Diğer bir deyişle ifade sonucunda bir hak ihlal edilmiş ya da şiddet içeren eylemlerine teşvik edilmesi söz konusu olduğunda zarar olasılığı vardır denilebilir. Burada ayrımcılık halinin ortaya çıkması bir hak ihlali olabilir. Ancak bu kavramın daha geniş ele alınmasında fayda vardır¹³². Bir gruba mensubiyet nedeniyle kanun önünde farklı bir muameleye maruz kalmak ayrımcılık oluşturabilir. Bu durum işe alınmada gereken özellikler dışında yapılan bir ayırım olabileceği gibi yine işin gerektirdiği niteliklerden bağımsız şekilde işe son verme ya da benzer gerekçelerle diğer iş arkadaşlarından ayrılarak belirli haklardan mahrum bırakılma şeklinde ortaya çıkabilir¹³³.

B. İfade Özgürlüğü ile Nefret Söylemi Arasındaki İlişki Hakkında İleri Sürülen Görüşler

Nefret söylemi ile ilgili herhangi bir yasaklama, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı, korunacaksa ne ölçüde korunacağı oldukça tartışmalıdır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında temelde iki yaklaşım söz konusudur. Biri bireylerin kendilerini özgür bir biçimde ve herhangi bir sınır olmaksızın ifadesini prensip olarak alan ve ifade özgürlüğünün içerik olarak sınırlandırılmayacağını savunan yaklaşım, diğeri ise bir takım meşru amaçlarla ve bu amaçlarla ölçülü biçimde ifade özgürlüğünün sınırlandırabileceğini savunan yaklaşımdır¹³⁴.

1. Nefret Söyleminin Özgürce İfade Edilmesini Savunan Tezler

Bu başlık altında üzerinde durulacak olan tezler, nefret söyleminin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu, dolayısıyla da ifade özgürlüğü kapsamında tam

¹³¹ Parekh, s. 217.

¹³² Badamchi, Nefret Söylemi, s. 57.

¹³³ Badamchi, Nefret Söylemi, s. 58.

¹³⁴ Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 81.

korunması gerektiğini iddia etmektedir¹³⁵. Nefret söyleminin korunması gereken bir ifade türü olduğu daha pek çok gerekçe ile ileri sürülebiliyor olsa da tez kapsamında diğerlerine nazaran öne çıkan görüşlere yer verilmiştir. Bu tezlerden birkaçına daha önce yer verildiğinden, tekrara düşülmek için bu kısımda tezler nefret söylemi bakımından incelenecektir.

a. Gerçeğe Ulaşma Tezi

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında tam korunması gerektiğini ileri süren görüşlerden ilki, John Stuart Mill'in öncüsü olduğu ve Özgürlük Üzerine adlı eserinde geliştirdiği gerçeğe ulaşma tezidir. İfade özgürlüğünü savunan tezler kısmında gerçeğe ulaşmaya dayanan tez başlığı altında incelediğimiz bu teze göre toplumu rahatsız edici olsa dahi farklı görüşlerin varlığı gerçeğe ulaşmada önemlidir. Tezin öncüsü Mill'e göre ifadesi engellenen bir fikir doğru olabilir. İfadesi engellenen fikir yanlış dahi olsa bir nebze olsun doğruluk içermeye payı vardır ve diğer fikirlerle beraber yine de gerçeğe ulaşmaya katkı sağlayabilir¹³⁶. Bu görüşleriyle Mill, ifadesi engellenen bir fikrin doğru ya da yanlış olduğunun bu sebeple bilinmeyeceğini ve gerçeğe ulaşmak için tam ifade özgürlüğü sağlanmasından başka bir yol bulunmadığını belirtmektedir. Bu tez, nefret söylemi bakımından değerlendirildiğinde kabaca nefret söyleminin de doğru ya da yanlışlığı hakkında hiçbir zaman tam olarak emin olunamayacağından ve gerçeğe ulaşma amacına da zarar vermemek için bu tür ifadenin sınırlanmaması gerektiği söylenilebilir¹³⁷.

İlk bakışta gerçeğe ulaşma tezi nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamından çıkarmıyor olsa da Mill'in zarar prensibi burada önemlidir. Mill'e göre, devletin veya iktidarın, bireylerin fiilleri üzerinde müdahalesini meşru kılacak yegane amaç diğerlerinin zarar görmesinin önüne geçilmesidir¹³⁸. Burada "zarar" ile doğrudan bir zararın veya diğerlerinin haklarının ihlal edilmesinin kastedildiği belirtilmektedir. Böyle bir zarar prensibi ile sınırlama alanı oldukça daralmakta ve pek çok nefret söylemi bu alanın dışında kalmaktadır. Bununla beraber, temel unsurlarından biri nefret, şiddet, ayrımcılık ya da ayrımcılık temelli söylem olan nefret söylemi pek çok durumda duygusal veya psikolojik bir zarar meydana getirmektedir. Nefret söylemine maruz kalan kişilerin zarara uğrama olasılığı veya kendilerine ayrımcılık yapıldığını

¹³⁵ Badamchi, Nefret söylemi, s. 55.

¹³⁶ Mill, ss. 105-106.

¹³⁷ Badamchi, Nefret Söylemi, s. 62.

¹³⁸ Mill, ss. 105-106.

hissetmeleri dahi 'zarar' olarak değerlendirilebilmektedir. Çerçevesi net çizilmemiş bir zarar prensibine nefret söyleminin sınırlandırılmasında yerinde görülmemektedir¹³⁹.

b. Kişisel Gelişim Tezi

Nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında tutan bir diğer tez, kişisel gelişim tezidir. Buna göre, kişilerin kendilerini geliştirebilmeleri için başkaları ile özgür biçimde iletişim kurabilmeleri, fikir alış verişinde bulunabilmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla bu konuda getirilebilecek herhangi bir sınırlama kişisel gelişimi engelleyecektir¹⁴⁰.

Kişisel gelişim tezi iki noktada eleştirilmektedir. Birincisi, ifade özgürlüğü kişisel gelişim için araçsal bir değere sahip olsa bile eğitim, sağlık vs. gibi diğer insan ihtiyaçlarıyla karşılaştırıldığında öncelikli olduğunu tartışmanın zor olmasıdır¹⁴¹. Ek olarak, tez kapsamında kişisel gelişim ile neyin kastedildiği ve kişilerin fikirlerini özgür bir biçimde ifade etmelerin ya da başkalarının fikirlerini duymada özgür olmalarının bu gelişimde nasıl bir etkisi olduğu açık değildir. İkincisi, nefret söylemini kural olarak ifade özgürlüğü olarak kabul eden teori dahi onun bir noktada sınırlandırılacağını öngörürken, kişisel gelişim tezinin nefret söyleminin sınırlandırılması ile ilgili herhangi bir ölçüt sunmamasıdır¹⁴². Raz'ın kişisel gelişim teorisine göre, kültürel çeşitliliğin ve buna bağlı değişik fikirlerin ifadesinin korunması kişilerin kendini geliştirmesi ve özellikle kimlik oluşumu ve gelişimi için önemli olup, farklı kültürlerde yetişen bireyler farklı yaşam tarzlarına sahiptir ve bu farklı yaşam tarzları herhangi bir müdahale olmaksızın eşit olmalıdır. Ona göre ifadeler bireylerin yaşam tarzını yansıtmaktadır ve bu sebeple ifadenin sınırlandırılması, yaşam tarzlarının sınırlandırılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla herhangi bir sansüre izin verilmemesi gerekmektedir¹⁴³. Bu yaklaşım kişisel gelişim konusunda bir miktar aydınlatıcı olsa da hala nefret söyleminin sınırlandırılması noktasında eksik kalmaktadır. Her tür söylem kişisel gelişime katkı sağlamakta mıdır ve tam korunmadan yararlanmalı mıdır? Öyle değilse ne tür söylemler katkı sağlamamaktadır ve bunlar hangi ölçütlere göre sınırlandırılmalıdır? Nefret söylemi bu açıdan hangi konumdadır? Bu sorulara cevap vermekte yetersiz

¹³⁹ Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 62-63.

¹⁴⁰ Eric Barendt, **Freedom of Speech**, Oxford University Press, Second Edition, NewYork, 2005, s. 15.

¹⁴¹ Devrim Kabasakal Badamchi, 'Justifications of Freedom of Speech: Towards a Double-Grounded Naon-Consequentialist Approach', **Philosophy and Social Criticism**, December 2014, (Justifications) Volume:41(9), ss. 6-7.

https://www.researchgate.net/publication/273776741_Justifications_of_freedom_of_speech (E.T.:10/04/2021).

¹⁴² Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 63-64.

¹⁴³ Joseph Raz, 'Free Expression and Personel Identification', **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt.11,No.31991, s.310-311'den aktaran Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 64-65.

olan kişisel gelişim tezi, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı ile ilgili tartışmada net bir katkı sağlayamamaktadır¹⁴⁴.

c. Eşit Özerklik Tezi

Nefret söylemini ifade hürriyeti kapsamında gören bir diğer tez, bireylerin özerk olduğunu ileri süren özerklik tezidir. Buna göre, bireyler eşittir ve seçimlerini yaparken özerktirler. Bu durumun sağlanabilmesi için de bireyler gereken bilgiye ulaşabilmelidirler. Fikirlerin herhangi bir müdahale bulunmadan serbestçe ifade edilmesi, gereken bilgiye erişim ve dolayısıyla da bireysel özerklik için gereklidir. Diğer bir deyişle, özgür ifadenin sağlanması, bireylerin özerk seçimlerde bulunurken karar verebilmeleri için gereken bilgiye erişimlerinde oldukça önemlidir¹⁴⁵.

Bu tezin en önemli savunucularından Mill' e göre, bir fikrin karşıt görüşlere açık olması ancak yine de çürütülememesi dolayısıyla doğruluğunu kabul etmek ile onu eleştiriye kapalı tutarak doğru kabul etmek arasında fark vardır. Bir fikrin doğruluğunun gerekçelendirilmesi için karşıt düşüncelerin ifade edilmesinin ve kanıtlanabilmesinin mümkün olduğu bir ortam sağlanmalıdır. Bunun dışında rasyonel olan başka bir yol yoktur¹⁴⁶. Dworkin'e göre, sırf kamu gücünü kullananlar veya diğer vatandaşların bir görüş ya da yaşam tarzını yanlış bulması sebebiyle bireyler özgürlüklerinden mahrum kalmamalıdır. Onun özerklik anlayışına göre her birey ihlal edilmemesi gereken ahlaki bağımsızlık hakkına sahiptir¹⁴⁷. Scanlon'un 'Millci prensip' olarak adlandırdığı özerklik anlayışına göre, bireylerin fikirlerinin zararlı olduğu ya da bir takım fikirlerin zarara sebep olacağı gerekçesiyle sansür uygulanmamalıdır¹⁴⁸. Bu halde, bireylerin özerkliklerinin sağlanması ve seçimlerini serbestçe yapabilmeleri için nefret söylemi de dahil tüm fikirler ifade edilmeli, bireyler bunlara erişebilmeli ve herhangi bir fikrin ifadesine müdahale edilmemelidir. Dolayısıyla bu tez, nefret söylemini diğer tüm söylemler gibi ifade hürriyetinin kapsamı içinde tutmaktadır¹⁴⁹.

Bu tez en başta tüm ifade türlerini tam koruma altına alarak söylemler arasında ayırım yapmaması bakımından eleştirilmektedir. Diğer taraftan tezin

¹⁴⁴ Badamchi, Justifications ,s. 8.

¹⁴⁵ Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 65-66.

¹⁴⁶ Mill, s. 51.

¹⁴⁷ Ronald Dworkin, ' Is there a Right to Pornography?', **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt. 1, No.2, 1981, s. 194.

¹⁴⁸ Thomas Scanlon, 'A Theory of Freedom of Speech, **The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy**. Cambridge University Press, Cambridge, 1972, s.213'den aktaran Badamchi, Justifications, s. 13.

¹⁴⁹ Badamchi, Nefret Söylemi, s. 66.

savunucularından Scanlon, daha sonraki bir makalesinde, Millci prensibin tüm söylem türleri için geçerli olduğu şeklindeki görüşünden vazgeçmiş, iktidar sahipleri partizan olduğunu ve güvenilir olmadığını belirterek, siyasi söylemin daha yüksek koruma standardına sahip olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁰. Her ne kadar Scanlon siyasal söylem şeklinde ayrı bir söylem kategorisinden bahsetmiş olsa da, böyle bir statü için iktidar sahiplerinin partizan ve güvenilmez olmasından daha güçlü gerekçeler ileri sürülmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵¹.

Bununla beraber tezin, nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında görmekle beraber bu konuda herhangi bir sınırlama öngörmemesi yönünden gerçeğe ulaşma ve kişisel gelişim tezleri gibi eksik kaldığı belirtilmektedir. Söylem türleri arasında ayırım yapmayan ve özellikle de nefret söyleminin sınırlanıp sınırlanmayacağı veya ne ölçüde sınırlanacağı ile ilgili herhangi bir öngörüde bulunmayan tezin nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında tam koruduğu söylenebilir. Ancak nefret söyleminin özgür ifade olarak görülmesi, nefret söylemine muhatap olan kesimlerin özerkliğini ihlal etmektedir ve tezin savunduğu değerlerle çelişki içindedir. Tezin nefret söylemini en azından bir takım şartlar altında sınırlandırma konusunda herhangi bir öneride bulunmaması bakımından eksik kaldığı rahatlıkla söylenebilir¹⁵².

d. Sınırlandırmanın Zararlı Olduğu Tezi

Nefret söylemini ifade hürriyeti kapsamında gören tez, nefret söyleminin sınırlandırılmasının faydadan çok zarar getireceğini ileri sürmektedir. Bu tezin savunucularından Baker'e göre, yasaklama, sorunları daha karmaşık hale getirebilir ve neticede yasaklamayla engellenmek istenenden daha fazla zarar ortaya çıkabilir. Nefret söylemini yasaklamaya odaklanılması, ırkçı söylemlere cevap verme, onları eleştirme vb. faaliyetlere harcanacak enerjiyi azaltır. Tartışma ve eleştiri ortamı olmazsa söylemler dogma halini alabilir ki bu çok daha tehlikeli sonuçlara sebep olabilir. Bu açıdan tezin, Mill'in özgür tartışma ortamına yaptığı vurguya önem verdiği görülmektedir¹⁵³.

Bununla beraber Baker, yasaklamalarla ırkçı söylemin dışlanması sorunun kapsamını ve yerini görmeyi engelleyeceğini belirterek ırkçılıkla mücadelede

¹⁵⁰ Thomas Scanlon, 'Freedom of Speech and Categories of Expression', **The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy**. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, ss. 96-98.

¹⁵¹ Badamchi, Justifications, s. 13.

¹⁵² Badamchi, Nefret Söylemi, s. 67.

¹⁵³ Edwin Baker, "Autonomy and Hate Speech", **Extreme Speech and Democracy**, Der. Ivan Hare and James Weinstein, Oxford University Press, 2009, ss. 150-151.

gerekenleri yapmayı zorlaştıracakları ileri sürmektedir. Nefret söylemlerine maruz kalanların buna rağmen ifade özgürlüğünü savunmalarının gerekçesinin düşmanı tanımayı sağlamaması olduğunu belirtmektedir. Diğer taraftan Baker'a göre nefret söylemi yasaklanırsa, nefret veya ayrımcı içerikli söylemde bulunanlar üzerinde daha fazla baskı olacaktır. İlk etapta bu tür söylemlerin azalması beklense de zaman içinde bu kişiler baskı ve dışlanmışlıkla beraber daha fazla nefret ve düşmanlık içeren eylemlere yöneleceklerdir. Ayrıca Baker, ne tür bir fikir olursa olsun bireylerin fikirlerini tartışmasına getirilecek bir engellenmenin uyuşmazlıklar üzerinde konuşarak değil, şiddet yoluyla bir çözüme varılabileceği inancını uyandıracak kanaatinde olduğunu belirtmektedir. Ona göre sorunların tartışmaya açık olması, ırkçılığın aleni şiddet yoluyla ifade edilmesini azaltacaktır (yine de hala tehlike bulunmaktadır) ve demokratik kültürün gelişimine katkı sağlayacaktır¹⁵⁴.

Baker'a göre, nefret söylemine ilişkin yasaklar getiren ve bunları uygulayan siyasi program yerine ırkçılığın sebeplerine karşı geliştirilecek stratejilere odaklanılmasında fayda vardır. Bununla beraber Baker, dar anlamda olsa dahi nefret söyleminin yasaklanmasının savunulamayacağını belirtmektedir. Buna sebep olarak iktidar sahiplerinin beğenmedikleri konuşmaları bu yasaklamalara dayanarak engelleyebileceklerini belirtmektedir. Ayrıca nefret söylemi yasaklarının, manipüle edilerek, sıklıkla baskın olan grupların eleştirileri ile ezilen gruplar arasından çıkan aktivistleri cezalandırmak için kullanıldığını ifade etmektedir. Diğer taraftan yasaklamaların, gücü elinde bulunduran iktidar sahipleri tarafından yönlendirebileceğini ve nefret söyleminin zarar vereceği düşüncesinin, diğer söylem türlerinin de zarara sebep olabileceği düşüncesini akıllara getirebileceğini ve onların da yasaklanması neticesinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir¹⁵⁵.

Baker'ın gerekçelerine yöneltilecek eleştiriler öncelikle nefret söyleminin yasaklamasına harcanan enerji ve kaynağın, ırkçılıkla mücadeleye kaydırılmasının gerektiğine dair görüşlerine ilişkindir. Nefret söyleminin yasaklanması ile ırkçılıkla mücadele birbirinin alternatifi olmadığı ve her ikisi için de çaba sarf edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı belirtilerek Baker'ın görüşleri eleştirilmektedir. Bununla beraber ırkçılıkla ilgili doğru tespitler yapılabilmesi amacıyla nefret söylemi dahil her türlü söylem için ifade özgürlüğü tanınmasının gerekli olduğuna dair sağlam bir dayanak sunulmadığı belirtilmektedir. Ayrıca yasaklamalardan dolayı nefret söyleminde bulunanların kendilerini dışta bırakılmış hissetme ve bu nedenle

¹⁵⁴ Baker, ss. 152-153.

¹⁵⁵ Baker, s. 154.

kışkırtılacakları çıkarımı, aynı durumun nefret söyleminin muhatapları için de söz konusu olabileceği ifade edilerek eleştirilmektedir. Nefret söylemine maruz kalan kişiler de kendilerini dışta kalmış hissedebilirler ve bu durum onları zarar sonucunu doğuracak başka eylemlere yönlendirebilir. Diğer taraftan uyuşmazlık konusu olan meselelerin müzakere yoluna başvurularak çözülmesi nefret, düşmanlık ya da ayrımcı yaklaşımları yok etmese de azalmasına yardımcı olabilir. Ancak Baker'ın bu iddiasına bir dayanak göstermediği göz önünde bulundurulduğunda, bu hususun belki bir temenni olabileceği değerlendirilmektedir. Bununla beraber iktidar sahiplerinin, sadece nefret söylemine ilişkin bir kısıtlamayı değil, herhangi bir kısıtlamayı kendi çıkarlarına göre kullanmaları olasıdır. Bunun önüne geçilmesi, ayrı bir araştırma konusu olup, iktidarı denetleyen mekanizmaların varlığı ve etkin işleyişi ile mümkün olabilecektir¹⁵⁶.

2. Nefret Söyleminin Sınırlandırılması Gerekliğini Belirten Tezler

İfade özgürlüğünün, genellikle anayasal statüde korunacak derecede önemli olmasına rağmen korunması gereken tek değer olmadığı belirtilmektedir. İnsan haysiyeti, eşitlik, taciz ya da tehdit olmadan yaşamak da korunması beklenen değerler olduğundan ifade özgürlüğü ile bu değerler karşı karşıya geldiğinde dengelenmeleri gerekir. Bu amaçla bir değer diğerini sınırlayabilir ya da içerik ve kapsam bakımından diğeri tarafından da sınırlanabilir¹⁵⁷. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının mümkün olduğunu ileri süren görüşe göre, bazı ifadeler, ifade özgürlüğünün korumasından sınıfsal olarak yararlanamaz, hatta hakkın kötüye kullanılması anlamına bile gelebilir¹⁵⁸.

Bu halde diğer bütün özgürlükler gibi ifade özgürlüğünün de kapsadığı bir alan vardır ve bazı ifadeler ifade özgürlüğünün kapsamına girerken bazı ifadeler giremez. Bir ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı, bu ifadenin sınırlanıp sınırlanamayacağı ile ilgili değerlendirmede önemlidir. Bununla beraber çocuk pornografisi gibi bazı ifadelerin ifade özgürlüğünün kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Irkçı ve nefret içerikli ifadelerin de ifade özgürlüğünün kapsamında olmayan ifadelerden olduğu yönünde görüşler mevcuttur¹⁵⁹. Bu bakımdan nefret

¹⁵⁶ Badamchi, Nefret Söylemi ,ss. 69-70.

¹⁵⁷ Parekh, s. 217.

¹⁵⁸ Oktay Uygun, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları', **Kamu Hukuku İncelemeleri**, XII Levha yayınları, İstanbul 2011, s. 128.

¹⁵⁹ Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 89.

söyleminin ifade özgürlüğü kapsamına alınmaması, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Nefret söyleminin ifade hürriyeti kapsamında korunmaması gerektiğine ilişkin yaklaşıma göre, eğer ifade özgürlüğü genel ahlak, devletin güvenliği, çocuk pornografisi gibi sebeplerle sınırlanıyor ancak nefret söylemine ilişkin herhangi bir sınırlama ileri sürülüyorsa bu durum sadece burada korunmaya değer bir şey görülmediğiyle açıklanabilir. Nefret söylemi yasaklanırsa, bu tür ifadelerin eşitlik ve insan onuruna dayalı demokratik bir toplum anlayışıyla bağdaşmadığı açıkça ortaya konulmuş olacaktır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının suistimal edilmemesi için, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılması ile ilgili güçlü gerekçeler ileri sürülmesi gerekmektedir. Uluslararası insan hakları organlarının, nefret söyleminin insan hakları, eşitlik ve çeşitliliği reddetmesinin yanı sıra hakların yok edilmesine yönelik bir çaba içerisinde bulunduğu şeklinde gerekçeler ileri sürerek ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılması yönünde değerlendirmeleri bulunmaktadır¹⁶⁰.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığına ilişkin görüşler, genel itibarıyla özgür ifadeyi savunmakla birlikte belli bazı şartlar altında ayrımcı, nefret içerikli ya da düşmanlaştırıcı ifadelerin sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, nefret söylemi dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlanması, rahatsız edici, şaşırtıcı veya çarpıcı ifadelerin de sınırlandırılması anlamına gelmez. Aksine İHAS bu türde söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında korumaktadır. Bununla beraber mevcut veya olası şiddet eylemlerine sebep olma ya da muhataplarını bu yönde tedirgin edebilecek ifadelerin de sınırlandırılması gerektiğini belirtilmektedir¹⁶¹. Nefret söyleminin sebep olduğu yaşanan insan hakları ihlalleri düşünüldüğünde sınırlandırılması için somut bir eylemin aranmasının da gerekli olmadığı anlaşılabilecektir. Ayrıca nefret söyleminin muhatabı olan azınlık gruplar, nefret söyleminin yayılmasıyla daha da içlerine kapanabilirler¹⁶².

Bununla beraber, demokratik bir toplumda farklı kimliklere saygı duyulması beklendiğinden bazı özgürlüklere sınırlama getirilebilir. Nefret içerikli söylemlerin, bu söylemlere maruz kalan kişilere karşı şiddeti teşvik edebileceği veya bir başka zarara sebep olabileceği belirtilmektedir¹⁶³. Dezavantajlı durumda olan nefret söylemi

¹⁶⁰ Karan, Nefret içerikli ifadeler, ss. 82-83.

¹⁶¹ Parekh, s. 214.

¹⁶² Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 82.

¹⁶³ Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 89.

muhataplarının, tek başlarına bu söylemlerle mücadele etmesi oldukça zor olduğundan, devlet tarafından nefret söyleminin sınırlanması beklenir¹⁶⁴.

Tezin bu kısmında nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunmaması gerektiğini ileri süren tezler ve gerekçeleri incelenecektir.

a. Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğünün Özerklik Prensiplerini Reddettiğine Dayanan Tez

Özerklik (autonomy) dışarıdan bir etki, müdahale bulunmaksızın kişinin seçimlerini yapması, kendi kararlarını vermesidir. Diğer bir deyişle kişi eğer özerkse, hayatı kendi kontrolünde ve kişinin tercihleri dışsal bir müdahale ile belirlenmiyor demektir. Ancak bu tanımlamayla çok az kişi için özerk olduğu söylenebilecektir. Diğer bazı düşünürler tarafından ise, düşünerek ve rasyonel biçimde kararlar alabilen kişilerin özerk olduğu anlayışı benimsenmiştir. Mill tarafından da sıklıkla belirtilen bireysellikten kastedilenin özerklik olduğu ve kişinin içinde bulunduğu topluma hakim olan düşünce, fikir ve kanaatlerle sınırlı olmayıp onları aşabilmesi ve kendi yolunu çizebilmesinin bunun göstergesi olduğu belirtilmektedir¹⁶⁵.

Nefret söyleminin, özerkliğe dayanarak sınırlandırılması gerektiğini ileri sürenler iki sebep ileri sürmektedir. Birincisi, nefret söyleminin sınırlandırılması gerektiğinden bahsedildiğinde öncelikle ifade özgürlüğünün önemi ve buna ilişkin gerekçelerin tartışılması gerekmektedir. İfade özgürlüğünü savunan tezler arasında daha sağlam gerekçeleri ileri sürebilen tez özerkliğe dayanan tez olduğundan, nefret söyleminin sınırlandırılmasında bu teze dayanılması kaçınılmazdır. İkincisi, nefret söyleminin özerkliğe dayanılarak korunması gerektiği yönündeki gerekçeler, özerkliğin kendi prensipleriyle çelişmektedir. Nefret söyleminin korunması, buna maruz kalanların ifade hürriyeti ve bireysel özerklik başta olmak üzere pek çok değeri ihlal etmektedir. Bu halde özerklik ilkesi aslında nefret söyleminin sınırlandırılması gerektiğini işaret eder. Yani nefret söylemi özerklik tezinin ilkelerinin karşısında olduğundan ifade hürriyeti bağlamında korunabilecek bir söylem olamaz¹⁶⁶.

Bu noktada eşit özerkliğe değinmek gerekir. Devletin tüm bireylerin özerkliğine eşit şekilde saygı duyması ve birini diğerine üstün tutmaması bu bakımdan önemlidir. Aksi halde bu; bireyin tercihlerini, kararlarını ve yaşama biçimini yani özerkliğini

¹⁶⁴ Karan, Nefret içerikli ifadeler, s. 83.

¹⁶⁵ Mustafa Erdoğan, **Bireysel Özerklik ve Liberalizm**, <http://erdoganmustafa.org/bireysel-ozerklik-ve-liberalizm/> E.T: 01/04/2020.

¹⁶⁶ Badamchi, Nefret Söylemi ,s. 72.

sansürlemek anlamına gelecektir¹⁶⁷. Buradan nefret söylemi yasaklandığında, bu söylemde bulunan kişinin özerkliğinin sansürleneceği anlamı çıkarılabilir ve eşit özerklik gereği nefret söyleminin de ifade özgürlüğü kapsamında tam korunması gerektiği belirtilebilir. Ancak, nefret söylemi ile buna maruz kalanların toplumdan ayrıştırılması, değersizleştirilmesi, düşmanlaştırılmasının amaçlanmasından ve bunun toplum gözünde normal gösterilmeye çalışılmasından dolayı nefret söyleminin korunması kabul edilebilir bulunmamaktadır¹⁶⁸.

b. Demokratik Katılıma Dayanan Tez

Demokratik katılım tezine göre, kişilerin fikirlerini serbestçe ifade edebilmeleri, demokrasinin ilkelerine uyan bir katılım ve müzakere ortamının oluşabilmesi için son derece önemli bir unsurdur. Nefret söyleminin şiddetten ve ortadan kaldırma arzusundan kaynağını aldığı genel olarak söylenebilirse de sonuçta mutlaka bir şiddet eylemi ya da kamu düzeninin bozulması hali ortaya çıkmak zorunda değildir. Biçimsel nefret söylemine maruz kalanlar kadar nefret söyleminde bulunulduğu hemen anlaşılamayan içeriksel nefret söylemine maruz kalanlar da ürkebilir, karşılık vermeye korkabilir ya da içine kapanarak kendini sınırlayabilir. Böyle bir durumda nefret söylemine maruz kalanlar yönünden demokratik katılımın gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir¹⁶⁹.

Nefret söylemi kabul edilemez bulmakla beraber yasal olarak yasaklanmasını desteklemeyen kesime göre, ifade özgürlüğü demokrasi için oldukça önemlidir ve ancak milli güvenlik, kamu düzeni ya da devletin hayati çıkarları söz konusu olduğunda kısıtlanabilecektir. Bu görüşte olanlar, nefret söyleminin sebep olabileceği zararları, milli güvenlik, kamu düzeni ya da devletin hayati çıkarlarına kıyasla küçük ve katlanılabilir görmektedirler. Ancak, eşitlik, siyasal sistemin meşruluğu, toplumdaki uyum, kişilerin hayatını taciz ve tehdit olmadan yaşaması da önem arz etmektedir ve doğrudan ifade hürriyetinin bu değerlerden daha üstün olduğu söylenemeyecektir. Toplum düzeninde tüm değerlerin belirli bir uyum ve denge içinde çalışmaları beklenmektedir. Dolayısıyla nefret söylemine ifade özgürlüğü kapsamında tam korunmanın sağlanması; nefret söyleminde bulunan kesimin ifade hürriyetini serbestçe kullanırken, nefret söylemine maruz kesimin ise dışlanma, aşağılanma, kendini toplumdan soyutlama, düşmanlaştırma gibi olumsuz etkiler ile ifade

¹⁶⁷ Badamchi, Nefret Söylemi ,s.71.

¹⁶⁸ Badamchi, Nefret Söylemi ,s. 72.

¹⁶⁹ Parekh, s. 214.

özgürlüğünü serbestçe kullanamaması sonucunu ortaya çıkarabilir. Bununla beraber bir kesimin ifade özgürlüğünün diğer bir kesimin insan haysiyeti, yaşam tarzı gibi değerlerinden daha üstün tutulduğu bir ortamda demokratik katılımdan bahsedilemez. Bu halde demokrasiye asıl katkıyı sağlayacak olanın, nefret söyleminin yasaklanmasıyla ifade özgürlüğünün toplumun her kesimine sağlanmasıdır¹⁷⁰.

c. Nefret Söyleminin Sosyal İstikrar ve Uyumunu Zedelediğine Dayanan Tez

Bu tezi savunanlara göre, nefret söylemi hedef alınan muhatap grup üyelerini toplumda eşit bireyler olarak görmemekte, onları düşmanlaştırmakta ve adeta onlara savaş açmaktadır. Bu haliyle, nefret söylemi toplum hayatını apaçık bir şekilde bozmaktadır. Nefret söyleminin hedefinde olanlar çoğunlukla aşağılayıcı ve yıldırıcı tavırlara maruz kalmakta ve ortak ve tatmin edici bir yaşam sürmeyi zor bulmakta ve bazen de böyle bir yaşama asla erişemeyeceği inancıyla topluma katılmamayı tercih etmektedir. Nefret söylemi oluşumu itibarıyla duyarlılığa sebep olan ifade ve eylemlerin birikmesi ile oluşur ve bu süreçte bu ifade ve eylemlere maruz kalan grup üyeleri, olumsuz mesajları içselleştirebilir, kendilerine olan güven ve saygıyı kaybedebilir ya da saldırgan davranışlar geliştirebilir. Kendileri için bir gelecek kurma noktasında dahi kaygılanabilen grup üyeleri, ruhsal anlamda tükenebilirler. Bu görüşte olanlar, bahsedilen hususların göz ardı edilmesi halinde kamu düzeninin sağlanamayacağını, bu nedenle nefret söyleminin kabul edilemeyeceğini ve önüne geçilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁷¹.

Son zamanlarda özellikle Avrupa ülkelerinde yeniden görülmeye başlanan siyahi veya Asya kökenli sporculara yönelik ırkçı söylemlerin, kimi zaman müsabakaların yapılmasını dahi engellediği ve bazı sporcuların bu sebeple müsabakalara katılmamayı tercih etmediği bilinmektedir¹⁷². Bu türde ayrımcı söylemlerin serbestçe ifadesine müsaade edilmesi, toplumun söylemle ima edilen görüşe duyarsız kaldığı, görüşü benimsediği ve en kaba haliyle söyleme maruz

¹⁷⁰ Parekh, s. 219.

¹⁷¹ Parekh, ss. 217-218.

¹⁷² Futbolcu Mario Balotelli'nin oyduğu maç sırasında ırkçı tezahüratlara tahammül edemeyip sahayı terk etmek istemesi ve ırkçılıkla mücadele ile ilgili başlatılan bir kampanyada dahi maymun çizimlerinin kullanılması ile ilgili bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50822712> Erişim Tarihi: 06/05/2020.

kalanların toplumun geri kalanı gibi saygı görmeyi hak etmedikleri görüşünü paylaştığını düşündürecekler¹⁷³.

Bu görüşte olanlara göre, nefret söyleminin yasaklandığı bir toplumda hem nefret söylemine maruz kalan grup üyeleri hem de toplumun geri kalanı kendini güvende hissedebilir. Nefret söylemi yasaklanmadığı takdirde, günün birinde herhangi bir kişiye yöneltilebilir, bugün hedef gösteren nefret söyleminde bulunan kişiler yarın hedef olabilir. Dolayısıyla nefret söylemini yasaklanmasıyla toplumdaki herkesin bu konuda bir güvencesi olur. Böylece sosyal istikrar ve uyum güçlenmiş olur. Bununla beraber hemen hemen her toplumda, demokrasinin olgunlaştığı toplumlarda bile, politikacıların nefret söylemine başvuruyor olması ve belirli bir gruba karşı toplumun kalanının kışkırtılması sayesinde birtakım kazançlar elde etme çalışıyor olmaları göz önüne alındığında nefret söylemini yasaklayan bir yasanın politikacıları da bu tip ifade ve eylemlerden caydıracağı ve toplumdaki uyum ve istikrarın sağlanmasına katkı sağlayacağı belirtilmektedir¹⁷⁴.

d. Nefret Söyleminin Yasaklanmasının Özgür Tartışma Ortamı İçin Gerekli Olduğuna Dayanan Tez

Nefret söyleminin yasaklanmasına katılmayan bir görüşe göre, fikirler yasaklanarak değil tartışılarak ve karşı karşıya getirilerek yenilebileceğinden konuşmayı sınırlandırmak yerine daha fazla konuşmayı teşvik etmek gerekir. Fikirlerin pazaryeri teorisine dayanan bu görüşe hak verilmekle beraber, aşırıya kaçtığı belirtilmektedir. Nefret söyleminin yasaklanmasının özgür tartışma ortamı sağlanmasında oldukça önemli olduğunu savunan teze göre, fikirlerin pazaryeri teorisi her ne kadar dikkate değer olsa da esasen rekabet eden fikirlere eşit şartlar

¹⁷³ Parekh, s. 217.

¹⁷⁴ Parekh, s. 218.

Nefret söyleminin yasaklandığı Britanya, Almanya, Hindistan, Hollanda gibi ülkelerde nefret söylemine temel oluşturan görüşlerin tamamen ortadan kalkması beklenmese de kamusal alanda konuşma biçiminin biraz daha hoşgörülü olmasının beklendiği ve buna karşı çıkan politikacıların toplum tarafından kınandığı gözlemlenmiştir. Bu konuda yakın zamanda Yeni Zelanda'da Müslüman kesime yönelik gerçekleştirilen saldırı örnek verilebilir. Söz konusu saldırının ardından Avustralyalı Bağımsız Senatör Fraser Anning, gerçekleştirilen eylemin aslında Müslüman fanatiklerin Yeni Zelanda'ya göç edebilmesinin önünü açan yasaya yönelik olduğunu, genellikle bu tür saldırıların Müslümanlar tarafından gerçekleştirildiğini ve Müslümanların inançları için insan öldürdüklerini belirten bir açıklamada bulunmuştur. Senatör açıklama yaparken, orada bulunan bir genç Senatörün sözlerini protesto etmek amacıyla kafasında yumurta kırmıştır. Dünya genelinde 'Egg Boy' olarak tanınan genç pek çok kesim tarafından desteklenmiştir ve Senatörün açıklamaları da kınanmıştır.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47595116> Erişim Tarihi: 07/04/2021. Bknz. Parekh, ss. 218-219.

sağlayamamakta ve onlara tarafsız şekilde yaklaşmamaktadır. Bunun sebebi, toplumda ağırlıklı olarak benimsenen fikirlerin etkisiyle önyargılar bulunmasıdır¹⁷⁵.

Örneğin, ayrımcılığa dayanan fikirlerin hakim olduğu bir toplumda, bu yöndeki fikirlerin açık ve yerleşik bir avantajı vardır ve ayrımcı bir fikir ile bununla mücadele edecek bir başka fikir pazaryerinde aynı imkanlara nadiren sahip olabilecektir. Bu halde bu adil bir rekabet olmayacağı gibi adil bir sonuç da elde edilemez. Fikirlerin eşit şartlarda çarpışmadığı ve rekabet sonucunda hayatta kalan fikir önyargılarla manipüle edilmiş olabileceği yüksek ihtimaldir¹⁷⁶.

Elbette fikirlerin özgürce tartışıldığı bir ortamın varlığı oldukça önemlidir ancak böyle bir ortam için bir takım düzenleyici ilkelerin varlığı da gerekmektedir. Aksi halde doğal olarak fikirlere eşit erişme imkanı ve tarafsızlık sağlayamayan bir piyasada gerçekleşecek fikir rekabetinin sonuçlarının sağlıklı olması beklenemez. Nefret söyleminin yasaklanması bu düzenleyici ilkelerden biri olabilir. Nefret söyleminin yasaklanması ile birlikte toplumun her bir üyesi, fikirlerini özgürce ifade edebilir ve bu konuda toplum genelinde saygı ve medeniyet kaybedilmeden fikirlerin rekabet edeceği bir ortam sağlanmış olur¹⁷⁷.

e. Çift-Temelli Teori

Bu teori, ifade özgürlüğü konusunda daha güçlü gerekçe arayışında olduğunu belirtmekle beraber demokratik katılım ve özerklik gerekçelerini birlikte analiz etmektedir. Teorinin tüm ifade özgürlüğü sorunlarına bir çözüm sunabileceğini iddia edilmemekle birlikte, ifade özgürlüğüne güçlü bir gerekçelendirme sağlama amacının bulunduğu ifade edilmektedir. Özerkliğin ifade özgürlüğünün temel gerekçelerinden biri olduğu ve ifade özgürlüğünün demokratik katılımın kurucu unsuru olduğu üzerine kurulan teori, özerklik ve demokratik katılımı tamamlayıcı ilkeler olarak kabul eder. Buna göre teori, eksik yönlerinin giderilmesi amacıyla bu iki gerekçeyi birlikte analiz etmeye çalıştığını belirtir¹⁷⁸.

Demokratik katılım tezine göre, özgür ifade ortamının sağlanması, demokratik katılım ve müzakere için olmazsa olmazdır. Fikirlerin serbestçe ifade edilebileceği bir ortamda kamusal hizmetleri yürütenler ve kamusal problemler hakkında halkın bilgi sahibi olması kolaylaşır. Bununla beraber daha önce değinildiği gibi özerklik tezinin

¹⁷⁵ Parekh, s. 219.

¹⁷⁶ Parekh, s. 219.

¹⁷⁷ Parekh, ss. 219-220.

¹⁷⁸ Badamchi, Justifications, ss. 14-15.

ayrım yapmaksızın tüm söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında tam koruması, tezin başlıca eksik yönüdür¹⁷⁹.

İfade türlerini siyasi söylemler ve diğer söylemler şeklinde sınıflandıran demokratik katılım tezine göre, siyasi müzakere ortamının sağlanmasına katkı sağlamayı amaçlayan ifadeler siyasi ifadelerdir ve üst seviyede tam korunması gerekir. Bununla beraber, demokratik müzakere ortamının oluşabilmesi için söylemin biçiminin başkaları tarafından da makul görülebilecek biçimde olması önemlidir. Ancak bu teze göre nefret söylemi siyasi müzakereye katkı sağlamadığı gibi makul görülebilecek bir ifade şekline sahip de değildir. Dolayısıyla nefret söylemi demokratik katılım tezine göre, ifade özgürlüğü kapsamında tam korunması gereken bir siyasi söylem olamayacaktır¹⁸⁰. Bununla beraber, Heyman'a göre, nefret söylemi demokratik tartışmanın prensiplerini ihlal ettiğinden anayasal düzeyde korunabilecek bir söylem türü değildir. Ayrıca, siyasi söylemin temelinde her bireyin eşit ve özgür olduğunun kabulünün yer aldığını ve bu nedenle nefret söyleminin siyasi bir niteliğe sahip olamayacağını belirtmektedir¹⁸¹.

Çift temelli teoriye göre ise nefret söylemi, kamuoyunun tartışmasına katkıda bulunan siyasi bir iletişim olarak görülemez. Teori, Meiklejohn'un da benzer fikirde olduğu şekilde siyasi söylemi, özgür ve eşitler arası iletişim olarak kabul eder. Bu noktada çift temelli teoriye göre, demokratik katılım tezi bireysel özerklik tezinin bu eksik yönünü tamamlamaktadır.

Bu teze göre, nefret söylemi, yalnızca sonuçları ya da verdiği zarar itibarıyla değil, aynı zamanda ifade özgürlüğünün eşit özerklik ve demokratik katılım prensiplerini ihlal ettiği gerekçesiyle de sınırlandırılmalıdır. Nefret söyleminin hem ifade özgürlüğünün bu iki temel ilkesini ihlal edip hem de tam korunması gereken söylem sınıfında yer alamayacağı belirtilmektedir¹⁸².

¹⁷⁹ Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 72-73.

¹⁸⁰ Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 73-74;

¹⁸¹ Steven Heyman, Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment"" **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford University Press, NewYork 2009, ss. 169-174.

¹⁸² Badamchi, Nefret Söylemi, ss. 74-75.

İKİNCİ BÖLÜM

İHAM VE ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN NEFRET SÖYLEMİNİN İFADE HÜRRİYETİ KAPSAMINDA KORUNMASINA YAKLAŞIMI

Tezin bu bölümünde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin (ABD Yüksek Mahkemesi) ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlarına ilişkin yaklaşımı ile nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunamayacağına ilişkin yaklaşımları incelenecektir.

Öncelikle belirtilmelidir ki İHAM'ın incelemesi kural olarak olay temellidir ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (İHAS) taraf devletin iç hukukunda yer alan bir düzenlemenin İHAS ile uygun düşmediğine yer verdiği kararları da bulunmaktadır. Bu İHAM'ın taraf devletlerin iç hukukuna yönelik herhangi bir denetim yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir. İHAM, sadece önüne getirilen somut olayda İHAS'a taraf devletin Sözleşme hükümlerini uygulaması ile ilgili denetim yapmaktadır. Buna karşılık ABD Yüksek Mahkemesi, federal yasalarla eyalet yasalarının ABD Anayasası'na uygunluğunu denetlemektedir. Diğer bir deyişle norm denetimi yapmaktadır. Ancak bu, değerlendirmesini yaparken önüne getirilen somut olayı yok saydığı anlamına gelmemektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, yasaların Anayasaya uygunluğunu incelerken somut olayı da göz önünde bulundurmaktadır¹⁸³.

İHAM'ın olay temelli denetim yapması, ABD Yüksek Mahkemesi'nin ise norm temelli denetim yapması her iki mahkemenin yaklaşımlarını birebir karşılaştırma imkanı vermese de nefret söylemi hakkındaki görüşleri arasındaki fark incelemeye değer görülmektedir¹⁸⁴.

I. İHAM'IN YAKLAŞIMI

Tezin bu bölümünde öncelikle ABD Yüksek Mahkemesi ile ilgili kısa bir giriş yapmakta fayda görülmektedir. Tam adı 'İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'¹⁸⁵ olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Avrupa Konseyi¹⁸⁶ çerçevesinde 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül

¹⁸³ Aydın, ss.36-37.

¹⁸⁴ Özlü, s.30.

¹⁸⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹⁸⁶ 47 devletin üye olduğu uluslararası bir örgüt olan Avrupa Konseyi'nin merkezi Strazburg'dadır. Demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü esaslarına dayalı Avrupa düzeninin oluşturulması

1952'de yürürlüğe girmiştir. İHAS m.19 ile Sözleşmeye taraf devletlerin yüklenilen taahhütlere uymasının sağlanması amacıyla İHAM kurulmuştur.

Bununla beraber İHAM hakimleri, her devlet için gösterilen üç aday arasından Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi¹⁸⁷ tarafından seçilmektedir. 14 nolu Protokol ile getirilen değişikliğe göre, İHAM hakimleri bir kez ve dokuz yıllığına seçilirler. Bununla beraber yetmiş yaşına geldiklerinde görevleri sona erer. Üye hakimler, hakimlik için gereken koşulları taşımadığına ilişkin diğer hakimlerin üçte iki çoğunluğu ile alınmış bir karar olmaksızın görevlerinden alınamazlar.

Yine 14 nolu Protokol ile getirilen değişikliğe göre İHAM, 'tek hakimli birimler', 'üç hakimli komiteler', 'yedi hakimli daireler' ve 'on yedi hakimli büyük daire'den oluşur. 'Tek hakimli birimler' AİHM'in iş yükünün azaltılması amacıyla 14 nolu Protokol tarafından kurulmuştur ve burada görev yapan hakim, adına seçildiği taraf devlet aleyhine yapılan başvuruları inceleyemez. Diğer taraftan taraf devlet aleyhine yapılan başvurular daire veya büyük daire tarafından inceleniyorsa, aleyhine başvuru yapılan devlet adına seçilen hakim, bihakın üye olarak dairede veya büyük dairede yer almaktadır¹⁸⁸.

İHAM'a taraf devletin İHAS tarafından korunan hakların ihlal ettiği iddiası üzerine 'devlet başvurusu' ve 'bireysel başvuru' olmak üzere iki şekilde başvurulabilir. İHAS m.33'e göre, sözleşmeye taraf olan her devlet, sözleşmeye taraf olan diğer bir devletin İHAS tarafından koruma altına alınan hakları ihlal ettiği ya da İHAS'ın herhangi bir hükmüne aykırı davrandığı kanısındaysa, o devlet aleyhine İHAM'a başvurabilir. Devletlerarası başvuruda ilgili devletin iç hukukunun İHAS'a uygunluğunun soyut olarak incelenmesi de söz konusu olabilir. Bu başvurulara 'devletlerarası başvuru', dolayısıyla görülen davalara da 'devletlerarası davalar' adı verilmektedir¹⁸⁹. Diğer taraftan İHAS m.34'e göre, sözleşmeye taraf olan devletlerce sözleşmeyle koruma altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler ilgili devlet aleyhine iç hukuk yollarını tükettikten sonra ve başvuru süresi içerisinde İHAM'a bireysel başvuruda bulunabilir. Bireysel başvurular öncelikle kabul edilebilirlik yönünden incelenir. Tek Hakimli birimler, komiteler ve daireler tarafından verilen 'kabul edilmezlik' kararları kesindir. Tek hakimli birimlerde 'kabul edilmezlik' kararı

amacıyla ,5 Mayıs 1949'da imzalanan ve 1 Haziran 1950'de yürürlüğe giren Avrupa Konseyi statüsü ile kurulmuştur. Bknz. Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s. 495.

¹⁸⁷ Avrupa Konseyi'nin müzakere ve karar organı olan Parlamenterler Meclisi, üye devletlerin meclisleri tarafından atanan üyelere oluşmaktadır. Bu halde İHAM'a seçilecek üyeler siyasi organ tarafından belirlenmektedir. Bknz. Gözler, s. 499.

¹⁸⁸ Gözler, ss. 500-501.

¹⁸⁹ Gözler, ss. 501-502.

verilmezse başvuru komitelere gönderilir. Komiteler tarafından 'kabul edilebilirlik' kararı ile birlikte kararlar birlikte esas hakkında kesin olarak karar verilebilir ya da sadece 'kabul edilebilirlik' kararı verilerek başvuru dairelere gönderilebilir. Bu durumda dairelerce 'kabul edilebilirlik' kararı ile birlikte kararlar birlikte esas hakkında karar verilebilir ya da sadece esas hakkında karar verilebilir. Başvurunun tarafları dairelerce verilen esas hakkındaki kararlara karşı üç ay içinde başvurunun büyük daireye gönderilmesini talep edebilirler. Bu yönde bir talep olmazsa karar kesinleşir. Taraflarca bu yönde bir talep olursa 'beş hakimli kurul' tarafından bu talepleri değerlendirilir ve kurul talebi reddederse karar kesinleşir; kabul ederse başvuru büyük daireye gönderilir. Büyük daire tarafından verilen kararlar kesindir¹⁹⁰.

A. İHAS Sistemine Göre İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırlanması

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan diğer insan hakları belgelerinde olduğu gibi doğal hukuk kökenlidir. Doğal hak görüşü, başlangıç kısmında Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesine atıfta bulunan İHAS'ın geneline yansımıştır. Her ne kadar din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin İHAS m.9 ve toplantı ve dernek özgürlüğüne ilişkin İHAS m.11 ifade özgürlüğü ile ilişkili olsa da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.10 ifade özgürlüğü konusunda özel hüküm (lex specialis) konumundadır¹⁹¹. Bu sebeple çalışmada İHAM'ın m.10'a ait kararları incelenecektir.

İfade özgürlüğünün düzenlendiği İHAS madde 10 metni şu şekildedir:

'Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale edilmeksizin ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın görüş sahibi olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü içerir. Bu madde, Devletlerin yayıncılığı, televizyon ve sinema işletmelerini izin alma koşuluna bağlamalarını engellemez.

Bu özgürlüklerin kullanımı, beraberinde ödev ve sorumlulukları getirdiği için, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu emniyeti menfaatlerine, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başlarının şöhret veya haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi veya yargı organlarının otorite veya tarafsızlığının sürdürülmesi için yasa tarafından

¹⁹⁰ Gözler, ss. 503-542.

¹⁹¹ Melike Batur Yamaner, B. G. (2007/2). "Spinoza'dan Mill'e, Mill'den AİHM'e İfade Özgürlüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 37.

öngörülen ve demokratik toplumda gerekli olan formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabilir.'

İHAS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü; m.8 özel ve aile hayatına saygı, m.9 düşünce , vicdan ve din özgürlüğü ve m.11 toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile ilgili düzenlemelere benzer şekilde sınırlanabilir. Buna göre ifade özgürlüğü, İHAS m.10/2'de belirtilen sınırlama sebeplerine dayanılarak, demokratik bir toplumun gerektiği ölçüde ve yasa ile sınırlanabilir. Bu noktada, düzenlemenin lafzında ifade açıklamasının biçimine ilişkin sınırlamanın öngörüldüğü ancak ifade içeriği ile ilgili sınırlamaya doğrudan yer verilmediği görülmektedir¹⁹².

Madde metnine göre radyo, televizyon yayıncılığı ve sinema işletmeciliğinin izin rejimine tabi tutulmuştur. Ayrıca ifade özgürlüğünün, açık bir şekilde görev ve sorumluluklar yükleyen bir özgürlük olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, ifade biçimsel olarak sınırlanabilecektir. İfadenin içeriğine ilişkin sınırlamaların ise İHAM içtihatlarıyla olduğu belirtilmektedir¹⁹³.

Tezin bu kısmında öncelikle, İHAS sisteminde ifade özgürlüğünün 10. madde metni ve İHAM içtihatları çerçevesinde çizilen koruma alanı, akabinde ise ifade özgürlüğünün sınırlanması incelenecektir.

1. İHAS m.10 Kapsamında İHAM'ın İfade Özgürlüğünü Koruma Alanı

İHAM tarafından verilen kararlarda, tezin birinci bölümünde yer verilen, ifade özgürlüğünü savunan tezlerden demokrasiye ve bireysel özerkliğe dayanan tezlerin değerlendirildiği görülmektedir. İHAM, kararlarında demokratik toplumun gelişmesinde ve bireyin kendini gerçekleştirmesinde ifade özgürlüğünün önemli bir yere sahip olduğunu sıkça dile getirmektedir. Özellikle Handyside v. Birleşik Krallık kararında belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü lehte ve zararsız görülen haber ve ifadelerin yanında aleyhte olan, çarpıcı veya rahatsız edici haber ve düşünceleri de korumaktadır. Bu kararda çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün demokratik bir toplumda vazgeçilmez unsurlar olduğunu ifade edilmiştir¹⁹⁴.

İHAS m.10 düzenlemesinin ifade özgürlüğünün kapsamı düşünüldüğünde kısa bir metne sahip olduğu ve İHAM içtihatlarıyla geliştirildiği belirtilmektedir. 10. maddenin ilk fıkrası ile ifade özgürlüğü korunmuş, ikinci fıkrası ile de nasıl sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Böylece ifade özgürlüğünün mutlak şekilde

¹⁹² Özlü, s. 33.

¹⁹³ Özlü, s. 33.

¹⁹⁴ Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

korunmadığı anlaşılmaktadır¹⁹⁵. Bununla beraber düzenlemenin metninden ikinci fıkradaki koşulların bulunmaması halinde devletlerin ifade özgürlüğüne müdahale edemeyeceği anlaşılabılır. Bu halde düzenlemenin devletlere negatif yükümlülük getirdiği belirtilmektedir. Diğer taraftan, ifade özgürlüğünün korunması noktasında, İHAM'ın içtihatlarında, kamu makamlarının pozitif yükümlülük altında olduğuna da yer verilmiştir. İHAM'ın Özgür Gündem v. Türkiye kararında, ifade özgürlüğünün kullanılmasının yalnızca negatif yükümlülük olan müdahale etmeme görevine dayanmadığı, devletlerin aynı zamanda ifade özgürlüğüne yapılacak müdahaleleri engellemek şeklinde pozitif yükümlülük altında olduğu belirtilmiştir¹⁹⁶.

İHAS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü, bir görüş sahibi olma, bilgi ve görüş edinme ve yayma özgürlüklerini kapsamaktadır. Diğer taraftan ilgili düzenleme, bilgiye erişim hakkını, diğer bir deyişle devletten belirli türden bilgileri edinme hakkı bu madde kapsamında değildir¹⁹⁷. Ulaş'a göre bilgiye erişim hakkı, kişilerin kendi haklarında devletçe tutulan verilere erişebilmesi, kişilerin kendi haklarında olmayan ve devletçe tutulan verilere erişebilmesi veya kişilerin kendi haklarında olmayan, devletçe tutulan ancak kamu yararının söz konusu olduğu konularda bilgiye erişebilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir¹⁹⁸. İHAM'ın Sirbu ve diğerleri v. Moldova kararına göre ise m.10 kapsamında yer verilen bilgi edinme özgürlüğü, bir kişinin, diğerlerinin bu kişiye vermek istediği veya isteyebileceği düşünülen bilgiyi edinmesinin hükümet tarafından kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Diğer bir deyişle, İHAM halihazırda erişilebilecek bilgiyi edinmeye yönelik müdahaleyi ihlal olarak görmektedir. Bununla beraber, m.10'un devlete gizli bir bilgi ya da belgeyi açıklama şeklinde pozitif bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmektedir¹⁹⁹. Ayrıca İHAM'ın Leander v. İsviçre kararına göre, kişinin kendisi ile

¹⁹⁵ Ulaş Karan, 'İfade Özgürlüğü Hakkı', **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme)**, Ed. Sibel İnçeoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, (İfade özgürlüğü), ss. 355-356.

¹⁹⁶ Özgür Gündem v. Turkey, Appl. No. 23144/93, 16.03.2000, para. 43.

Hatta özel hukuk kişilerine ait yerlerde ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi halinde bile devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir. İHAM'ın Palomo Sanchez and others v. U.K. kararına konu olayda özel bir şirkette çalışan işçiler sendikal hakları dolayısıyla bir takım ifade açıklamalarında bulunmuşlar ve bu sebeple iş sözleşmeleri feshedilmiştir. İHAM'ın kararına göre, devletlerin ifade özgürlüğüne müdahale eden bu tür eylemlere karşı güvence sağlaması gerekmektedir. Bknz. Palomo Sanchez and others v. U.K., Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28964/06, 12.09.2011.

¹⁹⁷ Burada kastedilen bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğünün düzenlendiği madde 10 kapsamına alınmayabileceğidir. Yani bu hak hiç korunmayacak anlamına gelmemektedir. Örneğin evlatlık verilen kişinin, biyolojik anne babası hakkında bilgiye erişme hakkı, ifade özgürlüğü bağlamında değil ama özel hayat ve aile hayatının korunmasının düzenlendiği madde 8 kapsamında ele alınabilir. Bknz. Tezcan ve diğerleri, ss. 453-454.

¹⁹⁸ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 357.

¹⁹⁹ Sirbu and others v. Moldova, Appl. No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/01, para. 18.

ilgili tutulan kayıtlara erişimi ya da kamu makamlarınca tutulan bilgilerin kişilere sunulması konusunda m.10 bir yükümlülük getirmemiştir²⁰⁰.

Diğer taraftan, İHAM'ın son kararlarında bilgi edinme hakkının daha kapsamlı yorumlandığı ve ilgili devletlere pozitif yükümlülük yükleme şeklinde bir eğilim gösterdiği görülmektedir²⁰¹. Özellikle sivil toplum örgütleri ile medya organlarının bilgi edinme hakkının m.10 kapsamında korunduğu belirtilmektedir. İHAM, bir kararında, önce bir çevre kuruluşu tarafından nükleer güç santrali inşaatının teknik detaylarına erişim talebinin reddedilmesini İHAS'a uygun bulmuştur. Daha sonra başvuruyu 10. maddenin koruma alanı bakımından değerlendirerek çevreci örgütün belge talebinin, bilgi edinme hakkı kapsamında olduğuna karar vermiştir²⁰². Başka bir kararına konu olayda Anayasa Mahkemesi uhdesinde bulunan belgelere erişimin reddedilmesinin başvurucuların 10. madde kapsamındaki haklarına bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir²⁰³. Bununla beraber, İHAM kararlarında özellikle siyasi bilgi ve haber bakımından ve demokrasi için basın ve basın özgürlüğünün önemi büyük olduğu belirtilmektedir. Buna göre, toplumu ilgilendiren bilgi ve haberlere erişimin engellenmesi, 'kamu bekçisi' (public watchdog) rolünü taşıyan basını, bu tür konuları takip etmekten caydırabilir²⁰⁴. Dolayısıyla basının kamu kararını ilgilendiren konularda bilgi ve haber yayma, toplumunda alma hakkı bulunmaktadır²⁰⁵. Ancak bu durumda demokratik toplumda olmazsa olmaz olan herkesin kamusal tartışmaya katılımının sağlanması mümkün olabilir²⁰⁶.

İHAM'ın yerleşmiş içtihadına göre 'ifade', türler arasında ayırım yapmaksızın her türlü ifadeyi kapsamaktadır. Bu bakımdan siyasi, sanatsal, ticari veya akademik ifadeler m.10 kapsamında görülmektedir. Bununla beraber Lingens v. Avusturya kararında da belirtildiği gibi, özgür siyasi tartışma ortamı demokrasi için olmazsa olmaz görüldüğünden, siyasi ifadelerin diğerlerine nazaran daha geniş bir korumadan faydalanması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁷. Şener v. Türkiye kararına göre, hükümetlerin yasama ve yargı organlarının yanında toplum ve basın aracılığıyla da denetlenmesi gerekir²⁰⁸. Bu denetim yapılırken ağır eleştirilerde bulunulabilir ancak

²⁰⁰ Leander v. Sweden, Appl. No. 9248/81, 26.03.1986, para. 74.

²⁰¹ Information Note on the Court's case-law No. 168, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes v. Austria - 39534/07 Judgment 28.11.2013 [Section I].

²⁰² Sdruzeni Jihoceske Matky c. Republique Tchèque, Req. No. 19101/03, 10.07.2006.

²⁰³ Tarsasag a. Szabadsagjogokert v. Hungary, Appl. No. 37374/05, 14.04.2009, para.27.

²⁰⁴ Tarsasag a. Szabadsagjogokert v. Hungary, para.38.

²⁰⁵ Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

²⁰⁶ Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

²⁰⁷ Lingens v. Austria, Appl. No. 9815/82, 08.07.1986, para. 41,42.

²⁰⁸ Şener v. Turkey, Appl. No. 26680/95, 18.07.2000, para. 40.

hükümetlerin bu eleştirilere hoşgörü göstermesi beklenir²⁰⁹. Brasilier c. Fransa kararına göre, İHAM, siyasetçilere karşı yapılan eleştirilerin sınırını, özel kişilere karşı yapılan eleştirilerden daha geniş tuttuğunu belirtmiştir²¹⁰. Günümüzde İHAM'ın bu yaklaşımı yerleşik bir içtihat haline gelmiştir ve siyasetçilerin basın ve halkın denetimine açık olmayı ve kamuoyunca tanınmayı bilerek tercih ettikleri göz önünde bulundurularak kendilerine yönelen eleştirilere karşı hoşgörülü olmaları gerektiği belirtilmektedir²¹¹.

İfade özgürlüğünün düzenlendiği m.10/2 ifade özgürlüğünün bir takım görev ve sorumlulukları beraberinde getirdiğini belirtmektedir. Bunun anlamı ifade özgürlüğünün hem gerçek hem tüzel kişiler yönünden korunsu dahi kamu görevlileri ya da yargı mensupları gibi görevlerde bulunan kişiler için sınırların söz konusu olduğudur²¹².

İHAS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü, ifade türlerinin yanında ifade araçlarını koruması altına almaktadır. Aktarımı sağlayan aracın türü önemli olmaksızın sözlü veya yazılı ya da yazılı basın, radyo, televizyon, internet, sokak gösterileri veya toplantı aracılığıyla gerçekleşen görüş aktarımı, ifade olarak görülmektedir²¹³.

Bununla beraber ifade açıklamasının ifade ediliş biçimleri de İHAS m.10 tarafından korunmaktadır. Buna göre ifade; resim, film, broşür, röportaj, belirli bir görüşü yansıtan oturma eylemi gibi davranışlar yoluyla da açıklanabilir²¹⁴. Diğer

²⁰⁹ David Harris ve diğerleri, **Law of the European Convention on Human Rights**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 455'den aktaran Karan, İfade Özgürlüğü, s. 359.

²¹⁰ Brasilier c. France, Req. No. 71343/01, 11.04.2006, para.41.

²¹¹ Lingens v. Austria, para.42; Castells v. Spain, para. 46-50.

Lingens v. Avustria kararına konu olayda, Başvurucu, bir gazetede 'gülünç', 'soygarıca' ve 'kaba' gibi ifade özgürlüğü sınırlarını aşan, hakaret niteliği taşıdığı düşünülen söylemlerde bulunduğu gerekçesiyle mahkum edilmiştir. İHAM kararında, siyasi eleştirinin sıklıkla kişisel alana taşıdığını ve bu durumun demokratik bir toplumda fikirlerin özgürce tartışılmasının getirdiği riskler olduğunu belirtmiştir.

Castells v. Spain kararına konu olayda ise, bir parlamento üyesi, sorumlu mevkilerde bulunduğunu düşündüğü kişiler hakkında gerçekleştirilen saldırılar ile ilgili hükümetin kovuşturma için adım atmaması nedeniyle eleştiride bulunmuştur. Bu eleştirileri dolayısıyla mahkum edilmiştir. İHAM bu kararında, hükümet söz konusu olduğunda eleştiri sınırının bir vatandaş ya da politikacıya göre daha geniş olacağını ifade etmiştir.

²¹² Vogt v. Germany, Appl. No. 17851/91, 26.09.1995, para. 44.

İHAM'a göre, her ne kadar devletin, memurlarına beyanda bulunmama şeklinde yükümlülük getirmesi statüleri göz önüne alındığında meşru olabilir de devlet memurları da bireydir ve İHAS m.10'dan yararlanırlar. Diğer taraftan kamu görevlilerinin ifade hakkının söz konusu olduğu her durumda İHAS m.10/2'de belirtilen 'görev ve sorumluluklar' ifadesi özel bir anlam kazanır. Bu bağlamda ilgili makamlara ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, 'görev ve sorumluluklar' bakımından takdir payı tanınabilir.

²¹³ Oberschlinck v. Austria, Appl. No. 11662/85, 23/05/1991, para. 59; Times Newspapers, Limited v. U.K. (No.1 and 2), Appl. No. 3002/03,23676/03, para. 27.

²¹⁴ Tezcan ve diğerleri, s. 454.

tarafından sessiz kalma ve konuşmama hakkını da ifade özgürlüğünün negatif yönü olarak koruma altına alır²¹⁵.

2. İHAS'a Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İHAS m.10 metninde, ifade özgürlüğünün içeriğine yönelik bir sınırlama öngörülmemiş olup sadece ifadenin kullanılış şekli ile ilgili sınırlamaya yer verilmiştir. Dolayısıyla, hükmün lafzında içeriğe yönelik bir sınırlamaya yer verilmediğine dayanılarak ifade özgürlüğünün içerik yönünden sınırlanamayacağı ileri sürülmüştür. Diğer taraftan ifade özgürlüğünün bir takım meşru ve öngörülen amaçlarla orantılı şekilde sınırlanabileceğini yönünde görüşler de mevcuttur. Her iki yönde görüşler ileri sürülmekteyse de uygulamada ifade özgürlüğü mutlak surette korunmamakta ve diğer bireylerin hak ve özgürlükleri ile toplumsal gereksinimler çerçevesinde sınırlandırılmaktadır²¹⁶. İHAM, ifadenin içerik yönünden sınırlanabileceğini ve sınırlamaya ilişkin kriterleri, içtihatlarıyla ortaya koymuştur²¹⁷.

Bununla beraber, İHAM, herhangi bir ifadenin kesin bir şekilde yasaklanmasını da kabul etmemektedir. Mahkemeye göre, demokratik toplumda, ifade açıklamasına gerekli bir müdahaleden bahsedebilmek için kişi, ortam, içerik ve şekil bağlamında bir inceleme yapılması ve olayın somut şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir²¹⁸. Mahkemenin ifade özgürlüğü ile ilgili kesin bir yasak öngörmediği söylene de ırkçı ifadeler bu konuda istisna teşkil etmektedir²¹⁹. Bu husus m.10/2'de açıkça sayılmasa da Mahkeme, ağırlıklı olarak, kişilerin ırkçı söylemelere dayanan ayrımcılıktan korunması gerektiği yönünde kararlar vermektedir²²⁰. İkinci Dünya Savaşından sonra insanlığa karşı suçların inkarını, basitleştirilmesini ve özellikle antisemitizmi yasaklayan yasaların ortaya çıkması, Mahkemenin bu tutumunu netleştirmiştir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü, mutlak bir şekilde yasaklanamaz. Ancak, Yahudi soykırımını ispat edilmiş tarihi bir olgu olması nedeniyle bu kuralın istisnasıdır²²¹.

Diğer taraftan İHAM bir genel ilke olarak tehlikenin varlığını aramaktadır. Buna göre İHAM'ın ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaleyi haklı bulması için, ifade

²¹⁵ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 364.

²¹⁶ Tezcan ve diğerleri, ss. 462-463.

²¹⁷ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 369.

²¹⁸ Yamaner, Güngören, s.40.

²¹⁹ Bu konu, İHAM'ın nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin yaklaşımının incelendiği kısımda detaylı şekilde ele alınacaktır.

²²⁰ Yamaner, Güngören, s.32.

²²¹ Yamaner, Güngören, s.44.

özgürlüğünün kullanımından doğan bir tehlikenin bulunması gerekmektedir²²². İHAM'ın göz önünde bulundurduğu bir diğer genel ilke genel ahlak ilkesidir. Bununla beraber Mahkeme yapmış olduğu incelemelerde genel geçer bir ahlak tanımının bulunmadığını, aynı ülkede bile yer ve zamana göre farklılık gösterilebileceğini özellikle belirterek Sözleşmeciler devletlere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır²²³.

Mahkumiyet cezası, yayın yasağı, yayınlataın toplatılması, tazminat²²⁴, bildiri dağıtımı dolayısıyla yakalama ve gözaltı, gazetecinin kaynağını açıklamaya zorlanması gibi işlem ve eylemler İHAM tarafından ifade özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirilmektedir²²⁵. Bazı durumlarda ise bu işlem ve eylemlerin gerçekleşme dahi gerçekleşme tehdidinin²²⁶ bulunması müdahale olarak kabul edilebilmektedir²²⁷.

İHAS sisteminde ifade özgürlüğü, m.15'te düzenlenen olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin aslıya alınması, m.17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması ve m.10/2 kapsamında öngörülen sınırlama biçimi kapsamında sınırlanabilmektedir.

İHAS m.15'e göre; Sözleşmeye taraf olan devletler savaş halinde veya milletin varlığını tehdit eden bir başka genel tehlike durumunda, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla İHAS'taki yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabilirler. Bununla beraber madde hükmüne göre, yaşam hakkını düzenleyen m.2, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen m.3, kölelik ve kulluğu yasaklayan m.4/1 ve suçta ve cezada yasallık ilkesini düzenleyen m.7 hükümleri, meşru savaş fiilleri sonucunda gerçekleşen ölüm hali dışında hiçbir şekilde ihlal edilemez. İHAS m.10, bu dokunulmaz haklar arasında sayılmadığından ifade özgürlüğü olağanüstü hallerde sınırlanabilecektir.

Çalışmanın bu kısmında ifade özgürlüğünün m.17 hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında sınırlanması ile m.10/2'de öngörülen sınırlama biçimi çerçevesinde sınırlanmanın hukukilik, meşru amaca dayanma ve demokratik toplum açısında gerekli olma koşulları ayrı başlıklar altında incelenecektir. Bununla beraber

²²² Yamaner, Güngören, s.40.

Sürek v. Türkiye (No.3) kararında İHAM, ilgili yazıda kullanılan ifadelerin okuyucularda Türk Devletine karşı silahlı hareketi cesaretlendirme, teşvik etme ve ayrılıkçı şiddeti destekleme yolunda etkileyebileceğini belirtmiştir. Bknz. Sürek v. Turkey (No.3), Appl. No. 24735/94, 08.07.1999, para. 40,41.

²²³ Yamaner, Güngören, s.45., Handyside v. United Kingdom, par.48.

²²⁴ Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom, Appl. No. 18139/91, 13.07.1995.

²²⁵ Özlü, s. 51

²²⁶ Erdoğan and İnce v. Turkey, Appl. No. 25067/94, 25068/94, 08.07.1999, para. 53.

²²⁷ İHAM, yargılama sonucunda beraat veya takipsizlik kararı verilmiş olmasının ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bknz. Bowman v. United Kingdom, Appl. No. 24839/94, 19.02.1998, para. 33.

İHAM, şiddete teşvik eden, kin ve düşmanlığa tahrik, soykırımın inkarı, insanlığa karşı işlenen suçların inkarı ve nefret söylemi gibi ifade türlerine ilişkin farklı bir tutum geliştirmektedir. Bu ifade türlerinden soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların inkarı ile nefret söylemi, tezin İHAM'ın nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunması ile ilgili yaklaşımı ile ilgili bölümünde ele alınacaktır. Diğer taraftan, İHAM'ın şiddete teşvik eden ifade kategorisine ilişkin sınırlama ölçütleri ile ABD sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kısımda incelenecek olan ve hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeleri düzenleyen yasaların denetiminde kullanılan açık ve mevcut tehlike ölçütüne arasındaki benzerlikten dolayı bu ifade türü ayrı başlık altında incelenmeye değer bulunmaktadır²²⁸.

a. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Kapsamında İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İlk kez İnsan Hakları evrensel Beyannamesi 30. maddesinde²²⁹ düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı daha sonra çeşitli insan hakları belgelerinde yer almıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında, tanınan hak ve özgürlüklerle yönetime gelenler tarafından bu hak ve özgürlükler suiistimal edilmiştir. Bu kötü deneyimlerden dolayı ve totaliter rejimlere karşı demokrasiyi korumak amacıyla hakkın kötüye kullanılması yasağı İHAS'a eklenmiştir²³⁰.

İHAS m.17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına göre; İHAS'ta yer alan temel hak ve özgürlüklerin hiçbirisi *'bir devlete, topluluğa veya kişiye yine Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.'*

Hakkın kötüye kullanılması yasağında amaç, demokrasiye veya temel hak ve özgürlüklere zarar veren, yok eden, ölçüsüz ve orantısız kısıtlayan eylemlerle mücadele etmektir. Bu amaçlarla İHAS'a dahil edilen m.17'nin kapsamı son zamanlarda nefret²³¹, şiddet²³² yabancı düşmanlığı ve ırk ayrımcılığı²³³,

²²⁸ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 364.

²²⁹ *'İşbu Beyannamenin hiçbir hükmü içinde ilan olunan hak ve hürriyetlerin bir Devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya bilfiil bunu işlemeye herhangi bir hak getirir mahiyette yorumlanamaz.'*

²³⁰ Şeyma Kuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 45.

²³¹ Perinçek v. Sweden (Grand Chamber), Appl. No. 27510/08, 15.10.2015, para. 115.

²³² Kaysmakhunov and Saybalatov v. Russia, Appl. No. 26261/05, 26377/06, 14.03.2013, para. 106.

²³³ Jersild v. Denmark (Grand Chamber), Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 35.

antisemitizm²³⁴, islamofobi²³⁵ gibi konuları kapsar şekilde genişletilmektedir²³⁶. İHAM'ta yer alan temel hak ve özgürlüklerin amacına uygun kullanılmamasıyla ya da diğerlerine zarar vermek için kullanılması halinde gündeme gelen hakkın kötüye kullanılması yasağı, tek başına bir başvuruda uygulanamaz, mutlaka bir başka maddeyle beraber uygulanabilir. Bununla beraber, Lawless v. Ireland²³⁷ kararında İHAM, özgürlük ve güvenlik hakkı ile adil yargılanma hakkının kötüye kullanılamayacağını, ifade özgürlüğü ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün kötüye kullanılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, Sözleşme'de yer alan tüm hak ve özgürlükler kötüye kullanılmaya elverişli değildir²³⁸.

Diğer taraftan, İHAS sisteminde açık ve doğrudan nefret içeren söylemler ile ırkçı nitelikli söylemler genellikle kabul edilmektedir. 'Holokost inkarı'²³⁹ ise bu tür ifade açıklamalarının özel bir türü olarak görülmekte ve İHAM tarafından doğrudan hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek ifade özgürlüğünün kapsamının dışında bırakılmaktadır. Tarihsel gerçekleri inkar eden bir söylem olarak değerlendirilen Holokost inkarı, Yahudiler, Sovyet esirleri, köken olarak Polonyalılar, özürlüler, eşcinsellerin maruz kaldığı öldürme, işkence, özgürlükten mahrum bırakma politikaları olarak değerlendirilmektedir. Holokost inkarı bakımından değerlendirilen inkar, bir suçun ya da o suçun ayırt edici özelliğinin varlığına itiraz edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan Holokost'un gerçekleşmediği veya gaz odalarının insanların ölümünde kullanılmadığı iddiası şeklinde 'açık inkar' olarak ortaya çıkabileceği gibi Yahudilerin Almanya ekonomisini kötüleştirmek için Holokost mitini ortaya attığı iddiası şeklinde 'ağır inkar' olarak da ortaya çıkabilir²⁴⁰.

İHAM'ın diğer nefret içerikli söylemlere olan yaklaşımı günümüze yaklaştıkça yumuşamışken Holokost inkarı ile ilgili tutumu değişmemiştir²⁴¹. Nefret söylemi ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki ilişki, İHAM'ın nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağı ile ilgili yaklaşımının inceleneceği bölümde ele alınacaktır.

²³⁴ W.P. and others v. Poland, Appl. No. 42264/98, 02.09.2004.

²³⁵ Norwood v. United Kingdom, Appl. No. 23131/03, 16.11.2004.

²³⁶ Kuş, ss. 46-47.

²³⁷ Lawless v. Ireland (No.3), Appl. No. 332/57, 01.07.1961.

²³⁸ Kuş, s. 47.

²³⁹ Ludovic Hennebel, Thomas Hochman Ed., 'Introduction: Questioning the Criminalization of Denials', Genocide Denials and the Law, Oxford University Press, Oxford 2011, s. xix.

²⁴⁰ Elif Küzeci, 'AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve ırkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları', **TBB Dergisi**, Sayı 71, Ankara 2007, ss. 186-187.

²⁴¹ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, ss. 113-114.

b. İHAS M.10/2 Kapsamında Sınırlanma

İfade özgürlüğü, İHAS m.10'a göre, ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemeler temelde üç şekilde ortaya çıkabilir: Birinci fıkrada yer alan radyo, televizyon yayıncılığının ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanması, ikinci fıkrada yer alan ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin ödev ve sorumlulukları ve aynı fıkrada yer alan amaçları korumaya veya gerçekleştirmeye dayalı sınırlama rejimi. İHAS'ın 10. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yer verilen özgürlüklerin kullanımına ilişkin şartlara yer verilmektedir. Buna göre ifade özgürlüğüne yönelik müdahale, hukuki olmalı, müdahale ile meşru bir amaç izlenmeli ve müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır²⁴².

İHAM yapılan başvuruyu incelerken M.10/2'de belirtilen ölçütlerle beraber Sözleşme'ye taraf devletin kararında olayın makul bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğinin diğer bir deyişle korunan meşru amaç ile yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının da değerlendirmesini yapar²⁴³.

Hukukilik ölçütüne göre, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin hukuki bir dayanağının bulunması gerekir. Hak ve özgürlüklerin bir yasayla, kararnameyle, yönetmelikle düzenlenip düzenlenemeyeceği bir iç hukuk sorunu olmakla beraber önemli olan maddi anlamda bir hukuki dayanağın bulunmasıdır²⁴⁴. İHAM'a göre, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler²⁴⁵, yasa koyucu tarafından getirilen düzenlemeler veya içtihatlarla oluşturulan hukuk kuralları²⁴⁶ bu bakımdan hukuki dayanak olabilir. Diğer taraftan, ifade özgürlüğüne müdahale edilebilmesinin yasal dayanağının bulunması aynı zamanda ilgili yasanın erişilebilir ve öngörülebilir olmasını da gerektirir²⁴⁷. Buna göre getirilen düzenleme vatandaşın hangi durumda hangi yasanın uygulanacağı hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Cezaevlerinde yayınlanmamış bir yönetmeliğe dayanılarak getirilen düzenlemelerle, tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin yazışmalarının sınırlandırılmasında hukukilik ihlal edilmiştir²⁴⁸. Hukukilik ölçütüne göre, bir norm vatandaşların davranışlarını ona göre düzenlemelerine imkan sağlayacak açıklıkta olmalıdır, aksi halde yasa olarak kabul edilemez²⁴⁹. Ancak İHAM'a göre ifade özgürlüğünü düzenleyen yasaların mutlak

²⁴² Karan, İfade Özgürlüğü, ss. 369-370.

²⁴³ Gorzelik and others v. Poland, Appl. No. 44158/98, 17.02.2004.

²⁴⁴ Özlü, ss. 55-56.

²⁴⁵ Groppera Radio AG and others v. Switzerland, Appl. No. 10890/84, 28.03.1990, para. 68.

²⁴⁶ Sunday Times v. United Kingdom (No.1), Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, para. 47.

²⁴⁷ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 370.

²⁴⁸ Silver and others v. United Kingdom, Appl. No. 5947/72, 25.03.1983.

²⁴⁹ Müller and others v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, 24.05.1988, para. 29.

olarak öngörülebilir olması beklenemez. Sunday Times v. United Kingdom kararında belirtildiği üzere, hukukun değişen koşullara uyum sağlanması beklenir ve bu sebeple yasalarda muğlak ifadeler kullanılması kaçınılmaz olur²⁵⁰.

Meşru amaç ölçütüne göre, ifade özgürlüğü sadece meşru bir amaçla sınırlanabilir. M.10/2'de sınırlı sayıda ve genişletilmesi mümkün olmayan meşru amaçlar yer almaktadır: Ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi.

Demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü ise diğer ölçütlere göre, daha çetrefilli bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir²⁵¹. Bu ölçüt İHAM içtihatlarında önemli bir yer tutar. Handyside kararında, demokratik toplumda gereklilik ölçütünün ne zorunluluk gibi kesin ve güçlü bir nitelik taşıdığı ne de kabul edilebilir anlamında bir esneklik anlamında olduğu belirtilmekle beraber neticede aşırı dar veya aşırı geniş yorumlanmayacağı üzerinde durulmaktadır²⁵². Gereklilik ölçütü ile demokratik toplumda yapılan müdahale için zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaç olup olmadığı araştırılır. İHAM'a göre bu ölçüt, demokratik toplumun gereklerinin sağlanması için kullanılan araç ile ifade özgürlüğü arasında hakkaniyetli ve orantılı bir denge tutturulmasını amaçlar.²⁵³ Bununla beraber, meşru amacın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile gerçekleşme ihtimali artık kalmamışsa orantıdan söz edilemez. Örnek olarak gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi amacıyla ifade özgürlüğü kısıtlanıyorsa; ancak bu bilgiler bundan önce zaten açıklanmışsa bu noktada ifade özgürlüğüne yönelen müdahale, anlamını yitirdiğinden orantılı olmayacaktır²⁵⁴.

Diğer taraftan müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken takdir alanı doktrini göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre takdir alanı, somut olayda ifadenin konusuna, ifadede bulunan kişiye, ifadenin yöneltildiği kişiye veya kuruma göre farklılaşmaktadır²⁵⁵. Ayrıca İHAM'a göre takdir alanı ifadenin türüne göre genişleyip daralabilir. Örneğin, siyasal ifadelerdeki takdir alanı ticari ifadelerdeki takdir

²⁵⁰ Sunday Times v. United Kingdom (No.1), Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, para. 49.

²⁵¹ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 371.

²⁵² Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07/12/1976, para. 48.

²⁵³ Olsson v. Sweden (No.1), Appl. No. 10465/83, 24.03.1998, para. 67.

²⁵⁴ Özlü, s. 59. Bknz. Sürek v. Turkey (No.2), Appl. No. 24122/94, 08.07.1999.

²⁵⁵ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 371.

alanına göre daha sınırlıdır²⁵⁶. İHAM, ifade özgürlüğüne müdahale etmek için zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın var olduğunu ispat yükünü taraf devlete yüklemiştir. Bunun gerekçesi, ülkenin koşulları ve meşru amaçla korunacak olan toplumsal ihtiyaçları hakkında saptamayı en iyi o ülkedeki yetkili makamların yapabilecek olmasıdır. Bununla beraber, her ne kadar taraf devletlere takdir alanı bırakılmış olsa da taraf devletin yapılan müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürdüğü gerekçelerinin İHAS kapsamında yeterli olum olmadığını İHAM değerlendirecektir.²⁵⁷ Özetle, Sözleşme'ye taraf tüm devletler yönünden insan hakları için asgari bir standardın var olması gerekmektedir ve devletlerin takdir yetkisi bu bakımdan denetimden muaf değildir²⁵⁸.

Diğer taraftan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin İHAS m.10'a uygun olabilmesi için demokratik toplumdan beklenen çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi kavramlarla uyum içinde olması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, çoğunluğun düşünce ve inançlarına uymayan, rahatsız veya şok edici ifade türleri açık fikirliliğin gerektirdiği şekilde hoşgörü ile karşılanmak ve korunmak zorundadır²⁵⁹. Bununla beraber, demokratik katılım için olmazsa olmaz nitelikteki siyasal ifadelerin daha güçlü korumadan yararlanması beklenirken ve demokratik toplumla bağdaşmayan, şiddeti teşvik eden veya destekleyen ifadeler ile ırkçı ve ayrımcı ifadelerin ise m.10'a uygun şekilde sınırlandırılabilmesidir²⁶⁰.

Demokratik toplum konusunda İHAM vermiş olduğu kararlarla bir standart oluşturmaya çalışmakta ve önüne gelen başvurulara konu somut olaylarda hak ve özgürlüklerin sınırlarının diğer Avrupa ülkelerinde nasıl ele alındığını ayrı ayrı değerlendirerek ilgili konuda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını incelemektedir. Eğer bir hakkın kullanımı ile ilgili geniş bir görüş birliği olduğu yönünde bir kanaat oluşmuşsa diğer bir deyişle bir hak ve özgürlüğün korunması ile ilgili bir konsensüs varsa ve Sözleşmeye taraf devlet bu genel kanaate aykırı bir sınırlamaya gitmişse, ilgili taraf devletten bu konudaki aykırı tutumunun nedenini açıklaması beklenir. Aksi halde hak ve özgürlüğe ilişkin sınırlama İHAS'a aykırı kabul edilmektedir²⁶¹.

İHAM içtihatlarına göre, ifadenin yöneltildiği kişi bakımından sınırlandırılmasında devletlerin takdir alanının en geniş olduğu alan yargı organlarına yönelen eleştirilerdir.

²⁵⁶ Animal Defenders International v. United Kingdom, Appl. No. 48876/08, 22/04/2013.

²⁵⁷ Sibel Inceoğlu Ed., **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme)**, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 32.

²⁵⁸ Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07/12/1976, para. 48.

²⁵⁹ Inceoğlu, s. 33.

Ayrıca bkznz. Vogt v. Germany, Appl. No. 17851/91, 26.09.1995, para. 52.

²⁶⁰ Sürek v. Turkey (No.3), Appl. No. 24735/94, 08.07.1999.

²⁶¹ Inceoğlu, s. 36-37.

Ayrıca bkznz. Dudgeon v. United Kingdom, Appl. No. 7525/76, 22.10.1981, para. 60.

Bunun ardından sırayla sıradan kişilere yönelen eleştiriler, kamu görevlilerine yönelen eleştiriler, siyasetçilere ve uygulanan politikalarda sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlara yönelen eleştiriler ve devlete, hükümete ve yargısal işlevi olmayan diğer devlet kurumlarına yönelen eleştiriler gelmektedir. Bununla beraber İHAM'ın içtihatlarına göre, siyasetçilerin ve gazetecilerin ifade özgürlüğüne müdahale içeren başvurulara daha katı denetim uygulanmaktadır²⁶².

c. Şiddete Teşvik Eden İfadelerin Sınırlanması

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa sisteminde nefret söylemi diğer ifade türlerinden ayrı tutulmuş ve ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı kabul edilmiştir. Diğer taraftan şiddete teşvik eden ifadeler ise doğrudan ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılmamış ve bu ifade türüne sağlanan koruma alanı İHAM'ın içtihatlarıyla zaman içinde genişlemiştir²⁶³. İHAM'a göre şiddete teşvik eden ifade, şiddet eylemlerine başvurmayı savunan, terör eylemlerini haklı gösteren, belirli bir kesime karşı nefret oluşmasına neden olacak şiddeti destekleyen ifade türü olarak yorumlanabilir²⁶⁴. Ancak bir ifadenin tek başına şiddeti veya terörü destekliyor olması, o ifadeye müdahale edilmesini meşru kılmaz. Bununla beraber ifadede kullanılan üslubun aşırı sert olması veya Sözleşme'ye taraf devlet ile ilgili olumsuz söylemlerde bulunulması, şiddete teşvik olarak değerlendirilemez²⁶⁵.

İHAM ifadenin şiddete teşvik edip etmediğine karar verirken, ifadenin kendisinin bu kabiliyette olup olmadığına bakmaktadır. Ayrıca, ifadenin açıklandığı ortamın şartlarını göz önünde bulundurarak ifadenin açıklandığı toplumda ortaya çıkaracağı etkileri değerlendirmektedir. Bu bağlamda ifade açıklamasının demokratik toplumda gerekliliği hakkında karar vermektedir²⁶⁶. Buna göre, ifade açıklamasında bulunan kişinin toplum içindeki kimliği önem taşımaktadır. İHAM'a göre şiddete teşvik eden bir ifadenin, siyasi kimliğe sahip bir kişinin ile sıradan bir vatandaş tarafından açıklanmasının toplumda doğuracağı etkiler farklıdır. Siyasi kimliği olan kişinin bu türde söylemlerde bulunmasından doğan olumsuz etkinin, daha fazla olacağı kabul edilmektedir²⁶⁷. İHAM'a göre, şiddete teşvik eden ifadenin kullanıldığı yer ve zaman

²⁶² Uygun, s. 147-148.

²⁶³ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 364.

²⁶⁴ Sürek v. Turkey (No.4), Appl. No. 24762/94, 08.07.1999.

²⁶⁵ Özlü, s. 64.

²⁶⁶ Oktay Uygun, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması', **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, Ed. Taner Koçak, Taylan Doğan, BGST Yayınları, İstanbul 2009, s. 26.

²⁶⁷ Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

da önemlidir. Şiddet eylemlerin sık görüldüğü bir bölgede veya tırmanışta olduğu bir zamanda açıklanan şiddete teşvik ifadelerinin ortaya çıkaracağı olumsuz etki de fazla olabilir²⁶⁸. Bununla beraber ifade açıklamasının muhatapları, dinleyicileri ifadenin etkisi bakımından önemlidir. Ulusal yayın yapan bir kanal veya tüm ülkede dağıtım yapan bir gazetede yer alan ve geniş bir kitleye hitap eden söylemlerin etkisi, bir araya gelmiş bir grubun kendi aralarında paylaştıkları görüş açıklamalarının etkisinden daha büyüktür. Dolayısıyla ifadenin doğuracağı etkiye dayalı olarak Sözleşme'ye taraf devletin ifade özgürlüğüne müdahalesindeki takdir alanının daralacağı veya genişleyeceği belirtilmektedir²⁶⁹. Tüm bu değerlendirmelerle beraber İHAM, Sözleşme'ye taraf devletin müdahalesinin m.10/2'de belirtilen meşru amaçları gözetip gözetmediğini ve demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığını başvuruya konu somut olayla birlikte değerlendirmektedir²⁷⁰.

Özetle, İHAM şiddete teşvik eden bir ifadeye ilişkin müdahalenin, m.10'a uygun olup olmadığını incelerken öncelikle hukukilik ve m.10/2'deki sınırlı sayıda meşru amaçlarla sınırlanma ölçütleri kapsamında bir denetim yapmaktadır. Bu kriterlerin sağlanması halinde demokratik toplumda sınırlanmanın gerekliliği denetlenir. Bu bağlamda İHAM, önüne gelen başvuruda şiddeti teşvik eden bir ifade bulunup bulunmadığını yer, zaman ,dinleyici grubun genişliği gibi unsurları dikkate alarak incelemekte ve bun inceleme neticesinde sınırlamanın m.10'a uygun olduğunu veya ihlal ettiğini tespit etmektedir²⁷¹.

B. İHAM'ın Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunmasına Yaklaşımı

İHAS, 4 Kasım 1950'de imzalanmıştır ve dolayısıyla Sözleşme tarihinde öngörülmesi mümkün olmayan ve daha sonra ortaya çıkan sorunların ve gelişmelerin takip edilebilmesi için yorumlanması gerekmektedir. Nefret söylemi konusu, İHAS'ın hazırlanması sırasında üzerinde özellikle durulmuş bir alan olmadığı için Sözleşme ve protokollerde bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla nefret söyleminin yasaklanması hakkında taraf devletlere getirilmiş herhangi bir yükümlülük

²⁶⁸ Sürek v. Turkey (No.1) Appl. No. 26682/95, 08.07.1999, para. 10, Zana v. Turkey, Appl. No. 18954/91, 25.11.1997.

²⁶⁹ Polat v. Turkey, Appl. No. 23500/94, 08.07.1999, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No. 29221/95, 29225/95, 02.10.2001.

²⁷⁰ Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/ 94, 08.07.1999, para.49.

²⁷¹ Özlü, ss. 63-66.

de söz konusu değildir²⁷². İHAM, nefret söylemini terim olarak ilk kez 1999 tarihli Sürek v. Türkiye (No. 1)²⁷³ kararında kullanmıştır. Ancak İHAM önüne gelen başvurularda somut olay bağlamında analiz yaptığından nefret söylemine ilişkin net bir tanımı bulunmamaktadır.

İHAM tarafından doğrudan zarar doğurduğu kabul edilen nefret söylemi, ifade özgürlüğü ile ayrımcılığa maruz kalmama hakkı arasında bir uyumsuzluğa sebep olmaktadır²⁷⁴. İHAM'ın önceki ve güncel yaklaşımını incelemeye geçmeden önce bir hakkın norm alanı dışında tutulması ile hakkın sınırlandırılması arasındaki farkın ortaya konulması açıklayıcı olacaktır. Bir hakkın norm alanı ile onun kapsamı anlaşılmaktayken; sınırlandırılması ile norm alanı içinde kabul edilen hakkın kısıtlanması kastedilmektedir. Örneğin, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması denildiğinde, norm alanı içinde görülen ifadenin kısıtlanması anlaşılmaktadır. İHAM sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlandırılması; sınırlamanın hukuki olması, meşru sınırlama nedeninin bulunması ve sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olması şartlarının varlığına bağlıdır. Bu şartlara uymayan bir sınırlamanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, bazı söylemler, ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kabul edilir, diğer bir deyişle ifade özgürlüğü anlamında bir ifade olarak dahi görülmez. İfade olarak kabul edilmeyen bir söylemin sınırlandırılmasından doğal olarak söz edilemeyeceğinden yargı organları bu ifadelerin norm alanı dışında olduğuna ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermektedir²⁷⁵.

Özetle İHAM, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin iki farklı yaklaşım benimsemiştir. Birinci yaklaşımda, nefret söylemi m.17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilerek koruma alanının dışına çıkarılmıştır. Diğer yaklaşımda ise nefret söylemi, ifade özgürlüğü kapsamına alınmıştır ve Sözleşme'ye taraf devletlerin nefret söylemine yönelik müdahaleleri m.10/2 bağlamında değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle İHAM'ın hakkın kötüye kullanılmasına dayanan yaklaşımı ile m.17 kapsamında nefret söyleminin ifade özgürlüğünün norm alanı dışında tutulması ve sonuçları söz konusuyken; ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına dayanan yaklaşımı ile m.10/2 kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve sonuçları söz konusu olmaktadır²⁷⁶.

²⁷² Halit Yılmaz, **İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi**, Ankara 2015, Adalet Yayınevi, s. 75.

²⁷³ Sürek v. Turkey (No.1), Appl. No. 26682/95, 08.07.1999.

²⁷⁴ Kerem Altıparmak, 'Kutsal Değerler Üzerine Tezler ve İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap', **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, Ed. Tanıl Bora, İstanbul 2007, İletişim Yayınları, s. 92.

²⁷⁵ Uygun, ss. 22-23.

²⁷⁶ Kuş, s. 45.

1. İHAM'ın m.17'ye Dayanan Yaklaşımı

Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmış bir düşüncedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ilk kez İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinde düzenlenmiş ve daha sonra bazı insan hakları belgelerine eklenmiştir. İkinci Dünya Savaşı sırasında hak ve özgürlükleri suiistimal eden totaliter rejimlere karşı demokrasiyi, demokratik düzeni korumak ve totaliter ve aşırılık yanlısı grupların hak ve özgürlükleri suiistimal etmelerini veya yok etmelerini önlemek amacıyla İHAS'a eklenmiştir²⁷⁷. İHAS 17. maddeye göre; Sözleşme'deki hiçbir hüküm bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya Sözleşme'de öngörülenden daha geniş sınırlandırılması amacıyla bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verdiği şeklinde yorumlanamayacaktır.

Totaliter rejimlerin, tanınan hak ve özgürlükleri yok etmesini veya suiistimal etmesini önleme amacıyla getirilen m.17 hükmü, zaman içinde nefret²⁷⁸, şiddet²⁷⁹, antisemitizm²⁸⁰, yabancı düşmanlığı ve ırk ayrımcılığı²⁸¹, islamofobi²⁸², Holokost, Holokost veya savaş mağdurlarına hakaret²⁸³, demokrasi ile bağdaşmayan siyasi fikir veya rejimler²⁸⁴, terörizm ve savaş suçları²⁸⁵ konularını kapsar hale gelmiştir.

İHAS m. 17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı, Sözleşme'yle tanınan hak ve özgürlüklerin amacına uygun kullanılmaması ya da bir başkasına zarar verme amacı ile kullanılması durumunda söz konusu olmaktadır. İHAM, nefret söylemi hakkında m.17'yi doğrudan, m.10/2 hükmünü dengeleme amacıyla dolaylı olarak uygulamaktadır. Bununla beraber, İHAM'ın m.17 hükmünü doğrudan uygulayabilecekken uygulamadığı veya somut olayda durumun m.17'nin uygulanmasını gerektirmediği durumlara da oluşmaktadır²⁸⁶.

17. maddenin doğrudan uygulandığı ilk dava olan 1957 tarihli Komünist Parti v. Almanya²⁸⁷ başvurusuna konu olayda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Komünist Partisi'nin özgür demokratik düzene yönelik tehdit teşkil ettiğini ve bu

²⁷⁷ Paksas v. Lithuania, Appl. No. 34932/04, 06.01.2011, para. 87.

²⁷⁸ Perinçek v. Sweden, Appl. No. 27510/08, 15.10.2015, para. 115.

²⁷⁹ Kaysmakhunov and Saybalatov v. Russia, Appl. No. 26261/05, 26377/06, 14.03.2013, para. 106.

²⁸⁰ W.P. and others v. Poland, Appl. No. 42264/98, 02.09.2004.

²⁸¹ Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.04.1994, para. 35.

²⁸² Norwood v. United Kingdom, Appl. No. 23131/03, 16.11.2004.

²⁸³ Lehideux and Isorni v. France, Appl. No. 24622/94, 23.09.1998, para. 47.

²⁸⁴ Vajnai v. Hungary, Appl. No. 33629/06, 08.07.2008, para. 25.

²⁸⁵ Orban and others v. France, Appl. No. 20985/05, 15.01.2009, para. 35.

²⁸⁶ Kuş, s. 48.

²⁸⁷ German Communist Party v. Germany, Appl. No. 250/57, 20.07.1957.

durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu açıklamıştır. Bunun üzerine ifade özgürlüğü ile toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğini belirten Alman Komünist Partisi'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na (İHAK) başvuru yapmıştır. İHAK kararında, komünist doktrin tarafından savunulan proletarya diktatörlüğünün, bir rejimin kurulması için diktatörlüğe başvurulmasını savunmasının temel hak ve özgürlükler yönünden yok edilmesini içermesi nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur²⁸⁸. İHAK'ın Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda²⁸⁹ kararına konu olayda Hollanda Halk Birliği Partisi lideri olan başvurucu, ırk ayrımcılığını tahrik eden içerikte bildiri dağıtmak amacıyla bulundurma eyleminden dolayı cezalandırılmıştır. 'Beyaz Hollanda Halkı' başlıklı bildiride, beyaz olmayan Hollandalıların vatandaşlık, ikamet süresi, aile bağları, sosyal, ekonomik ve insancıl herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın sınır dışı edilmesi savunulmaktadır. Komisyon başvurucunun bildiri içeriğinin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve İHAS'a aykırılık teşkil ettiğini belirterek m.17 dolayısıyla ifade özgürlüğüne dayanılamayacağına ve kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda kararı ırkçı nefret söylemi ve ırk ayrımcılığının sözleşme kapsamı dışında bırakılması yönünden önemli bir karardır. Ayrıca ilgili karar, totaliter rejimler haricinde bir konuda m.17'nin doğrudan uygulandığı ilk karardır²⁹⁰.

Graudy v. Fransa²⁹¹ kararı İHAM'ın m.17'yi doğrudan uyguladığı ilk karardır. Davaya konu olayda, başvurucu Holokost'un ve Nazilerin gaz odalarının mit olduğunu iddia etmesi dolayısıyla cezalandırılmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, tarihsel gerçekliğin inkarı niteliğinde olan ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağına ve Holokost inkarının ırksal nefreti teşvik ettiğine karar vermiştir. Gerek İHAK'a göre gerek İHAS'a göre Holokost kesin tarihsel bir bilgidir ve inkar edilemez. Soykırımın gerçekleşip gerçekleşmediği ve yaşanan olaylar açık ve kesindir. Tarihsel gerçekliği hususunda şüphe bulunmayan bu olayların inkar edilmesi, kamusal veya akademik bir tartışmaya da fayda sağlamamaktadır. Buna göre, Holokost inkarını m.10 ifade özgürlüğü kapsamına almaya çalışmak, bu özgürlüğün amacından sapmak anlamına gelir ve

²⁸⁸ Oya Boyar, 'Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı', **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme)**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 84.

²⁸⁹ Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands, Appl. No. 8404/78, 8348/78, 11.10.1979.

²⁹⁰ Kuş, s. 50.

²⁹¹ Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 14.06.2003.

dolayısıyla insanlığa karşı işlenen suçların inkarına ilişkin bir söylem ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemelidir²⁹².

İHAM'ın bu yaklaşımını Witzsch v. Almanya (No. 2)²⁹³ kararıyla devam ettirmiştir. Başvuruya konu olayda başvuru, Hitler ve Nazilerin Yahudilere yönelik eylemleri ve toplu katliamlardaki sorumlulukları ile ilgili makale yazan bir profesöre, makalede yer verilen ifadelerin yanlış olduğunu ve tarihsel olarak sürdürülemeyeceğini belirten özel bir mektup göndermiştir. Ölen kişinin onurunu zedelediği gerekçesiyle cezalandırılan başvuru, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürerek İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme başvurunun gönderdiği mektubun özel olmasını ve yazdığı mektupta Holokost'u ve gaz odalarını inkar eden herhangi bir ifade kullanmamış olmasını göz önünde bulundurmaksızın m.17'yi doğrudan uygulayarak başvurunun ifadelerin Sözleşme kapsamında korunmadığına karar vermiştir²⁹⁴. İHAM'ın 2015 tarihli M'Bala M'Bala v. Fransa²⁹⁵ kararı yakın tarihli önemli bir karardır. Başvuruya konu olayda, bir komedi şovu sırasında Holokost inkarından cezalandırılmış bir kişiye, Yahudileri sürgün eden kişiler gibi giyinmiş bir oyuncu tarafından ödül verilmiştir. Komedi şovu boyunca açıkça Holokost'tan söz edilmese dahi İHAM somut olayda nefret ve antisemitizm var olduğuna ve Holokost'un sorgulandığı kanaatine varmıştır. İHAM ilgili sahneyi m.10 kapsamı dışında bırakarak m.17'yi doğrudan uygulamıştır²⁹⁶.

İHAM, Norwood v. Birleşik Krallık²⁹⁷ kararında hakkın kötüye kullanılması yasağını din temelli nefret söylemi için uygulamıştır. Başvuruya konu olayda, Britanya Milli Partisine üye olan başvuru, evinin penceresine yanan İkiz Kuleler'in resmi, 'İslam Britanya'dan Dışarı, Britanya Halkını Koru' yazısı ve üzerinde çarpı işaretinin olduğu hilal ve yıldız sembolü olan bir poster asmıştır. Bu eylemi dolayısıyla para cezasına çarptırılan başvuru ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. İHAM posterdeki resim ve yazıların İngiltere'deki tüm Müslümanlara yönelik genel bir saldırı niteliğinde olduğunu belirterek, bir dini grubun tamamını ciddi bir terör eylemiyle ilişkilendiren başvurunun genel ve şiddet içerikli saldırısının Sözleşme'nin değerleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Başvurunun eylemini m.17 bağlamında değerlendirerek İHAS'ın kapsamı dışında bırakmıştır²⁹⁸. Norwood

²⁹² Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 14.06.2003.

²⁹³ Witzsch v. Germany (No.2), Appl. No. 7485/03, 13.12.2005.

²⁹⁴ Witzsch v. Germany (No.2), Appl. No. 7485/03, 13.12.2005, para. 3.

²⁹⁵ M'Bala M'Bala v. France, Appl. No. 25239/13, 20.10.2015.

²⁹⁶ M'Bala M'Bala v. France, Appl. No. 25239/13, 20.10.2015.

²⁹⁷ Norwood v. United Kingdom, Appl. No. 23131/03, 16.11.2004.

²⁹⁸ Boyar, s. 87.

v. Birleşik Krallık kararında, somut olayda ilgili posterin herhangi bir şiddeti kışkırtmamasına ve bölgede ırksal bir gerilime sebep olamamasına rağmen m.17'nin uygulanması, Mahkeme'nin nefret söylemini doğrudan zarar olarak görmesi ile açıklanmaktadır. İHAM, etnik kökene dayalı nefret söylemine ilişkin Pavel Ivanov v. Rusya²⁹⁹ kararında da doğrudan m.17'yi uygulamıştır. Başvuruya konu olayda başvuru Yahudilerin ülkedeki kötülüklerin kaynağı olduğunu ve sosyal yaşamdan dışlanmaları gerektiğini iddia ettiği yazılarını gazetede yayımlatması dolayısıyla para cezası almış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, Norwood kararında belirtmiş olduğu gibi etnik kökene yönelik nefret söyleminin, hoşgörü, toplum barışı ve ayrımcılık yapmama gibi Sözleşme'nin değerlerine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. İHAM'ın 2017 tarihli Belkacem v. Belçika³⁰⁰ kararına konu olayda, 'Belçika için Şeriat' isimli örgütün lideri, Youtube'da Müslüman olmayan topluluklar ve şeriat konularında ayrımcı, nefret içerikli ve şiddete teşvik eden videolar yayınladığı gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Mahkeme, başvuru kişinin söylemlerinin nefret uyandırıcı olduğunu, Müslümanları gayrimüslimlere üstün gelmeye çağırdığını belirterek bu şekilde gerçekleştirilen genel ve şiddet içerikli saldırıların İHAM'ın değerleriyle uygun düşmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, somut olayda başvuru kişinin eyleminin, m.10 korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir.

Diğer taraftan m.17'nin dolaylı olarak uygulandığı, diğer bir deyişle m.10 ile m.17'nin birlikte uygulandığı da görülmektedir. Bu kararlarda, m.17 ifade özgürlüğünün sınırlanmasında bir yorum aracı şeklinde kullanılmaktadır. Bu şekilde verilen kararlar özellikle İHAM döneminde görülmektedir. 1988 tarihli Kühnen v. Almanya³⁰¹ başvurusu m.17'nin yorum aracı olarak kullanıldığı ilk karardır. Başvuruya konu olayda Kühnen isimli kişi, Alman Nazi Partisi'ni yeniden kurma iddiasıyla yasa dışı örgüt hakkında propaganda yapmaktan mahkum edilmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon başvuruyu incelerken m.10/2'de yer alan demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği ölçütünde m.17 kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla m.10 ile korunan ifade özgürlüğünün m.17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacak şekilde anlaşılamayacağı ve ırk veya din içerikli ayrımcılık içeren söylemlerin sınırlanmasının demokratik toplumda gereklilik ölçütüne uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. İlgili

²⁹⁹ Pavel Ivanov v. Russia, Appl. No. 35222/04, 20.02.2017.

³⁰⁰ Belkacem v. Belgium, Appl. No. 34367/14, 24.06.2017.

³⁰¹ Kühnen v. The Federal Republic of Germany, Appl. No. 12194/86, 12.05.1988.

kararda m.17'nin yol gösterici olarak kullanılması nedeniyle m.10/2 hükmüne dayanılarak karar verildiği söylenemeyecektir³⁰².

Diğer taraftan, Holokost'un açık veya örtülü inkarı konusunda İHAM veya İHAK kararlarında ifadenin bağlamı değerlendirilmeksizin dolaylı veya doğrudan m.17'nin uygulanmasının isabetli olmadığı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialara yeterince cevap veremediği belirtilmektedir³⁰³. 17. maddenin dolaylı veya doğrudan uygulanması konusundaki belirsizliğe Witzsch v. Germany (No.1)³⁰⁴ kararı örnek olarak verilebilir. Başvuruya konu olayda Witzsch isimli kişi, gaz odalarında gerçekleştirilen toplu katliamların yalan olduğuna ilişkin söylemlerde bulunması üzerine mahkum edilmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme her ne kadar Holokost inkarının m.10 korumasından yararlanamayacağını belirtmiş olsa da m.10 kapsamında başvuruyu değerlendirmeye devam etmiş ve m.17'yi yol gösterici olarak uygulayarak demokratik toplumda müdahalenin gerekli olduğuna karar vermiştir. Buna karşın İHAM, Witzsch v. Germany (No.2)³⁰⁵ başvurusunda benzer konuda m.17'yi doğrudan uygulamıştır. İHAM'ın aynı başvurucuya ait ve benzer konularda vermiş olduğu birbiriyle çelişen kararlar m.17'nin uygulanması ile ilgili belirsiz bir yaklaşımın ortaya konulduğunu göstermektedir³⁰⁶.

Bununla beraber, 17. maddenin uygulanabileceği buna rağmen yine de uygulanmadığı başvurular da bulunmaktadır. İHAM'ın 2010 tarihli Le Pen v Fransa³⁰⁷ başvurusuna konu olayda, bir siyasi parti lideri olan Le Pen, verdiği bir röportajda göçmenlerin ev sahibi ülkelere yerleşmesi konusunda Müslümanlarla ilgili sayılarının artması halinde ülkeyi yönetecekleri ve devamında yaptığı açıklamalar nedeniyle para cezasına mahkum edilmiştir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden Le Pen, İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme öncelikle siyasi ifadenin önemine ve herhangi bir

³⁰² Keane David, 'Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights', **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 25, No. 4, December 2007, s. 646'dan aktaran Özlü, s. 96.

³⁰³ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, 'The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights protection?', **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 29, No. 1, March 2007, s. 68'dan aktaran Kuş, s. 57.

³⁰⁴ Witzsch v. Germany, Appl. No. 41448/98. 20.04.1999.

³⁰⁵ Witzsch v. Germany, Appl. No. 7485/03, 13.12.2005.

Başvuruya konu olayda Witzsch, bir profesörün Hitler ve Nazilerin Yahudilerin toplu katliamlarındaki sorumlulukları hakkındaki makalesine karşı makaledeki ifadelerin yanlış ve tarihsel olarak sürdürülemez olduğuna dair özel bir mektup yazmıştı.

³⁰⁶ Paulien Elsbeth De Morree, Rights and Wrongs Under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights, Intersantia, **School of Human Rights Research Series** Vol.78, October 2016, ss. 22-23.

³⁰⁷ Le Pen c. France, Req. No. 18788/09, 20.04.2010.

Bknz. Seurot v. France, Appl. No. 57383/00, 18.05.2004; Leroy v. France, Appl. No. 36109/03, 02.10.2008.

zorlayıcı sebepler olmadan siyasi ifadenin sınırlandırılmayacağı belirtmiştir. Diğer taraftan İHAM, başvurunun Müslümanlar hakkındaki ifadelerini endişe verici bulmuş ve ifadeye yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Diğer taraftan İHAM bazı başvurularda m.17'nin kullanılmasını gerekli görmemiştir. Soulas ve diğerleri v. Fransa³⁰⁸ başvurusuna konu olayda Soulas isimli kişinin 'Avrupa'nın Sömürgeleştirilmesi' adlı kitabında Müslümanların Avrupa'yı işgal ettiğini ve bu sorunun çözümünün etnik savaş olduğuna ilişkin söylemleri nedeniyle kendisine para cezası verilmiş ve bu cezanın ifade özgürlüğünü ihlal etmesi iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. İHAM kitaptan alıntılanan kısımların, m.17'nin uygulanmasını gerektirecek kadar ciddi boyutta olmadığına kanaat getirerek başvuruyu m.10 kapsamında ele almıştır. Kitapta yer alan göçmenlik karşıtı ifadelerin kamusal tartışma niteliğinde olduğunu kabul eden İHAM, bu tür ifadelerin korunmasında devletlerin takdir alanının nispeten geniş olduğuna ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bununla beraber, ırkçı ve ayrımcı görüşlerin yayınlanmasında medyanın sorumluluğu sorunu gündeme gelmektedir. Nefret söylemi ile basın özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde Sözleşme'ye taraf olan devletin müdahalesinin orantılı olup olmadığı değerlendirilmekte ve basın özgürlüğünün korunması yönünde bir yaklaşım sergilenmektedir. Böyle bir durumda nefret söyleminde bulunanın sorumluluğu ile bu söylemi yayınlayanın sorumluluğu arasında ayırım yapılmaktadır. Bu tür söylemleri kamuoyuna aktaran medyanın söylemde bulunan kadar ağır yük altına girmesinin 'kamu bekçiliği' üstlenen basının görevini yerine getirememesine neden olabilecektir³⁰⁹. Jersild v. Danimarka³¹⁰ kararına konu olayda, başvuru Jersild bir gazetecidir. 'Yeşil Ceketliler' adlı ırkçı bir grupta yaptığı röportajda geçen grup temsilcilerinin zencilerin insan olmadığı, hayvan olduğu ve bu durumun Türkler, Yugoslavlar ve diğer tüm yabancı işçiler için geçerli olduğu şeklindeki söylemleri³¹¹ dolayısıyla kendisine para cezası verilmiştir. İHAM öncelikle ırkçı nefret söyleminde bulunan Yeşil Ceketliler grubunun başvuruda bulunması ihtimalinde m.17'yi doğrudan uygulayacağını ve başvuru m.10 koruması kapsamında yararlanamayacağını belirtmiştir³¹². Bununla beraber Mahkeme'ye göre başvurunun söylemde bulunan

³⁰⁸ Soulas and others v. France, Appl. No. 15615/07, 16.07.2008.

³⁰⁹ Küzeci, ss. 194-195.

³¹⁰ Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.10.1994.

³¹¹ Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.10.1994, para. 11.

³¹² Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.10.1994, para. 35.

kişi olmaması ve yaptığı programda kullanılan ifadeler nedeniyle cezalandırılması nedeniyle başvuruçunun amacının iyi bir şekilde tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İHAM'a göre kamuoyunun bilgilendirilmesi ile kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması arasındaki hassa dengenin kurulabilmesi için basının nefret söylemi türündeki ifadeleri yayınlarken sorumlu davranması, kişilerin haklarının korunması için dengeleyici ifadelere yer verilmesi, nefret söylemi türündeki ifadelerin yayılmasını hedeflememesi beklenir³¹³.

Sonuç olarak, İHAM'ın, m.17'yi önceleri Nazist ve sosyalist totaliter rejimlerle ilgili başvurularda uygularken sonraları ırkçılık, antisemitizm, Holokost inkarı, din temelli nefret, yabancı düşmanlığı veya göçmenlere karşı nefret konularındaki başvurularda uygulamış olduğu görülmektedir. İHAM, nefret söylemi hakkında m.10 ve m.17 kapsamında ikili bir yöntem izlemekle beraber m.17 kapsamında yaptığı incelemeyi doğrudan uyguladığı, yorum aracı olarak dolaylı uyguladığı, kullanılabilecek olduğu halde kullanmadığı ve kullanılmasını gerekli görmediği olmak üzere dört kategoride gerçekleştirmektedir. Bununla beraber benzer konu ve şartlar altında olan bir başvuruda m.17'yi doğrudan uygularken diğer başvuruda somut olayın m.17'nin uygulanmasını gerektirecek boyutta olmadığına karar vermiştir³¹⁴. Mahkeme'nin bu tutumu önüne gelecek başvurularda nasıl bir yöntem benimseyeceği ve nasıl bir sistem dahilinde başvuruları inceleyeceği konularında belirsizlik oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, İHAM Holokost ile diğer tarihsel olaylar hakkındaki söylemler arasında ayırım yapmaktadır. Bu ayrıma göre, Holokost tartışma konusu yapılamazken diğer tarihsel olaylar hakkında bu mümkün görülmektedir. İHAM, Lehideux ve Isorni v. France³¹⁵ başvurusunda tartışmalı tarihsel olaylar hakkında hakemlik görevinin bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, gerçekliği tartışılmaz olmayan diğer tarihsel olayların inkarına ilişkin getirilen sınırlamaların m.17 kapsamında değil ifadenin sınırlandırılmasının incelendiği m.10/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir³¹⁶. Bununla birlikte her ne kadar İHAM'a göre siyasi ifadeler, diğer ifadelere kıyasla özel bir öneme sahip olsa da nefret söylemi içeren siyasal ifadeler ifade özgürlüğü kapsamı içerisinde görülmemektedir³¹⁷. Ayrıca,

³¹³ Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.10.1994, para. 31.

³¹⁴ Bknz. Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands, Appl. No. 8406/78, 8348/78, 11.10.1979; Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009.

³¹⁵ Lehideux and Isorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998.

³¹⁶ Lehideux and Isorni v. France, Appl. No. 24662/94, 23.09.1998.

³¹⁷ Bir ifadenin Holokost inkarı ile beraber siyasal eleştiri kabul edilebilecek bir söylem de içermesi halinde başvurunun tamamı m.17 kapsamında değerlendirilmemekte ve siyasal eleştiri kabul edilen kısım m.10 kapsamında incelenmektedir. Bknz. Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003.

sadece ırksal nefret veya yabancı düşmanlığı değil, dinsel nefret ve bir dini inancı benimseyenlerin terör eylemleri ile bağdaştırılması niteliğindeki söylemlerin de hoşgörü, toplum barışı ve ayrımcılık yasağı gibi İHAS değerleriyle bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Bu tür ifadeler, m.17 kapsamında kabul edilemez bulunmaktadır³¹⁸.

2. İHAM'ın m.10/2'ye Dayanan Yaklaşımı

Günümüzde İHAM'ın Holokost inkarı dışındaki nefret söylemine ilişkin başvuruları m.10/2'de yer alan sınırlama ölçütlerine göre değerlendirdiği görülmektedir. M.17 ile hakkın koruma kapsamından çıkarıldığı ve m.10/2 ile de koruma alanı içerisinde görülen hakkın sınırlanmasının söz konusu olduğu açıklanmıştır. Buradan hareketle İHAM'ın son zamanlardaki yaklaşımıyla Holokost dışındaki nefret söylemi türündeki ifadeler için m.17'yi uygulamayıp m.10/2 kapsamında değerlendirmesi, artık nefret söylemini ifade özgürlüğünün norm alanı içinde gördüğü belirtilmektedir. Bununla beraber Mahkeme aşırı görüşler ile ilgili m.17 kapsamında kabul edilmezlik kararı vermeye devam etmektedir. Ancak Holokost inkarının halen m.17 kapsamında değerlendirilmesi, bu türdeki söylemlerin ifade özgürlüğünün norm alanında görülmediğini göstermektedir³¹⁹.

İHAM'ın son zamanlarda verdiği kararlarda 1966 tarihli MSHS, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1997 tarihli Tavsiye Kararı ve Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun raporlarına yer vermektedir. Bu çerçevede hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yayan, teşvik eden, üreten ya da savunan her türlü ifade nefret söylemi kabul edilmekte ve İHAM'ın bu tanıma kararlarında atıf yaptığı görülmektedir³²⁰. Bununla beraber İHAM, önüne gelen bir başvuruda kullanılan ifadenin m.10 kapsamında korunup korunmadığına karar verirken öncelikle başvuruya konu ifadenin içeriğini değerlendirmektedir. Daha sonra kullanılan ifadenin, muhatap gruba karşı nefrete, düşmanlığa ya da dışlamaya sebep olabilecek nitelikte ya da yayılmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir. Son olarak, ifadenin, toplumda bir gruba yönelik düşmanlık ya da ayrımcılık içeren tutumlara sebep olma eğiliminde olup olmadığına bakılarak ifadenin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığına karar verilmektedir³²¹.

³¹⁸ Norwood v. United Kingdom, Appl. No. 23131/03, 16.07.2003.

³¹⁹ Özlü, s. 99.

³²⁰ Bknz. Féret c. Belgiye, Req. No. 15615/07, 16.07.2009; Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/91, 04.12.2003.

³²¹ Féret c. Belgiye, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 69,70,71.

Böylece ifade özgürlüğü ve nefret söyleminin zararlı sonuçları arasında denge kurulmaya çalışılmaktadır. İHAM'a yapılan nefret söylemine ilişkin başvurularda taraf devletlerin genellikle m.10/2'de belirtilen başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması sebeplerine dayanarak ifade özgürlüğüne müdahalede bulunduğu görülmektedir. Bu sebeplerden başkalarının haklarının korunmasına ilişkin sınırlama sebebi, nefret söylemine maruz kalanların karşılaşabileceği zararlara ilişkin iken³²² kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin sınırlama sebebine toplumun genelinin karşılaşabileceği zarara ve nefret söyleminin yayılmasına ilişkindir. İHAM yabancı düşmanlığı ve ayrımcı nitelikteki ifadelerin yabancılara karşı dışlamaya, güvensizliğe veya nefrete sebep olacağı kanaatindedir³²³.

İHAS m.10/2 anlamında müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın bulunması anlamına gelmektedir. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı ile ilgili değerlendirmeyi en iyi yapacak olan taraf devletin kendisi olduğundan taraf devletlere bu konuda takdir yetkisi tanınmıştır. Soulas ve diğerleri v. Fransa³²⁴ başvurusunda müdahalenin İHAS'a uygun olup olmadığı değerlendirilirken Fransa'daki tarihsel, kültürel ve demografik şartlar göz önünde bulundurulmuştur. Başvuruya konu olayda, Soulas isimli kişinin 'Avrupa'nın Sömürgeleştirilmesi' adlı kitabında yer verdiği Müslümanların Avrupa'yı işgal ettiğini ve bu sorunun çözümünün etnik savaş olduğuna ilişkin söylemleri, yerli halk ile göçmen Müslümanlar arasında ciddi sorunlar ortaya çıkarabilecek nitelikte olduğundan taraf devletin takdir alanın daha geniş olması beklenir³²⁵. Bu kararında kamusal tartışmanın önemine ve göçmenlik karşıtı ifadelerin kamusal tartışmaya konu olabileceğine değinen İHAM, bu tür ifadelerin korunmasında devletlerin takdir alanının nispeten geniş olduğuna ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

11 Eylül 2001 saldırılarının da etkisiyle Avrupa'da nefret söylemi konusuna verilen önem artmıştır. Bu dönemde devletlerin terör saldırılarının önlenmesi amacıyla düzenleme yapmam eğilimi gösterdiği anlaşılmaktadır. Avrupa Konseyi de 16 Mayıs 2005 tarihli Terörün Önlenmesi Sözleşmesi ile terör suçunun işlenmesinin alenen teşvik edilmesinin önlenmesi için taraf devletlerin gereken tedbirleri alması öngörülmüştür. Buna göre, bir ifade terör suçunun işlenmesini teşvik etmek amacıyla kullanılmışsa ve ifade ile terör suçunun işlenmesi tehlikesi oluşturacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya erişilebilir olması söz konusuysa bu ifadeye müdahale

³²² Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 73.

³²³ Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009, para. 69.

³²⁴ Soulas and others v. France, Appl. No. 15615/07, 16.07.2008.

³²⁵ Soulas and others v. France, Appl. No. 15615/07, 16.07.2008, para. 36,38.

etmek için yeterli şartların oluştuğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle ifadeye müdahale edilebilmesi için terör suçunun işlenmesine teşvik amacının bulunması ve terör suçunun gerçekleşmesini sağlayacak bir mesajın yayılması veya o ulaşılabilir olması yeterli görülmektedir³²⁶.

Terörün önlenmesine yönelik gelişen bu eğilim İHAM kararlarına da yansımış ve hangi türden ifadelerin terörü teşvik niteliğinde olduğu konularında başvurular yapılmıştır. Örneğin Leroy v. Fransa³²⁷ başvurusuna konu olayda bir karikatürde yıkılan binaların resmedildiği ve altında ‘Hepimiz hayal ettik, Hamas gerçekleştirdi’ yazısının yer aldığı görülmektedir. İHAM’a göre, somut olaydaki karikatür, şiddet eylemini desteklemektedir. Özellikle ‘Hepimiz hayal ettik’ söyleminin 11 Eylül saldırısını gerçekleştirenlerin görüşlerinin paylaşıldığı, bu kişilerle bir dayanışma içerisinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bununla beraber İHAM’a göre karikatürün Amerikan emperyalizmin yıkılması şeklindeki amacı; ırkçılık, antisemitizm, Holokost inkarı ve islamofobinin kışkırtılmasından farklı biçimde Sözleşme ile korunan temel hak ve özgürlükleri yıkmaya amacı taşımamaktadır. Bu nedenle başvuru m.17 bakımından reddedilmemiş ve m.10 kapsamında değerlendirilmiştir³²⁸. Diğer taraftan İHAM, ilgili karikatürün şiddete teşvik etmekle beraber, 11 Eylül saldırıları mağdurlarını da rencide ettiği yönünde tespitte bulunmuştur. Dolayısıyla bu tür kışkırtıcı ifadelerin terör mağdurları üzerindeki olumsuz etkisi, ifadenin koruma alanını daraltan bir kriter olarak görülmektedir. Ayrıca ifadede bulunan kişi veya kişilerin mağdurları rencide etme veya psikolojik olarak kötü etkileme kastının bulunup bulunmamasına bakılmamaktadır. Diğer bir deyişle konuşmacının bu yönde bir kastının olmaması ifade özgürlüğü korumasından yararlanmasını sağlamayacaktır. İHAM değerlendirmesini yaparken ifadenin içeriği açıklandığı zaman ve yerin koşulları ile uygulanacak yaptırımın ağırlığını göz önünde bulundurmaktadır. Bu bağlamda İHAM somut olayda ifadeye yapılan müdahaleyi Sözleşme’ye uygun bulmuştur³²⁹. İHAM’ın Leroy kararı otosansüre sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir³³⁰.

Bununla beraber siyasal ifadelerin kamusal tartışmaya yaptığı katkı dikkate alındığında İHAM tarafından bu tür ifadelere geniş bir özgürlük alanı tanınmaktadır.

³²⁶ Bknz. İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/160-avrupa-konseyi-terorizmin-onlenmesi-sozlesmesi/> (E.T.: 01/07/2021).

³²⁷ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008.

³²⁸ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 43.

³²⁹ Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 38, 43

³³⁰ Özlü, s. 104.

Diğer taraftan ırkçı, din veya kültür temelli nefreti kışkırtan siyasal ifadeler toplumsal barışı ve siyasi istikrarı olumsuz etkileyeceğinden siyasetçilerin bu türdeki ifadeleri kullanmaktan kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme siyasi partilere hoşgörüsüzlüğü, ırkçılığı, din ve etnik köken temelli nefret teşvik eden söylemlerden ve aşağılayan veya zarar verme kastıyla gerçekleştirilen davranışlardan kaçınma görevi yüklemektedir³³¹. İHAM'a göre nefret söyleminin yayılmasında kullanılan araçlar ve söylemin içinde bulunulan koşullar çerçevesinde kamu düzenine ve mağdur gruplara yapacağı etki Sözleşme'ye taraf olan devletin yapacağı müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde önemlidir. Bununla beraber İHAM Holokost inkarına ilişkin tutumunu diğer inkar söylemlerinde göstermemektedir. Bu bakımdan Perinçek v. İsviçre³³² başvurusu Holokost ve diğer inkar söylemleri arasında karşılaştırma yapma imkanı sunmaktadır. Bu başvuruya konu söylem, Osmanlı Devleti'nin Ermeni halkına soykırımda bulunduğu kabul edilmemesi ve soykırım iddiasının uluslararası bir yalan olduğuna ilişkindir. Mahkeme öncelikle söz konusu başvuruyu m.17 hakkın kötüye kullanılması kapsamında incelemeyeceğini ve bu yöndeki gerekçelerini ileri sürmüştür. Buna göre, başvuruya konu söylem, esasen 1915 ve devamı yıllarda yaşanan olayların yasal olarak soykırım şeklinde tanımlanmasına karşı çıkmaktadır ve bu bakımdan Ermenilere yönelik nefret söylemi şeklinde nitelendirilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Belirtilen tarihlerde yaşanan olayların uluslararası bir yalan olduğu şeklindeki bir söylem her ne kadar rahatsız edici ve kışkırtıcı olsa da m.10 tarafından bu tür söylemlerin korunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuruya konu ifadenin m.17 kapsamında değerlendirmesine gerek görülmemiştir³³³. İHAM, tarihsel gerçeklerin araştırılmasının ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu, Mahkeme'nin tarihçilerin üzerinde uzlaşmaya varamadığı konuları çözmek gibi bir görevi olmadığını, başvurucunun söylemlerinin siyasi, hukuki, tarihsel niteliğinin bulunduğunu göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmiş ve başvurucunun söylemlerinin kamusal tartışmaya sağlayacağı katkı dikkate alındığında taraf devletin takdir alanının daralmış olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan ilgili tarihte yaşanan olayların soykırım olarak kabul edilmesi hususunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını belirten

³³¹ Erbakan v. Turkey, Appl. No. 59405/00,06.07.2006, para. 64.

³³² Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013.

³³³ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 52-54.

Mahkeme, tarihi araştırmaların tartışmalarla ilerlediğini ve bu türdeki konularda akademik bir konsensüse ulaşılabileceği hakkında şüpheli olduğunu belirtmiřtir³³⁴.

İHAM'a göre, tarihsel olaylar ile ilgili görüş açıklamalarının başvuruya konu olayda olduğu gibi yasaklanması, kişilerin eleştirel görüşlerini açıklamaktan kaçınmalarına neden olabilecek ve dolayısıyla da kamusal tartışmaya katkıda bulunmalarını engelleyebilecektir. Mahkeme tüm bu değerlendirmeler neticesinde taraf devletin takdir yetkisini aşarak m.10'u ihlal ettiğine karar vermiřtir³³⁵. Perinçek v. İsviçre kararıyla İHAM, Holokost inkarı hakkındaki içtihatlarından ayrılmıştır. Bunun sebebi öncelikle Holokost inkarı ile ilgili başvurularda tartışma götürmeyen tarihsel olgular inkar edilirken, Perinçek başvurusunda yaşanan tarihsel olgular değil bunların niteliği kabul edilmemektedir. Bununla beraber, Holokost inkarında işlendiği inkar edilen suçlar açık hukuki temellerle cezalandırılmıştır ve inkar edilen olayların gerçekliği uluslararası mahkemeler tarafından tespit edilmiřtir³³⁶.

Netice olarak İHAM kendisine yapılan nefret söylemi ile ilgili başvurularda, Sözleşme'ye taraf devletin ifadeye yapmış olduğu müdahaleyi m.10/2 kapsamında ele almakta ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken Sözleşme'ye taraf devletin tarihi ve demografik özellikleri dikkate almaktadır. İHAM, yapılan başvuruların büyük bir kısmında taraf devlet tarafından yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermektedir. Mahkeme'ye göre, nefret söyleminin toplumda bazı belirli grupların haysiyetlerine ve güvenliklerine zarar vermesi, yetkili kamu makamlarının bu söylem türü ile mücadele etmesini gerektirmektedir. Buna göre İHAM önün gelen başvurularda somut olayda söylemin kamu düzenine veya başkalarının haklarına zarar verip vermediğini ya da bu açıdan tehlike teşkil edip etmediğini araştırmamaktadır. Kullanılan söylemi soyut olarak tehlikeli görerek kamu düzeninin ne kadar zedelendiğini göz önünde bulundurmaksızın ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi taraf devletin takdir yetkisinde kabul etmektedir. Somut olaya

³³⁴ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 111-117.

³³⁵ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 127-129.

³³⁶ Perinçek v. Switzerland, Appl. No. 27510/08, 17.12.2013, para. 117-119.

İlgili karar, bir taraftan Ermeni soykırımının çok sayıda devlet tarafından tanınmadığı ve dolayısıyla taraf devletin müdahalesindeki takdir alanının daraldığını belirtirken diğer taraftan soykırımın tanınmasının soykırımın inkarının cezalandırılmasını gerektirmeyeceğini belirttiğinden içerdiği çelişkili ifadeler sebebiyle eleştirilmiştir. Diğer taraftan İHAM Ermeni soykırımı ile ilgili akademik bir konsensüs oluşacağı yönünde şüpheli olduğunu belirtmiştir. Bu gibi konularda akademik konsensüse ulaşmak mümkün değilse Holokost inkarı konusunda da benzer şekilde bir sorunun ortaya çıkması beklenmektedir. Bununla beraber, ifadenin tarihsel gerçeğe ulaşmaya çabalayan akademik bir çalışma şeklinde nitelendirilmesi de şüphelidir. Bknz. James Welch, 'Case and Comment: Selected decision from the ECHR from November 2013 to December 2013', European Human Rights Law Review, 2014/2, ss. 209-210'dan aktaran Özlü, s. 107.

göre değerlendirme yapılmaması gerçekten kamu düzenini veya başkalarının haklarını zedeleyen söylemler ile diğerleri arasında ayırım yapılmasını zorlaştırmaktadır. Leroy v. Fransa kararında, Mahkeme'nin terör eylemlerini tahrik etme amacının olmadığını kabul etmesine rağmen karikatürün tahrike elverişli olduğu yönünde değerlendirme yapması bu konuda örnek olarak gösterilebilir. İHAM, konuşmacının nefrete teşvik etme kastının bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmamakta, sarf edilen söylemin zararlı bir eğilimi olup olmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla ifade açıklamasında bulunan kişinin herhangi bir şekilde nefreti kışkırtma amacı bulunmasa da ifadenin kamu düzeni veya başkalarının hakları için zararlı eğilim göstermesi halinde taraf devlet müdahalede bulunabilecektir³³⁷.

Diğer taraftan, 2012 tarihli Fáber v. Macaristan³³⁸ başvurusuna konu olayda, ırkçılık ve nefret karşıtı protesto gösteri esnasında tepki olarak karşı bir gösteri düzenlenmiştir. Bununla beraber Yahudi soykırımı ile bağdaştırılan Macaristan'ın tarihi bayraklarından biri sergilenmiştir ve her iki gösteri de tarihte Yahudilerin katledildiği yerlerden biridir. Başvuruda İHAM ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. İHAM'ın bu kararının gerekçesinde ilk kez ABD Yüksek Mahkemesi'nin açık ve mevcut tehlike ölçütünün nefret söylemine uygulandığı kararlarına atıf yapılmıştır. Gerekçede somut olayda Yahudi soykırımı ile özdeşleştirilen bayrak gösterilmesinde olduğu gibi sembolik ifadelerin de ifade özgürlüğü içerisinde yer aldığı belirtilmekle beraber ancak muhatap grubun vücut bütünlüğünü zedeleme kastıyla ifade açıklanmasında bulunulması ve gerçek bir tehdidin var olduğu hallerde ifadeye müdahalede bulunulabileceği belirtilmiştir³³⁹. İHAM, taraf devletin müdahalesinin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelerken her iki grubun da haklarının korunması gerektiğine işaret ederek ancak herhangi bir şiddet tehdidinin bulunması halinde denge sağlanması amacıyla müdahalede bulunulabileceğini belirtmiştir³⁴⁰.

Fáber kararına konu olayda bayrağın ırkçı bir sembol olarak kullanılıp kullanılmadığının belirlenebilmesi için yer ve zaman incelemesi yapılması gerekmektedir. Başvuruya konu ifade açıklaması ırkçılık karşıtı bir gösteri devam ederken ve Yahudilerin katledildiği yerde gerçekleştirilmiştir. Ancak ifadenin m.10/2'ye göre sınırlanabilmesi için ifadenin tehdit eden veya belirli kişilere karşı düşmanlığı yayarak şiddete teşvik etmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi halde ifade özgürlüğüne

³³⁷ Bknz. Leroy c. France, Req. No. 36109/3, 02.10.2008, para. 38.

³³⁸ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07.2012.

³³⁹ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07. 2012, para. 18.

³⁴⁰ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07. 2012, para. 42,43.

yapılabilecek müdahaleyi meşrulaştıran zorunlu toplumsal ihtiyaçtan bahsedilemeyecektir. İHAM'a göre olayda bayrağın gösterilmesi mağdur ve mağdur yakınları bakımından üzücü, rencide veya şok edici olsa dahi tek başına ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklılaştırmamaktadır³⁴¹.

İHAM'ın Fáber kararı, ifadenin düşmanlığı yayması, şok edici veya saygısız bulunmasının tek başına müdahale edilmesi için yeterli görülmemesi bakımından ilgi çekici bir karardır. Bununla beraber, aynı kararda bayrağın daha önce katliamların yapıldığı bir yerde gösterilmesi, katliamı gerçekleştirenlerle özdeşleşme anlamına gelebileceği de ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir ifade her zaman ve her yerde eşit olarak korunamayacaktır³⁴². Bununla beraber 2012 tarihli bir başka kararında ise nefrete teşvik eden ifadeye müdahalede bulunmak için ayrıca şiddete veya suç teşkil eden eylemlere tahrik etme şartının aranmadığı belirtilmektedir. Aşağılama, karalama, dalga geçme içeren söylemlere ırkçı veya nefret söylemi ile mücadele çerçevesinde müdahale edilebileceği ifade edilmiştir³⁴³.

II. ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Tezin bu bölümünde öncelikle ABD Yüksek Mahkemesi ile ilgili kısa bir giriş yapmakta fayda görülmektedir. ABD Anayasası'nda yargı yetkisini kullanmak üzere bir Yüksek Mahkeme'nin kurulacağından söz edilmiş ancak kurulacak mahkemenin yapısı ve işleyişi hakkında başkaca bir hükme yer verilmemiştir. Amerikan yargısının zirvesinde olan ABD Yüksek Mahkemesi, dokuz üyeden oluşmaktadır. Üyeler, ABD Başkanı tarafından aday gösterilir ve atanırlar ancak hem aday gösterilmeleri hem de atanmaları Senato'nun denetimine tabidir. Bu usuldeki atama prosedürünün üyelerin görevlerini bağımsız şekilde yerine getirebilmeleri için önemli olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, ABD Anayasası m.3'te belirtilen, üyelerin iyi hallerinin devam ettiği sürece görevde kalacakları ve maaşlarının azaltılamayacağı yönündeki hüküm de bağımsız olmalarını sağlamaya yöneliktir³⁴⁴.

ABD Yüksek Mahkemesi, Amerikan yargısının en tepesinde bulunmaktadır. ABD Anayasası m. 3/2'ye göre, yargı yetkisi federal devlet ile federe devletler

³⁴¹ Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07. 2012, para. 55-57.

³⁴² Fáber v. Hungary, Appl. No. 40721/08, 24.07. 2012, para. 58.

³⁴³ Vejdeland and others v. Sweden, Appl. No. 1813/07, 09.02.2012, para. 55.

³⁴⁴ Arslan, ss.13-14.

(eyaletler) arasında paylaştırılmıştır. Federal Mahkemeler³⁴⁵ federal hukuk³⁴⁶ çerçevesinde yargılama faaliyetinde bulunurken eyalet mahkemeleri³⁴⁷ ilgili eyalet hukuku çerçevesinde yargılama yapmaktadır. Federal mahkemeler ve eyalet mahkemeleri yargı yetkisini paylaşmış olsalar da bir yan hukuk yolu olarak eyalet mahkemesinin kararının kesinleşmesi ve infazın başlanmasından sonra bile esas ya da usul bakımından Anayasa'ya aykırılık sebebiyle federal mahkemelere başvurulabilmektedir. . Böylece eyalet mahkemeleri ile federal mahkemeler arasında etkileşim sağlanabilmektedir. Bununla beraber, belirli hallerde, iç eyalet yolları tüketildikten sonra ABD Yüksek Mahkemesi'ne de başvurulabilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, federal yargı bakımından bir üst derece (temyiz) mahkemesiyken, belirli hallerde eyalet mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalar için Anayasa Mahkemesi'dir³⁴⁸.

ABD Yüksek Mahkemesi kendisine yapılan başvuruları doğrudan kabul etmemektedir. Üyelerden en az dördünün, yapılan başvurunun anayasal veya yasal önemli bir meseleyi içerdiği görüşünde olması halinde Mahkeme başvuruyu incelemeyi kabul eder. Amerikan yargısında tüm mahkemeler soyut norm denetimi yapabilmektedir. Ancak bu konuda nihai kararı ABD Yüksek Mahkemesi verir. Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi temyiz mercii olarak incelediği dosyalarda bir taraftan olay temelli inceleme yaparken diğer taraftan da yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektedir.³⁴⁹

A. ABD Sistemine Göre İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları

İkinci bölümün I. Başlığı altında, İHAM'ın ifade hürriyeti ve nefret söylemi hakkındaki yaklaşımı incelenmişti. ABD, bu konuda diğer devletlerden ve uluslararası alanda yer almış sözleşmelerden farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre ABD, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi m.4'ün, ABD

³⁴⁵ Federal düzeyde en alt mahkemeler, Birleşik Devletler Bölge Mahkemeleri'dir (U.S. District Courts). Bölge Mahkemeleri'nin kararlarına karşı Federal Temyiz Mahkemeleri'ne (U.S. Courts of Appeal) başvurulabilmektedir. Federal Temyiz Mahkemelerinin kararlarına karşı ABD Yüksek Mahkemesi'ne başvurulabilmektedir.

³⁴⁶ Federal hukuk; Federal Anayasa, Federal yasalar ve ABD'nin uluslararası anlaşmalarından oluşmaktadır. Bknz. Aydın, s.39.

³⁴⁷ Eyalet düzeyinde ise Dava Mahkemeleri (ilk derece mahkemesi), Eyalet Temyiz Mahkemeleri ve Eyalet Yüksek Mahkemesi'nden oluşan yapılanma bulunmaktadır. Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına karşı ABD Yüksek Mahkemesi'ne başvurulabilmektedir.

³⁴⁸ Aydın, ss. 39-40.

³⁴⁹ Arslan, 17-18.

Anayasası'na eklenen Birinci Değişiklik³⁵⁰ ile getirilen sisteme aykırı olduğu belirtilerek sözleşmeye ihtirazi kayıt koyulmuştur³⁵¹.

Birinci Değişiklik'e göre, Kongre'nin bir dinin kurumsallaşmasına ilişkin ya da bir dinin gereklerinin yerine getirilmesini yasaklayan yasalar yapamaz. Bununla beraber Kongre; ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, barışçıl şekilde toplanma hakkını ve şikayetlere çözüm bulunması amacıyla hükümete dilekçe verme hakkını kısıtlayan yasalar da yapamaz³⁵².

1. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünün Koruma Alanı

ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlarda ve Yargıçların karşı oy açıklamalarında, tezin birinci bölümünde yer verilen, ifade özgürlüğünü savunan tezlerin de değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, Abrams v. United States kararında Yargıç Holmes'ün karşı oyunda gerçeğe ulaşmaya dayanan teze yer verdiği görülmektedir³⁵³. Bununla beraber, Abood v. Detroit Board of Education kararında ABD Yüksek Mahkemesi, Birinci Değişiklik'in temel amacının hükümet meseleleri hakkındaki özgür tartışmaları korumak olduğunu belirterek siyasi ifadenin önemine ve demokrasiye dayanan teze değinmiştir³⁵⁴. Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi aynı kararın devamında, ifade özgürlüğünün bireyin 'kişisel özgürlüğü', 'bireysel özerkliği' ve kendini gerçekleştirebilmesi için korunması bir değer olduğuna işaret ederek siyasi ifade dışındaki ifade türlerinin de korunması gerektiğini belirtmiştir³⁵⁵.

Hükmün lafzından sadece Kongre tarafından çıkarılan federal yasaların ilgili hükümle bağlı olduğu akla gelebilir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi, 1925 tarihli Gitlow v. New York kararıyla eyalet yasalarının Birinci Değişiklik'i ihlal edip etmediğini

³⁵⁰ Birinci Değişiklik, 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'na 1791 tarihinde eklenmiştir.

³⁵¹ Küzeci, s.176.

³⁵² 'Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.'

³⁵³ Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919).

'But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.'

³⁵⁴ Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S. 209, 231 (1978).

'It is no doubt true that a central purpose of the First Amendment "was to protect the free discussion of governmental affairs.'

³⁵⁵ Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S. 209, 231 (1978).

'But our cases have never suggested that expression about philosophical, social, artistic, economic, literary, or ethical matters -- to take a nonexhaustive list of labels -- is not entitled to full First Amendment protection.'

incelemiş ve Birinci Değişiklik hükmünün devletin her alanından gelebilecek her türlü müdahaleyi kapsadığını belirtmiştir³⁵⁶.

Birinci Değişiklik'in metninden yasaklamanın sadece ifade açıklamasının engellenmesine ilişkin olduğu, diğer bir deyişle yalnızca sansürü yasakladığı çıkarımı yapılabilir. Buna karşılık, Yargıç Holmes, Schenck v. United States (1919) kararında, sansürün engellenmesinin Birinci Değişiklik kapsamında temel amaçlardan biri olarak görüldüğünü belirtmekle beraber ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların yasaklanmasının sadece ifade açıklaması öncesine ilişkin olmadığını eklemiştir. Dolayısıyla, Birinci Değişiklik, aynı zamanda ifadede bulunulduktan sonra getirilen yaptırımlarla ifadenin sınırlandırılmasını da yasaklamaktadır³⁵⁷.

ABD Yüksek Mahkemesi, çeşitli ifade türlerini Birinci Değişiklik'in koruma alanı içinde değerlendirmektedir. Dolayısıyla koruma alanına siyasi ifadeden sanat eserlerine³⁵⁸, müziğe³⁵⁹ ve hatta bilim ve araştırmalara³⁶⁰ kadar çok sayıda ifade türü dahil olmuştur. Tarihte ifade özgürlüğünün merkezinde siyasi ifadenin olduğu görülse de bugün siyasi ifade dışındaki ifade açıklamalarının da Birinci Değişiklik kapsamında korunduğu belirtilmektedir³⁶¹. Bu bakımdan ABD Yüksek Mahkemesi'nin konuşmama, açıklamada bulunmama ('non speech'³⁶²), reklam ('advertisement'³⁶³), bölücü ve yıkıcı propaganda ('seditious speech'³⁶⁴), kin ve nefrete tahrik ('hate speech'³⁶⁵), hakaret ('defamation'³⁶⁶), sırların ifşası(' publication of legally confidential information'³⁶⁷), pornografi ('pornography'³⁶⁸), müstehcen olmayan ancak cinsel olarak açık seçik ve ve ahlaka aykırı ifadeler ('nonobscene but sexually explicit and indecent

³⁵⁶ Şule Özsoy, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar', **TBB Dergisi**, sayı 56, Ankara 2005, s. 30.

Ayrıca bkz. Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925).

³⁵⁷ Aydın, ss. 54-55.

³⁵⁸ Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

³⁵⁹ Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557,564 (1969).

³⁶⁰ Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

³⁶¹ Aydın, ss. 73-76.

Çağdaş ifade özgürlüğü teorisine göre, ifade açıklamaları içeriğinden bağımsız korunmalıdır. Siyasi ifade açıklamaları ile siyasi olmayan ifade açıklamalarını birbirinden ayırmak kolay olmamaktadır. Ayrıca, günümüz insanı, devlet yönetimi ile ilgili bir konuya hayatında birinci sıraya koymamaktadır. Aydın'ın verdiği örneğe göre bir taksici için taksisine reklam alabilmek siyasi bir meseleden daha önemli olabilmektedir. Bu bakımdan ifade özgürlüğü, sadece siyasi meselelerle ilgili değil insan hayatını ilgilendiren herhangi bir faaliyetle ilgili olabilir. Ancak yaklaşımla, her faaliyetin koruma altına alındığı ve aynı derecede korunacağı kastedilmemektedir. Bknz. Aydın, ss. 77-78.

³⁶² Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).

³⁶³ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).

³⁶⁴ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

³⁶⁵ R.A.V. v. City of St Paul, 505 U.S. 377 (1992).

³⁶⁶ New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

³⁶⁷ Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

³⁶⁸ Miller v. California, 413 U.S. 15, 25-28 (1973); Hamling v. United States, 418 U.S.87, 114 (1974).

expression³⁶⁹), ilan ve bildiri dağıtma ('leafleting and handbilling³⁷⁰'), taşıttan megafonla ilan yapma ('sound trucks³⁷¹'), gürültü ('noise³⁷²') fiillerinin Birinci Değişiklik kapsamında ifade olarak korunduğu belirtilmektedir. Bu halde kişilerin ifadelerini kelimelerle açıkladığı ('pure speech'), bir düşüncüyü yaymaya veya kabul etmeye zorlanamamaları ('non speech') veya eylemleri aracılığıyla ifade açıklamasında bulunmaları ('expressive conduct') Birinci Değişiklik kapsamında korunmaktadır³⁷³.

Bu noktada, ifade özgürlüğünün 'negatif yönü' olan bir düşüncüyü yaymaya veya kabul etmeye zorlanamama ('non speech') özgürlüğünü biraz daha açmakta fayda vardır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Wooley v. Maynard³⁷⁴ kararına konu olayda, New Hampshire eyaletinde ticari olmayan araçların plakalarına 'ya özgür yaşa ya da öl' yazılması zorunluluğu getirilmesi üzerine Yehovanın Şahitleri³⁷⁵ tarafından New Hampshire otoritelerine karşı dava açılmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi, çoğunluk tarafından benimsenen düşüncenin belirli davranışlar aracılığıyla gösterilmesinin zorunlu tutulmasının, Anayasa'nın koruması altında olan 'inanmadığı şeyi söylememe özgürlüğünü' ihlal ettiğine karar vermiştir³⁷⁶. Bu özgürlükle, kişilerin istemedikleri bir düşüncüyü kabul etmeye ve yaymaya zorlanamamaları koruma altına alınmıştır³⁷⁷.

ABD Yüksek Mahkemesi belirtilen ifade türlerinin yanında sembolik ifadeleri ('symbolic speech') Birinci Değişiklik'in koruma alanında görmektedir. Brown v. Louisiana kararında, önceki kararlarda da ifade edildiği gibi, ifadenin sözlü ve yazılı biçimle sınırlı olmadığını belirtmiştir. Bu kararda, bir protestocunun yasal olarak bulunabileceği herhangi bir yerde, sessiz ve kınayıcı şekilde, barışçı ve düzenli protestoda bulunması da bir ifade olarak değerlendirilmiştir³⁷⁸. Bu bağlamda ABD Yüksek Mahkemesi; haç yakma³⁷⁹, bayrak yakma³⁸⁰, kırmızı bayrağın gösterilmesi³⁸¹,

³⁶⁹ Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205, 212-14 (1975).

³⁷⁰ Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938).

³⁷¹ Saia v. New York, 334 U.S. 558, 561 (1948).

³⁷² Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. Of Puerto Rico, 478 U.S. 328 (1986).

³⁷³ Aydın, ss. 79-81.

³⁷⁴ Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

³⁷⁵ Yehova'nın Şahitleri adlı dini grup ilk kez 1870'lerde ortaya çıkmış ve başlarda kendisini mağdur olarak görmüştür. Ancak sonraları sarf ettikleri ağır ifadelerle, Katolik Kilisesi'ne yönelik hakaret içeren söylemlerle ve devlet kurumları ve işleyiş kurallarını reddetmeleri üzerine nefret içerikli saldırılarda bulunan bir grup olarak görülmeye başlanmıştır. ile ilgili ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1940'lı yıllarda vermiş olduğu kararlarının çoğunda bu dini grubun propaganda etkinlikleri korunmuştur. Bknz. Aydın, s. 119.

³⁷⁶ Özsoy, s. 41.

³⁷⁷ Özlü, s. 35.

³⁷⁸ Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131 (1966).

³⁷⁹ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

³⁸⁰ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

³⁸¹ Stromberg v. People of State of California, 283 U.S. 359 (1931).

ABD bayrağını selamlamanın reddi³⁸², savaşı protesto etmek için siyah pazu bandı takılması³⁸³ eylemlerinin yeterli iletişimsel nitelik ('sufficient communicative element') taşıdığına karar vererek Birinci Değişiklik kapsamında korunmalarına karar vermiştir. ABD Yüksek Mahkemesi bu tür eylemleri, iletişimsel eylem ('expressive conduct') kabul etmektedir³⁸⁴.

ABD Yüksek Mahkemesi, yoğun duygularla açığa vurulan ifadeleri de Birinci Değişiklik'in koruması altında kabul etmektedir. Cohen v. California kararında, sözcüklerin duygusal etkileri için de seçildiğini ve dolayısıyla Anayasa'nın ifadenin duygusal işlevine önem vermediğinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararın devamında bir ifadenin sadece duygusal yükü sebebiyle yasaklanabileceği düşüncesinin, kamu makamlarınca keyfi kullanılabilmesi, bazı ifadelerin sansürlenebileceği gerekçesiyle koruma altında olduğu belirtilmiştir³⁸⁵.

Bununla beraber, Birinci Değişiklik koruması altında olmak, her koşulda korunmak ya da asla sınırlanmamak anlamına gelmemektedir³⁸⁶. ABD Yüksek Mahkemesi, önceleri temelini Chaplinsky v. New Hampshire kararından alan yaklaşımla Birinci Değişiklik korumasına giren ya da girmeyen ifadeler ayrımı yapıyordu³⁸⁷. Chaplinsky v. New Hampshire kararına göre, yasaklanması ve cezai yaptırım uygulanması anayasal anlamda sorun teşkil etmeyen, belirli bir tanımı olan ve dar çerçevede değerlendirilen ifadeler vardır. Bunlar; 'kontROLSÜZ biçimde tacizkar şehvet içeren ve bayağı müstehcen ifadeler', 'kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan ifadeler' ve 'söylenildiği anda zarar meydana getiren veya aniden huzuru bozmaya elverişli kavgacı ifadeler'dir. Bu ifadelerin; ifade özgürlüğünün önemli bir parçası olmadığı, gerçeğe ulaşmak açısından kayda değer bir yararı sağlamadığı, sınırlanmalarında 'kamuya dair önemli bir menfaatin' bulunması gerekçeleriyle daha düşük bir korumadan yararlanacağı belirtilmiştir³⁸⁸.

Bu kararda ABD Yüksek Mahkemesi, özgür siyasal tartışma ortamının sağlanması ve korunmasının Anayasal sistemin temel bir ilkesi olduğunu belirterek, alenen kızıl bayrak göstermeyi ve hükümete direnmek için sembol, işaret ve amblem kullanmayı yasaklayan Kaliforniya yasasının geniş ve belirsiz şekilde düzenlenmiş olduğuna ve Birinci Değişiklik ile korunan özgürlüğü ihlal ettiğine karar vermiştir.

³⁸² West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

³⁸³ Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S., 503 (1969).

³⁸⁴ Özlü, s. 36.

³⁸⁵ Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Karara konu olayda, Cohen isimli kişi 'Fuck the Draft' yazılı bir ceketle dolaştığından dolayı kamu barışını bozması sebebiyle tutuklanıp mahkum edilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararına göre, mahkumiyet kararı tamamen ifadenin içeriğine karşı bir tepki dolayısıyla yani 'fuck' kelimesinin ayıp olması dolayısıyla verilmiştir. Sözcüklerin duygusal etkileri bakımından seçildiği ve kullanıldığı dolayısıyla kullanılması ifade edilemeyecek duyguları ifade edebilecekleri belirtilmiştir. Bu nedenle duygusal ifadeler koruma altına alınmıştır.

³⁸⁶ Aydın, s. 81.

³⁸⁷ Aydın, s. 85.

³⁸⁸ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

Ancak, zaman içinde, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından Birinci Değişiklik'in koruma alanından çıkarılan bu ifade türleri büyük ölçüde tekrar koruma alanına alınmıştır. Örnek olarak, 'tacizkar ve nefret içeren ifadeler' Hustler Magazine, Inc. V. Falwell karında korunmuştur³⁸⁹. 'Kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan ifadeler' Joseph Burstyn, Inc. V. Wilson kararıyla koruma altına alınmıştır³⁹⁰. New York Times Co. V. Sullivan kararıyla 'hakaret' ifadeleri de koruma alanı içerisinde kabul edilmiştir³⁹¹. Böylece Chaplinsky kararı ile koruma alanı dışında bırakılan ifadeler, zamanla dışarıda bırakıldıkları alandan çıkarılmıştır. Bu yöndeki değişimin sebebi ABD Yüksek Mahkemesi'nin ifadeler arasında içerik yönünden ayrımcılık yapılmasının Birinci Değişiklik'e aykırı bulunması yönünde gelişen içtihatıdır. ABD Yüksek Mahkemesi, R.A.V. v. St. Paul kararında, Chaplinsky kararında belirtilen ve koruma alanı dışında bırakılan ifadelerin³⁹² diğer ifadelere göre Birinci Değişiklik korunmasından daha düşük seviyede faydalanmasını içerik bakımından ayrımcı olarak değerlendirmiş ve bu yöndeki yasayı Anayasa'ya aykırı bulmuştur³⁹³.

Diğer taraftan, ABD Yüksek Mahkemesi'nin West Virginia State Board of Education v. Barnette kararına göre, Birinci Değişiklik, kamu otoritelerini sadece ifade özgürlüğüne müdahalede bulunmamakla yükümlü kılmıştır. Buna göre, Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünün korunması noktasında kamu makamlarına herhangi bir pozitif yükümlülük getirmemiştir. Ayrıca kamu makamları üçüncü kişiler tarafından ifade özgürlüğüne yöneltilecek herhangi bir müdahaleyi engellemekle de yükümlü tutulmamıştır³⁹⁴.

'Allowing the broadest scope to the language and purpose of the Fourteenth Amendment, it is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words -- those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.'

³⁸⁹ Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

³⁹⁰ Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 254 (1964).

³⁹¹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

³⁹² 'kontROLSÜZ biçimde tacizkar şehvet içeren ve bayağı müstehcen ifadeler', 'kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan ifadeler' ve 'söylenildiği anda zarar meydana getiren veya aniden huzuru bozmaya elverişli kavgacı ifadeler'.

³⁹³ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 383-384 (1992).

ABD Yüksek Mahkemesi, daha sonra çıkarılan benzer eyalet yasalarını R.A.V. kararına dayanarak Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu durumun gerekçesi olarak, davaya konu olan yasanın özel bir saikle işlenen fiillerin diğer saikle işlenenlerden ayrı tutularak cezalandırılması gösterilmektedir. Anayasa'ya uygun görülen yasaların aynı fiillerin saik ayrımı yapmaksızın cezalandırılmasını öngördüğü ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında bu gerekçeye dayandığı belirtilmektedir. Bknz. Aydın, ss. 217-224.

³⁹⁴ West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Papachristou v. Jacksonville* kararında, ABD anayasal içtihadının temel bir ilkesi olan belirlilik ilkesine göre, yasalar makul şekilde anlaşılabilir ('reasonably intelligible') olmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, Birinci Değişiklik bağlamında ifade özgürlüğü ile ilgili çıkarılacak yasalar da vatandaşlar tarafından anlaşılabilir olmalı ve vatandaş hangi ifadenin yasal hangisinin yasadışı olduğunu anlayabilmelidir. Böylece kişiler herhangi bir şekilde kendini sansürleme gereği duymadan ifade açıklamalarını düzenleyecek ölçütler hakkında bilgi sahibi olabilecektir³⁹⁵.

Muğlak ('vague') düzenlemeler yapılmasının yasaklanmasıyla keyfiliğin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. *Kolender v. Lawson* kararına göre, yasa koyucuların hukukun uygulanmasını belirli hale getirecek asgari ölçüleri ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan yetersiz kalınması halinde hukuku uygulayanlara ölçüsüz yetki tanınması söz konusu olabilecektir³⁹⁶. ABD Yüksek Mahkemesi, *Smith v. Goguen* kararında, Amerikan bayrağına yapılan bozma, değiştirme, zarar verici muamelede bulunma, biçimsiz hale sokma veya aşağılayıcı muamelede bulunma eylemlerini cezalandıran yasanın, muğlak olduğu ve bu nedenle 'hukukun olması gerektiği gibi ve eşit olarak uygulanmasına'³⁹⁷ dair temel bir ilkeyi ihlal ettiğine karar vermiştir³⁹⁸. Muğlaklık ('vagueness'), çok geniş kapsamlı düzenleme yapılması ('overbreadth') ile bağlantılı görülmektedir. Bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında³⁹⁹ yasaların, ifade özgürlüğüne en az müdahaleyi yapacak şekilde düzenlenmesi üzerinde ısrarla durduğu görülmektedir. İfade özgürlüğüne müdahale eden bir düzenleme hakkında, bu müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır⁴⁰⁰. Bu nedenlerle muğlak ve aşırı geniş kapsamlı düzenlemelerin Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğine karar verilmektedir⁴⁰¹.

2. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

Birinci Değişiklik metninden, ifade özgürlüğünü kısıtlayabilecek herhangi bir yasanın yapılmasının mutlak yasaklandığı anlamı çıkarılabilir. Yargıç Black de

³⁹⁵ *Papachristou v. Jacksonville*, 405 U.S. 296 (1972).

³⁹⁶ *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983).

³⁹⁷ 'Due process'. Hukukun olması gerektiği gibi ve eşit olarak uygulanmasından kasıt Hukuk devleti ilkesine uygun yargılama yapılmasıdır.

³⁹⁸ *Smith v. Gorguen*, 415 U.S. 566 (1974).

³⁹⁹ *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960); *Central Hudson Gas & Electric Co. v. PSC*, 447 U.S. 557, 564, 665, 569-71 (1980).

⁴⁰⁰ *Central Hudson Gas & Electric Co. v. PSC*, 447 U.S. 557, 564, 665, 569 (1980).

⁴⁰¹ Aydın, ss. 314-320.

Konigsberg v. State Bar of California kararındaki karşı oyunda, bu görüşte olduğunu belirtmiştir. Ona göre ifade özgürlüğünün kısıtlanması kesin bir şekilde yasaklayan Birinci Değişiklik hükmünün kabul edilmesiyle bu konudaki tüm dengelemenin sağlanmıştır⁴⁰². Ancak ABD Yüksek Mahkemesi tarafından bu görüşü benimsememiştir⁴⁰³. Frohwerk v. United States (1919) tarihli kararında, ABD Yüksek Mahkemesi, Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğünü kısıtlayacak bir yasa yapılamayacağına ilişkin hükmünden, her türlü ifadenin dokunulmaz olduğunun anlaşılamayacağını ve düzenlemenin bunu amaçlamadığını belirtmektedir⁴⁰⁴.

Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki ister ulaşılmak istenen bir amaç olarak görülsün ister ulaşılmak istenen daha ulvi bir amaç için araç olarak görülsün ki, ifade özgürlüğü, korunması gereken tek değer değildir. Bu sebeple diğer değerlerle çatışması halinde arada denge kurulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁵. Diğer taraftan ifade özgürlüğü sınırlanabilir denilse dahi Birinci Değişiklik metninde ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği yönünde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, ABD Yüksek Mahkemesi ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaları değerlendirirken bazı kriterler geliştirmiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlanması ile ilgili kriterler, tezin birinci bölümünde yer verilen ve ifade özgürlüğünün savunulmasını temellendirmeye çalışan tezlerden etkilenilerek geliştirilmiş ve içtihatlarla belirginleşmiştir⁴⁰⁶. ABD Yüksek Mahkemesi zaman içinde kararlarını verirken kullandığı bu kriterlerin bir kısmından vazgeçerken, bir kısmını kullanmaya devam etmiş ve geliştirmiştir⁴⁰⁷.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında, ifade türleri arasında ayırım yapıldığı ve bazı ifade türleri için daha düşük koruma öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Daha düşük korunma sağlanan bu ifade türleri; 'hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler' ve Chaplinsky v. New Hampshire kararında belirtilen 'kontROLSÜZ biçimde tacizkar şehvet içeren bayağı olan müstehcen ifadeler', 'kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve aşağılama oluşturan ifadeler' ve 'söylenir söylenmez zarar veren veya huzuru aniden bozmaya elverişli olan kavgacı ifadeler'dir⁴⁰⁸.

Bu başlık altında ABD sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlanması konusu ele alınırken, daha düşük korumadan yararlanan ifade türlerinden 'hukuka aykırı

⁴⁰² Konigsberg v. State of California, 366 U.S. 36, (1961).

⁴⁰³ Arslan, s. 29.

⁴⁰⁴ Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919).

⁴⁰⁵ Arslan, s. 29.

⁴⁰⁶ Aydın, ss. 54-60.

⁴⁰⁷ Arslan, s. 29.

⁴⁰⁸ Aydın, s. 287.

eylemleri kışkırtan ifadeler⁴⁰⁹ incelenmiştir. Bunun sebebi ABD Yüksek Mahkemesi'nin bu ifade türü ve tezin konusunu teşkil eden 'nefret söylemi'ne karşı olan yaklaşımının bağlantılı olmasıdır. Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi, olay temelli denetimi sırasında (somut norm denetimi), ifadeyi sınırlandıran düzenlemeleri belli kriterlere göre değerlendirmekte ve buna göre bir ayırım yapmaktadır. ABD sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda bu kriterler incelenmiştir.

a. Hukuka Aykırı Eylemleri Kışkırtan İfadelere Uygulanan Kriterler

ABD Yüksek Mahkemesi, 'hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler'e tarih boyunca sırasıyla açık ve mevcut tehlike' denetimi, 'zararlı eğilim' denetimi, 'dengeleme' denetimi ve 'açık ve mevcut tehlike' denetiminin güncel hali olarak görülen 'Brandenburg' denetimini uygulamıştır⁴¹⁰.

'Açık ve mevcut tehlike' kriterinin ilk versiyonu, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1919 tarihli Schenck kararı ile ortaya konulmuştur. Bu kararda Yargıç Holmes, ifade açıklamalarının bağlamı içinde değerlendirilerek, sarf edilen sözlerin Kongre'nin önleme yetkisi kapsamında olan kötü sonuçlara yol açabilecek açık ve mevcut tehlike oluşturacak nitelikte kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴¹¹. Diğer bir deyişle, ifade açıklaması içinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında, yasa koyucu olan Kongre'nin önleyebileceği zararlı sonuca yol açabilecek açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. Bu değerlendirme neticesinde Birinci Değişiklik'in ihlal edilip edilmediğine karar verilecektir. İfadenin Kongre'nin önleme yetkisine giren kötü bir sonuca yol açıp açmayacağı, ifadenin açıklandığı yer ve zaman gibi çevresel koşullar ile ifade açıklamasında bulunan kişinin amacı dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Buna göre normal zamanlarda anayasal bir hak kapsamında değerlendirilen ifadeler, savaş zamanlarında bu kapsamda değerlendirilmeyebilir⁴¹². Günümüzdeki versiyonunun 'Brandenburg' kriteri olduğu belirtilen 'açık ve mevcut tehlike' kriteri, ilk versiyonunda kamu makamlarının eleştirel ifadeleri Birinci Değişiklik'e uygun şekilde sınırlamasında kullanılmıştır⁴¹³.

⁴⁰⁹ 'incitement to violation of law'.

⁴¹⁰ Aydın, ss. 327-362.

⁴¹¹ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

⁴¹² Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

⁴¹³ Özlü, s. 42.

'Zararlı eğilim' kriteri, devletin güvenliği ve kamu barışını tehlikeye atan ifadelerin, ifade özgürlüğünün kötüye kullanımı olduğuna dayanmaktadır. Dolayısıyla bu ifadelerin sınırlandırılması için ayrıca bir zarar oluşmasını beklememek gerektiği belirtilmektedir. 1925 tarihli Gitlow kararı bu bakımdan tarihsel öneme sahiptir. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararda, 'öz doğaları itibarıyla kamu barışına ve devlet güvenliğine karşı tehlike içeren'⁴¹⁴ içeren ifadeleri cezalandıran kararı onamıştır⁴¹⁵. Bu kararı öncekilerden ayıran husus, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 'açık ve mevcut tehlikenin' denetim ölçütünün her somut olayda gösterilmesinin aranmamasına ilişkin tutumudur⁴¹⁶. Buna göre bazı ifade türleri doğaları gereği kamu barışına ve devlet güvenliğine karşı tehlike içerdiğinden ayrıca 'açık ve mevcut tehlike' kriterinin aranmasına gerek yoktur. 1927 tarihli Whitney kararında da bu kriter uygulanmıştır. Buna göre, artık dikkat edilen husus, 'açık ve mevcut tehlike' kriterinde olduğu gibi ifadeyle önlenmeye çalışılan zararın yakın olması ve menfaatler arasında denge sağlanmaya çalışılması değildir⁴¹⁷. Bu kritere göre dikkat edilen husus, makul olma ve makul bir insan tarafından sınırlamanın amacının uygun bulunmasıdır. Eğer yasa koyucu bir takım ifadelerin ciddi zarar tehlikesi bulundurduğunu tespit etmişse, artık olaydaki sarf edilen ifadenin yasa koyucu tarafından tespit edilen ifade türüne girip girmediğinin incelenmesiyle yetinilmelidir. Ayrıca somut olayda 'açık ve mevcut tehlike' kriteri araştırılması gerekli değildir⁴¹⁸.

1937 tarihli De Jonge v. Oregon kararına ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğünün hukuka aykırı eylemleri kışkırtma şeklinde kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi adına tedbirler alınabileceğini ancak barışçı bir toplantı ve gösterinin şüphe uyandıran kimselerce idare edilecek bile olsa sırf bu sebeple yasaklanamayacağına karar vermiştir. Bu kararda katılımcıların kimler olduğundan çok toplantının Birinci Değişiklik ile korunan sınırları aşıp aşmadığının önemli olduğu belirtilmiştir⁴¹⁹. Bu kararın 'açık ve mevcut' tehlike kriterinin kabulü bakımından dönem

⁴¹⁴ 'by their very nature, involve danger to the public peace and to the security of State'.

⁴¹⁵ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 666-670, (1925).

⁴¹⁶ Aydın, s. 339.

⁴¹⁷ Özsoy, s. 36.

⁴¹⁸ Whitney v. California, 274 U.S. 357, (1927).

Söz konusu 'zararlı eğilim' yaklaşımı Yargıç Brandeis tarafından karşı oyu ile eleştirilmiştir. Buna göre, karara konu olayda sadece yasanın ihlalinin savunulması, eğer teşvik oluşturacak dereceye varmamışsa ve hemen harekete geçileceğine dair bir işaret yoksa, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına gerekçe olamaz. Bununla beraber, İfadeden kaynaklanan hiçbir tehlikenin, doğrudan 'açık ve mevcut tehlike' olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu karardaki karşı oyunda yargıç Brandeis net bir şekilde 'açık ve mevcut tehlike' kriterini tanıdığı belirtmiştir. Bknz. Aydın, s.107, 341.

⁴¹⁹ De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).

Bu davaya konu olayda Kömünist Parti tarafından yapılan gösteri tamamıyla barışçı ve herhangi bir tahrik ya da teşvik barındırmaksızın gerçekleştirilmiştir. Buna rağmen De Jonge isimli kişi, bu gösteriyi idare etmekten mahkum edilmiştir. Bknz. Aydın, s. 342.

itibarıyla önemli bir karar olduğu belirtilmektedir⁴²⁰. Bu yöndeki bir diğer karar olan, Herndon v. Lowry kararı ile ifadelerin diğer faktörlere bakılmadan doğrudan ve soyut biçimde ‘zararlı eğilimli’ olduğu gerekçesiyle sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar bu iki kararda ‘zararlı eğilim’ kriteri terkedilerek ‘açık ve mevcut tehlike’ kriterine geri dönüldüğü anlaşılabirirse de ABD Yüksek Mahkemesi, 1951 tarihli Dennis v. United States⁴²¹ kararı ile ‘dengeleme’ kriterini kabul etmiştir. Bu karara göre, ‘açık ve mevcut tehlike’ kriteri, somut olayın koşullarına bakılmadan doğrudan uygulanabilecek sert bir kural olarak görülmemelidir. Mahkeme bu kriteri mutlak görmemektedir ve bu kritere dayanarak verdiği kararlarda ifade özgürlüğünün sınırlanması karşısında önemsiz devlet menfaatinin söz konusu olmuştur. Dennis v. United States kararına konu olayda ise hükümetin şiddet yoluyla devrilmesinin önlenmesinde, ifade özgürlüğünün sınırlanmasını meşrulaştıracak kadar önemli bir devlet menfaatinin olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla ABD Yüksek Mahkemesi, olay bazında zarar/kötü sonuç oluşma ihtimalinin değerlendirilmesi ve buna göre tehlikeyi bertaraf edecek olan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşruluğunun araştırılması gerektiği yönünde ‘dengeleme’ kriteri doğrultusunda karar vermiştir⁴²².

ABD Yüksek Mahkemesi, 1957 tarihli Yates v. United States⁴²³ kararıyla McCarthyist etkisindeki yaklaşımını terk etmeye yönelik işaretler vermeye başlamıştır. Bu karara göre, sadece bir partiye üye olmak mahkumiyet için yeterli görülmemiş ve Birinci Değişiklik kapsamında korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği belirtilmiştir. Bu kararla beraber Dennis kararının kapsamın bir miktar daraltıldığı belirtilmektedir⁴²⁴. 1967 tarihli Keyishian v. Board Regents⁴²⁵ kararı ile kamu görevlilerinin devlete bağlılık yemini etme zorunluluğuna uymamaları ve yalnızca komünist parti üyesi olmaları sebebiyle işlerine son verilmesinin Birinci Değişiklik’i ihlal ettiğine karar verilmiştir⁴²⁶.

1969 Brandenburg⁴²⁷ kararıyla ‘açık ve mevcut tehlike’ kriterinin, ifade özgürlüğünü daha iyi koruyacak yeni versiyonu ortaya koymuştur. Buna göre bir ifade

⁴²⁰ Aydın, s. 342.

⁴²¹ Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

1950’li yıllarda McCarthyist dönemde, ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararlarını verirken ‘açık ve mevcut tehlike’ kriterinden ayrıldığı açıkça görülmektedir. Karara konu olayda, Komünist Parti liderleri, hükümeti devirmek amacıyla örgütlenmek ve bunun propagandasını yapmaktan mahkum edilmiştir. Karar verilirken, mahkum edilen kişilerin bu yönde eylemde bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın, yalnızca komünist düşüncenin mevcut rejimi devirmeyi gerektirdiğine dayanılmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı onaylanmıştır. Bknz. Özsoy, s. 36.

⁴²² Aydın, ss. 343-344.

⁴²³ Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

⁴²⁴ Özsoy, s. 37; Aydın, ss. 345-346.

⁴²⁵ Keyishian v. Board Regents, 385 U.S. 589 (1967).

⁴²⁶ Özsoy, s. 37.

⁴²⁷ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

açıklamasının sınırlanabilmesi için ayrıca 'hukuka aykırı bir eyleme kışkırtması veya hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmesi' şartı getirilmiştir⁴²⁸. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararında, ifadenin Birinci Değişiklik'e uygun şekilde sınırlanabilmesini şu iki şartın birlikte bulunmasına bağlamıştır: ifadenin çok yakın ve hukuka aykırı bir eylemin teşvik veya tahrikine yönelik olması ve ifadenin bu eylemin teşvik veya tahrik edilmesini bakımından elverişli olması. Burada vurgulanan dış koşullardan ziyade bizzat ifadenin teşvik ve tahrike elverişli olmasıdır⁴²⁹. Bu kritere göre bir ifade hukuka aykırı eyleme teşvik veya tahrik etmeye elverişli değilse, Birinci Değişiklik korumasından yararlanır. Dolayısıyla bir ifadenin yalnızca hukuka aykırı eyleme teşvik veya tahrik etme ihtimalinin bulunması o ifadenin sınırlanması için yeterli değildir⁴³⁰.

ABD Yüksek Mahkemesi bu kriteri ilk olarak Hess v. Indiana⁴³¹ kararında uygulamıştır. Karara konu olayda, Indiana Üniversitesi kampüsünde öğrenciler Vietnam Savaşı karşıtı bir gösteri dolayısıyla yolu trafiğe kapatacak şekilde yürüyüş yapmışlar ve bu nedenle polis tarafından cadde kenarına geçmeleri için zorlanmışlardır. Bu sırada Hess isimli kişi, şerife 'Allah'ın belası caddeyi daha sonra ele geçireceğiz⁴³²' demiştir. Bu nedenle tutuklanmış ve mahkum edilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, Brandenburg kriteri doğrultusunda Hess'in ifadesini kanuna aykırı eylemin gelecekte belirsiz bir zamanda ortaya konulma ihtimalini değerlendirerek, mevcut tehlike oluşturmak bakımından elverişli olmadığına karar vermiş ve ihlal kararı vermiştir⁴³³.

Bu noktada, İHAM'ın şiddete teşvik eden ifadeler yönünden uyguladığı denetim ölçütü ile ABD Yüksek Mahkemesi'nin hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler yönünden uyguladığı Brandenburg kriterinin, ifadeyi bağlamıyla değerlendirdikleri ve bu bakımdan benzer olduğu görülmektedir.

⁴²⁸ Arslan, s. 32.

⁴²⁹ Aydın, s. 349.

⁴³⁰ 'Açık ve mevcut tehlike' ölçütünün ilk versiyonunda ifade ile engellenmeye çalışılan zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi, Brandenburg kararıyla belirtilen yeni versiyona kıyasla daha geniş ele alınmaktadır. Şöyle ki kriterin ilk versiyonunda Schenck kararında, bir zarara sebep olma niyeti ve eğilimi ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için yeterli görülmekteyken, Brandenburg kararıyla ortaya konulan yeni versiyonunda hem ifadenin hukuka aykırı eyleme teşvik ve tahrike yönelmiş olması hem de buna elverişli olması gerekmektedir. Bknz. Özlü, s. 44.

⁴³¹ Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973).

⁴³² 'We'll take the fucking street later'.

⁴³³ Aydın, ss. 349-350.

b. ABD Sisteminde İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Düzenlemelere İlişkin Kriterler

Birinci Değişiklik düzenlemesine bakıldığında, ABD sisteminde ifade özgürlüğünün mutlak surette korunduğunu ve hiçbir sınırlamaya tabi olamayacağı düşünülebilir. Bu görüşe katılan pek çok yargıç ve Anayasa hukukçusu olsa da ifade özgürlüğü ABD sisteminde hiçbir zaman mutlak surette korunmamıştır⁴³⁴. ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğünü öncelikli görmekle beraber, 'zorlayıcı bir devlet menfaati' söz konusu olduğunda bu özgürlüğün sınırlanabileceğini kabul etmiştir⁴³⁵.

ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemelerin anayasaya uygun olup olmadığını incelerken, ilgili düzenlemenin yapılırken ifadenin içeriğini göz önünde tutulup tutulmadığına yönelik bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrım neticesinde ilgili düzenlemeyi ne tür bir kritere tabi tutarak inceleyeceğine karar vermektedir. İfadenin 'içeriği göz önünde tutan'⁴³⁶ düzenlemeler ile ifadenin içeriğini göz önünde tutmayan⁴³⁷ düzenlemeler ayrımı yasa koyucunun düzenlemeyi yapma gerekçesine ve düzenlemenin lafzına bakılarak anlaşılabilir⁴³⁸.

(1) İçeriği Göz Önünde Tutan (Content-Based) Düzenlemeler

ABD Yüksek Mahkemesi, yasa koyucu tarafından getirilen düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu incelerken, öncelikle ifadenin içerik olarak sınırlanıp sınırlanmadığını denetler. Eğer bir düzenleme ifadenin içeriği göz önünde bulundurularak getirilmişse, bu durumda yasa koyucunun bu düzenleme bakımından tarafsız olup olmadığı incelenmektedir. Bu noktada, ifade özgürlüğünü düzenleyen veya sınırlayan yasanın amacı önemlidir. Düzenleme, devletin ifade ile verilen mesajdan rahatsız olması nedeniyle yapılmışsa içeriği göz önünde tutan bir düzenleme olduğu belirtilmektedir. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, denetimini yaparken yasa koyucunun bir ifadeyi sınırlarken kötü bir niyetinin olmasını veya

⁴³⁴ Aydın, s. 229.

Whitney v. California kararında Yargıç Brandeis katılan oyunda, ifade özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü hakları temel öneme sahip olsalar da doğaları gereği mutlak olamayacaklarını ifade etmiştir. Devleti yok olmaktan ya da ciddi siyasal, ekonomik, ahlaki bir kötülükten korumak amacıyla ifade özgürlüğü sınırlanabileceğini belirtmiştir.

⁴³⁵ NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 438 (1963).

⁴³⁶ 'content based'.

⁴³⁷ 'content-neutral'.

⁴³⁸ Özlü, s. 45; Aydın, ss. 235-238.

sansürü amaçlamasını aramamaktadır. Böyle bir durumda her halde düzenleme anayasaya aykırı bulunmaktadır. Ancak yasa koyucu kötü niyetle bir ifadeyi sınırlamasa ya da bir düzenleme yaparken sansürü açıklamasa dahi ilgili düzenleme Birinci Değişiklik'i ihlal edebilir⁴³⁹. Aydın'a göre, kin ve nefret propagandasının yasaklanmasının, başka propagandaların değil de kin ve nefret içerikli olanların yasaklanmasının, 'içeriği göz önünde tutan' bir düzenleme olduğu söylenebilir.

ABD Yüksek Mahkemesi içeriği göz önünde tutan düzenlemeleri farklı kategoriler altında incelemektedir. Bu kategorilerden 'bakış açısı ayrımcılığı'⁴⁴⁰ yapılan düzenlemelerde, ifadenin içerdiği mesaja bakılmaktadır. İfadenin içerdiği mesaj ile yasa koyucunun bakış açısına uyuyorsa bu ifade serbest bırakılırken; uymuyorsa ifade sınırlanmaktadır. Bu kategorinin içerik ayrımcılığından farklı olduğu ve içerik ayrımcılığı kavgacı söylemler, hakaret, müstehcen ifadeler, hukuka aykırı eylemleri kışkırtan ifadeler gibi bazı ifade türlerinin içerikleri dolayısıyla diğer ifade türlerine göre daha düşük korumadan yararlanmaları şeklinde ortaya çıktığı belirtilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, R.A.V. v. City of St. Paul kararında içerik ayrımcılığının, Birinci Değişiklik'e uygun olduğuna karar vermiştir⁴⁴¹. 'Bakış açısı ayrımcılığı' ise içeriğe göre düzenleme yapmanın ötesinde yasa koyucunun bakış açısına göre ifadelerin serbest bırakılması ya da kısıtlanması şeklinde ortaya çıkar. Yine, şiddet propagandasını yasaklayan bir yasa, İslam inancı ilgili bir şiddet propagandası için daha ağır bir ceza öngörüyorsa burada bakış açısı ayırımından söz edilir ve Birinci Değişiklik'e aykırılığı gündeme gelir⁴⁴².

İçeriği göz önünde tutan bir diğer kategori ise ifadenin 'konu bakımından sınırlanma'sıdır. Bu kategoriye göre düzenleme konu bakımından tarafsız değildir. Örnek olarak, işçi ve işveren anlaşmazlığı hariç diğer konular hakkındaki gösterilerin ders saatlerinde okullardan belirli uzaklıkta yapılabilmesi hakkındaki düzenleme konu bakımından sınırlama içermektedir⁴⁴³. Açık bir şekilde bazı konuları diğerlerinden ayıran ve farklı uygulamaya tabi tutan bu tip düzenlemeler içerik bakımından tarafsız olmadıkları için 'yoğunlaştırılmış denetime' tabi tutulmaktadır.

İfadenin içeriğini göz önünde tutan bu tip düzenlemelerin 'yoğunlaştırılmış incelemeye'⁴⁴⁴ tabi tutulacağı belirtilmektedir. Bunun nedeni, ifadeyi içeriğine göre sınırlayan bir yasanın, ifade özgürlüğüne vereceği zararın ifadeyi içeriğine göre

⁴³⁹ Aydın, ss. 235-239.

⁴⁴⁰ 'viewpoint discrimination'.

⁴⁴¹ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 383,384 (1992).

⁴⁴² Aydın, s. 242.

⁴⁴³ Police Department of City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1992).

⁴⁴⁴ 'heightened scrutiny'.

sınırlamayan yasadan daha fazla olacağı yönündeki görüştür. Dolayısıyla içeriği göz önünde tutan düzenlemelerin yapılabilmesi için daha güçlü gerekçeler ileri sürülmesi gerekmektedir. Bununla beraber bir düzenlemenin yoğunlaştırılmış denetime tabi tutulması, onun anayasaya aykırı bulunma ihtimalini artırmaktadır⁴⁴⁵. ABD Yüksek Mahkemesi, United States v. O'Brien kararında, içeriği bakımından taraflı olan düzenlemeler hakkında kural olarak yoğunlaştırılmış inceleme yapılacağını belirtmiştir. Bu tip düzenlemelerin, 'yumuşatılmış incelemeye' tabi tutulması istisnadır⁴⁴⁶.

ABD Yüksek Mahkemesi, ifadenin içeriğini göz önünde bulunduran düzenlemelerin anayasaya uygunluğu denetlenirken tarafsızlık ilkesi, duygusal ifadelerin de korunması ilkesi, zarar ilkesi, nedensellik ilkesi, belirlilik ilkesi başta olmak üzere bir dizi ilkeyi dikkate almaktadır⁴⁴⁷. Yoğunlaştırılmış denetim yöntemi doğrultusunda olaya uygun ilke veya ilkelerin kullanılması, ifade özgürlüğüne yüksek koruma sağlamaktadır. Bu ilkeler ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında farklı isimlerle de görülmektedir. Örneğin; 'görüş açısı yasağı', 'sıkı inceleme', 'açık ve mevcut tehlike', 'kötü niyet denetimi', 'muğlaklık doktrini', 'haddinden fazla genişlik doktrini' gibi. Yoğunlaştırılmış denetim yöntemine göre bir düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun olabilmesi için yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisinin bulunması, ifadeyi düzenlemede kötü niyetinin bulunmaması, düzenleme ile bakış açısına dayanan bir ayrımcılığın yapılmaması, düzenlemenin zorunlu bir kamu menfaatine dayanması, bu menfaate ulaşılması için en az sınırlayıcı araçların kullanılması ve sınırlamanın çerçevesinin dar olması gerekmektedir⁴⁴⁸.

Zorunlu kamu menfaati, şiddetin veya suç işlenmesinin engellenmesi ya da diğerlerinin kişilik haklarının korunması ile ilgili olabilir. Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi, getirilen düzenlemenin, zorunlu kamu menfaatini gerçekleştirebilecek nitelikte olması gerektiği yönünde karar vermektedir⁴⁴⁹. Diğer taraftan ABD Yüksek Mahkemesi, sınırlamanın dar bir çerçevede çizilmiş olması ile en az sınırlayıcı araçların kullanılması koşullarını birlikte değerlendirilmekte ve ifade özgürlüğünü düzenleyen yasaların kapsamının geniş tutulmaması ve olabildiğince az müdahale bulunulması gerektiğini belirtmektedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Aydın, s. 238.

⁴⁴⁶ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968). Bknz. Aydın, s. 236.

⁴⁴⁷ Aydın, s. 236.

⁴⁴⁸ Aydın, s. 231.

⁴⁴⁹ Burson v. Freeman, 504 U.S. 191 (1992).

⁴⁵⁰ Aydın, s. 254.

(2) İçeriği Göz Önünde Tutmayan(Content- Neutral) Düzenlemeler

Bu tip düzenlemeler, ifadenin içeriği diğer bir deyişle ifade ile iletilen mesaj ile ilgili değildir. Buna rağmen bu tip düzenlemeler de müdahale oluşturabilir. Hatta somut olayda içeriği göz önünde tutmayan düzenlemelerin göz önünde tutanlardan daha fazla müdahalede bulunduğu görülebilir. ABD Yüksek Mahkemesi; 'ifade açıklamasının zamanını, yerini ve yöntemini konu alan düzenlemeler'⁴⁵¹ ile 'ifade özgürlüğüne tesadüfen müdahale eden, ikincil etkide bulunan düzenlemeler'⁴⁵² şeklinde iki tür düzenlemenin içerik ile ilgili olmadığını kabul etmektedir⁴⁵³.

(i) İfade Özgürlüğünün Zaman, Yer ve Yöntem Bakımından Düzenlenmesi

İfade açıklamasının zamanını, yer ve yöntemini konu alan düzenlemeler, açıklanan şeyin ne olduğu ile değil ne zaman, nerede ve nasıl açıklandığı ile ilgilidir. Sınav merkezlerinden belirli mesafede, sınav süresi boyunca anons yapılmasına sınırlama getiren düzenleme bu tür düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Bu düzenlemeler için 'ılımlı inceleme'⁴⁵⁴ ölçütü kullanılmaktadır⁴⁵⁵. Bu ölçütün, düzenlemelerin makul bir temele dayanması halinde anayasaya uygun olduğunu kabul eden ölçüte nazaran daha katı olduğu belirtilmektedir. Böylece içeriği göz önünde tutmasa da ciddi müdahaleler içerebilen bu düzenlemelerin geniş ölçekte sebep olabileceği sınırlamaların önüne geçilebilecektir. ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre, bu tip düzenlemelerin anayasaya uygun kabul edilebilmesi için öncelikle kamu düzeninin korunması, trafiğin düzeni ve güvenliği gibi önemli bir kamu menfaatini koruma amacıyla getirilmesi gerekmektedir⁴⁵⁶. Ayrıca yapılan düzenlemenin kapsamı, korunacak önemli kamu menfaatiyle ilgili olması diğer bir deyişle dar çerçevede

⁴⁵¹ 'time, place, and manner regulations'.

⁴⁵² 'incidental impact', 'secondary effects'.

⁴⁵³ Aydın, ss. 249-251.

⁴⁵⁴ 'intermediate scrutiny'.

⁴⁵⁵ Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, (1989).

⁴⁵⁶ Aydın, s. 255.

ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğünü sınırlayan düzenlemeyi yoğunlaştırılmış denetime tabi tuttuğunda 'zorlayıcı menfaat' (compelling interest) ölçütünü kullanırken, ılımlı denetime tabi tuttuğunda 'önemli menfaat' (significant/ important interest) ölçütünü kullanmaktadır.

çizilmiş olması gerekmektedir⁴⁵⁷. Bununla beraber ifade açıklaması için diğer alternatif yolların açık olması gerekir⁴⁵⁸. İfade açıklamasını düzenleyen bu tip bir yasanın ABD Yüksek Mahkemesinin denetiminden geçebilmesi için bu üç şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Örneğin, bir şehirde sokakların temiz tutulması amacıyla bildiri dağıtılması yasaklanamaz. Çünkü, her ne kadar içeriği göz önünde tutmayan bir düzenleme olsa da bildiri dağıtımı, hiçbir alternatif yol bırakılmadan tamamen yasaklanmıştır⁴⁵⁹.

(ii) İfade Özgürlüğüne İkincil Etkide Bulunan Düzenlemeler

İfade açıklamalarına tesadüfen müdahale eden düzenlemeler, başka bir kamusal menfaat korunurken tesadüfen ifade özgürlüğünü sınırlayan düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemeler ifadenin içeriğini göz önünde bulundurmaksızın yapılmakta ve dolaylı olarak ifadeyi sınırlamaktadır⁴⁶⁰.

İçerik bakımından tarafsız olan bu tip düzenlemeler, United States v. O'Brien⁴⁶¹ kararı ile ortaya konulan 'yumuşatılmış inceleme yöntemi' ile incelenirler. Buna göre, ilgili düzenleme yasa koyucunun anayasal yetkisi dahilinde yapılmış olmalı, önemli ya da dikkate değer bir kamu menfaatinin gerçekleştirme amacına yönelik olmalı, gerçekleştirilmeye çalışılan bu kamu menfaati ifade sınırlamasıyla ilgili olmamalı ve düzenleme kamu menfaatinin gerçekleşmesi yönünden gerekenden daha geniş olmamalıdır⁴⁶².

O'Brien denetimi olarak da adlandırılan bu denetimin en önemli ve kilit şartı ifadeyi düzenleyen yasanın ifade sınırlaması ile bağlantısının olmamasıdır. Bu noktada yasanın amacının, ifade sınırlaması ile ilgili olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu şart ile kastedilen, korunması amaçlanan önemli ya da dikkate değer kamu menfaatinin, düzenlemeyle yaptırım altına alınmak istenen hareketin

⁴⁵⁷ Wars v. Rock Against Racism kararında ABD Yüksek Mahkemesi zaman, yer, yöntem bakımından getirilen ve içeriği göz önünde tutmayan düzenlemenin kapsamının korunacak olan önemli kamu menfaati ile sıkı sıkıya bağlantı içinde olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme dar çerçeve çizilmesi gerektiği yönündeki bu kriterin, düzenlemenin en az sınırlayıcı veya en az müdahale edici aracı öngörmesi gerektiği şeklinde netleştirmiştir. Bknz Aydın, s. 256.

⁴⁵⁸ Schad v. Boroug of Mount Ephraim kararına konu olayda, belediye ticari olarak belirlenen bazı bölgelerde canlı eğlenceyi yasaklamıştır. ABD Yüksek Mahkemesi, bu kararında bu tür yer, zaman, yöntem düzenlemelerinin aynı zamanda alternatif yollar bırakması gerektiğini belirtmiştir. Bknz. Schad v. Boroug of Mount Ephraim, 452 U.S. 61 (1981).

⁴⁵⁹ Aydın, s. 250-252.

⁴⁶⁰ Aydın, s. 268.

⁴⁶¹ United States v. O'Brien 391 U.S. 367 (1996).

Davaya konu olayda Vietnam Savaşı'nı protesto eden O'Brien askerlik celp belgesini yakmış ve ilgili yasaya muhalefetten mahkum edilmiştir.

⁴⁶² United States v. O'Brien 391 U.S. 367, 377 (1996).

iletişimsel yönü ile ilgili olmamasıdır. Aydın'ın verdiği yüksek fiyatları protesto etmek amacıyla mağazaların camlarının kırıldığı ve dükkanların yağmalandığı örneğe bakalım. Bu örnekte, bir takım eylemlerde bulunan kişiler protesto ettikleri için değil, mağazaların camını kırdıkları ve yağmaladıkları için cezalandırılmaktadır. Bu amaçla getirilen düzenlemeler şahıslara ve mallarına zarar verilmesini önleme amacıyla çıkarılmış olup ifadenin sınırlanması ile ilgili değildir. O'Brien denetiminin bu koşulu düzenlemenin ifadenin içeriğinden bağımsız olması ile ilgilidir⁴⁶³.

Diğer taraftan, şahıslara veya mallarına zarar verilmesini önlemeye benzer amaçlarla çıkarıldığı belirtilen bazı yasalar aslında ifadeyi düzenlemek için çıkarılmış da olabilir. Bunun en tipik örneği bayrak yakma benzeri eylemleri yasaklayan yasalarlardır. Devlet elbette ki yangın çıkmasını önlemek veya çevreyi korumak gibi kamu menfaatlerini korumak için bir takım yasaklar öngörebilir. Burada beklenen doğrudan yangın çıkarılmasının önlenmesine yönelik bir yasa çıkarılmasıdır. Böyle bir yasa, yakma eyleminin iletişimsel yönüyle ilgili değildir. Ancak yakma eylemi engellenirken, bu eylemin iletişimsel yönüne tesadüfen bir etki söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir yasaya yumuşatılmış denetim ya da diğer tabiriyle O'Brien denetimi uygulanır⁴⁶⁴. Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi'nin Texas v. Johnson⁴⁶⁵ kararına konu olayda olduğu gibi, sadece bayrak yakma eylemini müeyyide altına alan yasalarda korunması amaçlanan kamu menfaati ile ifadenin düzenlenmesi arasında tesadüfi bir ilişki bulunmadığından sorunlu görülmektedir. Böyle bir yasa ile bayrak yakma eyleminin iletişimsel yönü yani ifadenin içeriği ile mücadele edilmektedir⁴⁶⁶. Dolayısıyla bu tür bir yasanın anayasaya uygunluk denetiminde, içeriği göz önünde bulunduran düzenlemeler için öngörülen katı denetim uygulanacaktır.

⁴⁶³ Aydın, ss. 272-273.

⁴⁶⁴ Aydın, s. 274.

⁴⁶⁵ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

⁴⁶⁶ Aydın, s. 247.

B. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunmasına Yaklaşımı

1. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Önceki Yaklaşımı

Nefret söyleminin 'kavgacı sözler'⁴⁶⁷ (fighting words) öğretisinin bir parçası olduğu yönündeki anlayış sebebiyle, ABD Yüksek Mahkemesi, açık ve mevcut tehlike kriterinin güncel halinin ortaya konulduğu 1969 Brandenburg kararına kadar, nefret söylemi niteliğinde olan ifadeleri cezalandıran yasaları Birinci Değişiklik'e uygun bulma eğilimi göstermiştir⁴⁶⁸.

Birinci Değişiklik tarafından sağlanan korumanın mutlak olmadığı ifade özgürlüğünün sınırlanması kısmında belirtilmişti. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Chaplinsky v. New Hampshire kararına göre, gerçeğe ulaşmada değeri düşük olan, önlenmesi ve cezalandırılması Birinci Değişiklik'e aykırı olmayan ifadeler bulunmaktadır. Buna göre ahlaka aykırı, müstehcen, bayağı, hakaret niteliğinde ve aşağılayıcı ifadeler ya da kavgacı sözler şeklinde kategori edilen ifade türleri, içeriklerine bağlı olarak düzenlenebilecektir. Bununla beraber Chaplinsky kararı ile kavgacı söylemler, kamu düzeninin aniden bozulmasına neden olan ve ifade edilmeleriyle birlikte zarara yol açan söylemler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁶⁹. Bu kategorilere giren ifadeler hakkındaki düzenlemelere açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulanmasına gerek görülmemektedir⁴⁷⁰.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Terminiello v. Chicago⁴⁷¹ kararına konu olayda, Yahudi düşmanı olan ve görevden alınan Katolik bir papaz olan Terminiello, katıldığı bir toplantıda kızgın kalabalığa 'sümüklü pislikler' şeklinde hakaret etmiştir. Bunun üzerine kalabalık taş atma ve şiddet hareketlerine girişmiştir. Terminiello böyle bir taşkınlığa yol açmaktan tutuklanmış ve mahkum edilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi ise mahkumiyet kararını bozarak farklı bir tutum benimsemiştir. 'Düşman dinleyici topluluğu' öğretisi olarak anılan bu yaklaşımda, ifadede bulunan kişi ile muhatapların karşı görüşlerde olması halinde, ancak ifadenin aynı zamanda toplumsal rahatsızlık, hoşnutsuzluk ya da huzursuzluğunun ötesine geçen ciddi ve somut bir kötülüğü ilişkin

⁴⁶⁷ Bu kavram ilk kez Chaplinsky v. New Hampshire kararıyla ortaya atılmıştır ve söylenir söylenmez zarar veren huzuru ani biçimde bozmaya elverişli ifadeler olarak nitelendirilmektedir.

⁴⁶⁸ *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Ed. Kermit L. Hall, James W. Elly, Jr., Joel B. Grossman, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 426'dan aktaran Özlü s. 67.

⁴⁶⁹ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

⁴⁷⁰ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 267 (1952).

⁴⁷¹ Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949).

açık ve mevcut tehlike teşkil etmesi halinde ifadeye müdahale edilebilir⁴⁷². Diğer bir deyişle, ifade açıklamasına sadece huzursuzluk oluşturmaları nedeniyle müdahale edilemez. Ayrıca rahatsızlık ve huzursuzluğu aşan ciddi ve somut bir kötülüğe ilişkin açık ve mevcut tehlike bulunmalıdır⁴⁷³.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin, Terminiello kararı dışındaki kararlardaki nefret söylemi ile ilgili tutumu, kavgacı sözler öğretisi doğrultusunda ele alınması yönündedir. *Beauharnais v. Illinois*⁴⁷⁴ kararına konu olayda başvuru, beyaz insanların mallarının zenciler tarafından yağmalanmasının önüne geçilmesi için beyazların birleşmesi ve bu konuda yasal düzenlemenin çıkarılması için el ilanı dağıtmaktadır. Bu ifadeye, belirli bir ırkın, rengin, dinin veya mezhebin üyelerini aşağılayıcı, karalayıcı, rencide edici ve kamu barışını bozucu veya isyana teşvik eden ifadelerin kamusal alanda kullanılmasını yasaklayan Illinois Ceza Kanunu uyarınca müdahale edilmiştir⁴⁷⁵. ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Birinci Değişiklik'i ihlal etmediğine karar vermiştir⁴⁷⁶.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne yönelik kin ve nefret saikiyle eleştirme ve aşağılama ya da kin ve nefrete kışkırtma sorununa ilişkin karar verdiği dönem boyunca ifade özgürlüğünün sınırlanması ile ilgili önemli ve çeşitli tezler ileri sürülmüştür. Bu tezlerden biri, ayrımcı, nefret dolu, kinci tahrik veya propaganda oluşturan ifadelerin yani nefret söyleminin, belirli bir gruba hakaret eylemi ile zarar verdiğini belirtmektedir. Bu teze göre, ABD Yüksek Mahkemesi, bireylere hakaret anlayışından yola çıkarak nefret söyleminin düzenlenmesini ve cezalandırılmasını gerekçelendirmektedir⁴⁷⁷. Dolayısıyla tez, ABD Yüksek Mahkemesi'nin nefret söylemi içtihatları doğrultusunda incelenmeye değerdir⁴⁷⁸.

*Chaplinsky v. New Hampshire*⁴⁷⁹ kararına göre, yasaklanması ve cezai yaptırım uygulanması anayasal anlamda sorun teşkil etmeyen, belirli bir tanımı olan

⁴⁷² Aydın, s. 131.

⁴⁷³ Diğer yandan karara katılmayan Yargıç Jackson'a göre, papazın ifadesine tepki olarak gerçekleşen kargaşa ve arbede açık ve mevcut tehlikenin kendisidir. Bknz. Aydın, s. 132.

⁴⁷⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁴⁷⁵ 224a, Illinois Criminal Code, III. Rev. Stat., 1949, c.38, 471.

Ayrıca bknz. Aydın, ss. 140-141.

⁴⁷⁶ Avrupa'da hemen her ülkede, halkın bir kısmına kin ve düşmanlığı tahrik olarak değerlendirilecek ve cezalandırılacak bu ifadelerin 1952 yılı Amerika'sında cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü Birinci Değişiklik'e aykırı olarak sınırlamadığı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle ABD Yüksek Mahkemesi (önceki yaklaşımıyla) bu türde ifadelerin düzenlenmesi Birinci Değişiklik'e uygun bulunmaktadır ve bazı noktalara değinmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu tutumu sonraki yıllarda değişmiştir.

⁴⁷⁷ Bireysel hakaret fiilini suç olarak cezalandıran yasalar pek çok eyalette yürürlükten kalkmış olsa da Amerikan medeni hukukunda yer alan cezai işlev gören tazminat yoluyla bu boşluğun doldurulduğu belirtilmektedir. Bknz. Aydın, s. 139.

⁴⁷⁸ Aydın, ss. 132-133.

⁴⁷⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

ve dar çerçevede değerlendirilen ifadelerden biri de kavgacı sözlerdir. Yüksek Mahkeme'ye göre hakaret suçunu oluşturan söylemler bayağı, saygısız ve kavgacı ifadenin bir türü olduğundan sınırlanmaları ifade özgürlüğünü ihlal etmeyecektir. Bununla beraber, ABD Yüksek Mahkemesi bireysel hakaret söyleminin düzenlenmesinin mümkün olmasından hareketle topluluğa hakaret içeren söylemlerin de düzenlenebileceği sonucuna varmaktadır⁴⁸⁰. Etnik, kültürel, ırksal, dinsel, milli gruplara hakaret şeklinde ortaya çıkabilen 'topluluğa hakaret' (group libel), ABD sisteminde 1920'lerde azınlıklara yönelik sözlü saldırı ve siyah-beyaz ayrımı, 1930 ve 1940'larda özellikle antisemitizm ile ırkçı ve dinsel söylemler şeklinde oldukça yaygın şekilde görülmektedir⁴⁸¹. Özetle ABD Yüksek Mahkemesi, nefret söylemini topluluğa hakaret fiili olarak değerlendirmiş, hakaret suçunu oluşturan söylemlerin kavgacı sözlerin bir türü olduğunu kabul etmiş ve bu ifade türünün düzenlenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Bu halde nefret söyleminin düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanması Birinci Değişiklik'e uygun bulunmuştur⁴⁸².

Bununla beraber nefret söylemini düzenleyen ve yaptırım öngören yasaların belirli niteliklere sahip olması aranmaktadır. Örnek olarak, keyfiliğin önüne geçilmesi amacıyla nefret söylemi için cezai yaptırım öngören yasanın, toplum refahını ve barış ortamını korumak amacıyla yapılması gerekmektedir. Getirilen düzenlemenin keyfi olup olmadığı ve amacının kamu düzenini korumak olup olmadığı, eyaletin koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Örnek olarak ırklar arasındaki gerginliğin fazla olduğu yerlerde, ırkçı nefret söyleminin etkilerinin daha yıkıcı olması dolayısıyla bu tür ifadelerin düzenlenmesini konu alan bir yasanın kamu düzenini korumak amacıyla getirildiği sonucuna varılabilir⁴⁸³. Buna göre, ABD Yüksek Mahkemesi, nefret söylemini sınırlayan bir düzenlemenin Birinci Değişiklik'e uygun olup olmadığını denetlerken, düzenlemenin yapıldığı süreçteki koşulları ve korunmak istenen kamu menfaatini dikkate alarak düzenlemenin yapılmasında haklı bir sebep olup olmadığını değerlendirir⁴⁸⁴. Diğer taraftan, ABD Yüksek Mahkemesi yapılan düzenlemenin korunmak istenen kamu menfaatini gerçekleştirmek noktasında elverişli olup olmadığı ile ilgilenmemektedir.

Beauharnais kararı dörde karşı beş oy çoğunluğuyla ve dört yargıcın karşı oyuyla alınmıştır. Bu kararın, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından demokratik

⁴⁸⁰ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 255-259 (1952).

⁴⁸¹ Aydın, s. 133.

⁴⁸² Özlü, s. 70.

⁴⁸³ Özlü, s. 70.

⁴⁸⁴ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 259-261 (1952).

rejimlerin antidemokratik hareketleri sınırlama veya yasaklama hakkı olduğu yönündeki çoğunluğun görüşü ile alındığı belirtilmektedir.⁴⁸⁵ Bununla beraber, Beauharnais kararının, bugün artık örnek bir karar olmadığı ve daha sonra verilen başka kararlarla geçerliliğini kaybettiği belirtilmekle beraber, özellikle New York Times v. Sullivan⁴⁸⁶, Collin v. Smith⁴⁸⁷ ve R.A.V. v. City of St. Paul⁴⁸⁸ kararları ile temelinden sarsıldığı ifade edilmektedir⁴⁸⁹.

2. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Güncel Yaklaşımı

ABD Yüksek Mahkemesi'nin güncel tutumu, gerçekliğe dayanan tez doğrultusunda, ifade özgürlüğünü sağlamanın en iyi yolunun, çoğunluk tarafından beğenilmeyen ya da rahatsız edici bulunan fikirler de dahil, tüm fikirlerin ifade edilmesi yönündedir⁴⁹⁰. Toplum düzeninin cezalandırılma korkusuyla korunamayacağı kanaatinde olan ABD Yüksek Mahkemesi, daha önceki kararlarından biri olan Whitney v. California kararında korkunun baskıyı, baskının ise nefreti doğuracağını belirterek nefretin istikrarlı bir yönetime karşı tehdit oluşturacağına değinmektedir. Tüm bunlarla mücadele etkili çözümün ise özgürce tartışabilmek olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, gücün en kötü kullanılma şekli olarak görülen ifade açıklamasının yasalarla kısıtlanması halini engellenmek için Anayasa'ya özgürlüklerin korunması yönünde hüküm getirilmiştir⁴⁹¹. Yüksek Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamanın güç kullanımının en kötü biçimi olduğunu belirtmesi oldukça çarpıcıdır. Texas v. Johnson⁴⁹² kararı ile bir ifade açıklamasının, sırf toplumun rahatsız edici bulmasına dayanılarak sınırlandırılmasının Birinci Değişiklik'i ihlal edeceği belirtilmiştir⁴⁹³. Burada hareketle genel olarak, ABD Yüksek Mahkemesi'nin eskiden gelen bir yaklaşımla, Birinci Değişiklik'in yasa koyuculara çoğunluk tarafından hatalı bulunan, kötü sonuçlara sebep olacağına inanılan öğretilerin açıklanmasını yasaklama yetkisi vermediği kanaatindedir⁴⁹⁴. ABD Yüksek Mahkemesi, tarihi süreçte

⁴⁸⁵ 'overrule'.

⁴⁸⁶ New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1976).

⁴⁸⁷ Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197(7th Cir. 1978).

⁴⁸⁸ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁴⁸⁹ Aydın, ss. 145-146.

⁴⁹⁰ Bu yaklaşım ilk kez Abrams v. United States kararına Yargıç Holmes tarafından yazılan karşı oyda görülmektedir.

⁴⁹¹ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927).

⁴⁹² Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

⁴⁹³ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989).

⁴⁹⁴ Yargıç Brandeis'in karşı oyu, Whitney v. California, 274 U.S. 357, 374 (1927).

zaman zaman içinde bulunduğu dönemden etkilenecek kararlar vermiş olsa da toplumda rahatsızlık ve hoşnutsuzluk oluşturacak ifadelerle de bir işlev yüklemektedir.

Açık ve mevcut tehlike ölçütünün günümüzdeki versiyonu, 1969 tarihli Brandenburg kararı ile ortaya konulduğu ABD sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlanması ile ilgili kısımda belirtilmişti. Bu kararın önemli olmasının sebeplerinden birini de Brandenburg'un ırkçı nefret söylemi hakkında olmasıdır. Davaya konu olayda ırkçı Klu Klux Klan örgütünün liderlerinden biri olan Brandenburg, ırkçı fikirlerin açıklandığı bir Klan toplantısında, zencilerin Afrika'ya, Yahudilerin İsrail'e dönmesi gerektiğine inandığını ve Başkan'ın, Kongre'nin ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin beyaz ırkı ezmeyi sürdürmesi halinde bazı rövanşların alınması gerekebileceğini ifade etmiştir. Brandenburg, devleti yıkmak ve işçi diktatoryası kurmak yönünde propaganda yapma hakkında yaptırım öngören bir Ohio eyaleti yasasına göre şiddet hareketlerine teşvik etmekten ceza almıştır. ABD Yüksek Mahkemesi, bu kararında Birinci Değişiklik'in şiddete dayalı devrim politikasını siyasi bir öğreti olarak koruduğunu ancak öldürme ya da bombalama gibi suç teşkil eden eylemlere doğrudan azmettirmeyi korumadığını belirtmiştir. Dolayısıyla Brandenburg kararı ile ABD Yüksek Mahkemesi nefret söylemi hakkındaki Beauharnais kararı ile geliştirdiği tutumunu değiştirmiştir⁴⁹⁵.

ABD Yüksek Mahkemesi, Brandenburg kararında, Beauharnais kararından farklı olarak, ilgili düzenlemenin nefret söylemini yasaklamasını özellikle dikkate almamış, hakaret eylemi olarak değerlendirmemiş ve nefret söylemini ayrı bir ifade türü olarak ele almamıştır. Karara konu olayda ifadeye yapılan müdahaleyi içeriğe yönelik sınırlama olarak değerlendirerek açık ve mevcut tehlike denetimini uygulamıştır. Brandenburg kararıyla Yüksek Mahkeme, yasadışı ve şiddete teşvik eden ifadeye müdahale edilebilmesi için ayrıca ifadenin çok yakın ve hukuka aykırı bir eylemin teşvik veya tahrikine yönelik olması ve ifadenin bu eylemin teşvik veya tahrik edilmesini bakımından elverişli olması şartlarını aramaktadır⁴⁹⁶. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararıyla ifade özgürlüğünün sınırlarını genişletmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin görmeyi reddettiği ve federal temyiz mahkemesinin kararının geçerli olduğu Skokie davalarına konu olayda, sakinlerinin çoğunun Yahudi olduğu bir Skokie adlı yerleşim yerinde⁴⁹⁷ neo nazi grubunun gösteri

⁴⁹⁵ Aydın, ss. 171,172.

⁴⁹⁶ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447-448 (1969).

⁴⁹⁷ Skokie adlı yerleşim yerinde yaşayan 70.000 kişinin 40.000-50.000 kadarının Yahudi ve yaklaşık 5.000 kişinin Holokost'tan kurtululardan oluştuğu ve Amerika çapında en fazla nazi soykırımından kaçan Yahudiyi barındıran yerleşim yerinin Skokie olduğu belirtilmektedir. Bknz. Aydın, s. 174.

yürüyüşü yapmaları tartışma konusu olmuştur. Bu grubun gösteri yürüyüşü yapıp yapamayacağı iki yıl boyunca Amerikan kamuoyunu meşgul etmiştir. Skokie davaları adı verilen bu davalar, neo nazi grubunun gösteri yürüyüşü yapmaları hakkında çıkarılan düzenlemelerin Birinci Değişiklik'e uygun olup olmaması hakkındadır. İlk düzenlemede, bu tip gösteriler için 300.000 dolarlık bir kamu sorumluluk sigortası ve 500.000 dolarlık diğerlerinin mal varlığına verilebilecek zarar sigortası öngörülüyordu. İkinci düzenleme, ile kişileri ırk, milli köken, dini nedenlerle kine teşvik ve tahrik eden herhangi bir materyalin kasıtlı yayılması eylemlerini yasaklıyordu. Üçüncü düzenleme, askeri tarzda üniforma giyen siyasi grupların aleni gösteri yapmalarını yasaklıyordu. Davaya konu edilen düzenlemelerden ikincisi nefret söylemiyle ilgili olup gruplara hakareti yasakladığından dolayı önemlidir⁴⁹⁸. Temyiz mahkemesi, üç düzenlemenin de Birinci Değişiklik'e aykırı olduğuna karar vermiştir. Özellikle ikinci ve üçüncü düzenlemenin içeriğe yönelik olduğunu ve bu sansürün Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğini belirtmiştir. Bununla beraber temyiz mahkemesi, ilgili grubun inanç ve hedeflerinin, yerleşim yerinde yaşayan kişilerin ve genel olarak insanlığın temel değerlerine aykırı olduğu ancak bu gerekçeyle ifadeye müdahale etmenin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁹⁹.

Açıkça anlaşılmaktadır ki nefret söyleminin ifadenin yöneldiği gruplarda yoğun duygusal travma yaratması da sınırlamayı tek başına meşru hale getirmemektedir. Skokie davalarıyla ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da onaylandığı üzere, yalnızca kamusal hoşnutsuzluk oluşturduğu gerekçesiyle ifade sınırlamasına gidilemez. Benzer şekilde, bazı söylemlerin dinleyiciler tarafından saldırgan görülmesi de tek başına sınırlamaya sebep olmamalıdır. Yüksek Mahkemeye göre, yasa koyucu ancak söylemde bulunan kişinin dinleyicinin konutuna izinsiz girmesi veya dinleyicinin söylemleri işitmekten kaçınmadığı⁵⁰⁰ hallerde, hedef gösterilen dinleyicileri korumak amacıyla saldırgan söylemler hakkında düzenlemeler getirebilir⁵⁰¹. Dolayısıyla, söylemde bulunan kişinin dinleyicinin konutuna izinsiz girmesi veya dinleyicinin söylemleri işitmekten kaçınmadığı haller söz konusu değilse nefret söyleminin de bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir.

Skokie davalarında verilen kararın bir diğer önemli yanı, neo nazi grubunun gösteri yürüyüşünün Birinci Değişiklik'e uygun olup olmadığının, tarafsız bakış açısıyla incelenmiş olmasıdır. Gösteri yürüyüşü gibi iletişimsel eylemler de Birinci

⁴⁹⁸ Aydın, s. 177.

⁴⁹⁹ Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197, 1201 (7th Cir. 1978).

⁵⁰⁰ 'Zorunlu dinleyici' (captive audience).

⁵⁰¹ Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975).

Değişiklik kapsamında korunmaktadır ve üzerinde nazi sembolü olan pazibentin takılmasında olduğu gibi üzerinde ırkçı ifadelerin yazılı olduğu pankartın taşınması da bu koruma kapsamı dışında değildir⁵⁰². Diğer taraftan nefret söylemi barındıran bir gösteri yürüyüşü içerikten bağımsız olarak yer, zaman ve biçim yönünden düzenlenebilir. Ancak Skokie davalarına konu düzenlemelerden birinde olduğu gibi, gösteri yürüyüşü için belirli miktarda sorumluluk ödenmesine yönelik düzenlemenin asıl amacının içerik kontrolü yapmak olması halinde Birinci Değişiklik ihlal edilecektir⁵⁰³.

Bununla beraber hukuka aykırı eylemlere teşvik veya tahrik eden söylemler, Brandenburg kararıyla belirtildiği gibi açık ve mevcut tehlike ölçütüne uygun şekilde sınırlandırılabilir. Sokokie davalarına konu düzenlemelerden birinde, ırk, etnik köken veya dinsel nedenlerle bir grubu hedef alan nefret söylemi ifadeleri yasaklanmıştı. Ancak davaya konu olayda neo nazi taraftarlarının yürüyüşünün engellenmesinin sebebinin herhangi bir şiddet eylemini engellemek olmadığı ve yürüyüşün gerçekleşeceği yerde herhangi bir şiddet eyleminin gerçekleşeceği yönünde tarafların bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeple önlenmesi gereken açık ve mevcut tehlikeden bahsedilemeyeceğine göre, nefret söylemini yasaklayan ilgili düzenleme, Brandenburg ölçütüne göre Birinci Değişiklik'i ihlal etmektedir⁵⁰⁴. Bununla beraber Holokost inkarı hakkında ABD Yüksek Mahkemesi dolaylı da olsa bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre Birinci Değişiklik hükmünün hiçbir düşüncüyü yanlış olarak görmemesi nedeniyle Yüksek Mahkeme, İHAM'dan farklı olarak, tarihsel gerçeklere aykırı ifadeleri değersiz görmemektedir. Gerçeğe ulaşmaya dayanan tez doğrultusunda yanlış veya tehlikeli görüşlerin açıklanmasına ve diğer görüşlerle mücadele etmesine izin verilmeli ve herhangi bir düzeltme gerekirse bu yasa koyucuya değil yargıya bırakılmalıdır. Dolayısıyla neo nazi grubunun gösteri yürüyüşü, tarihsel gerçeklere aykırı görüşler içerse dahi sırf bu gerekçeyle sınırlandırılması kabul edilemez⁵⁰⁵.

ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre, Birinci Değişiklik hükmü hiçbir düşüncüyü yanlış olarak görmese dahi, belirli ifade kategorileri yönünden içerik sınırlaması ifade özgürlüğüne uygun bulunabilir. Diğer bir deyişle Yüksek Mahkeme'ye göre, belirli ifade türlerinin içerik yönünden sınırlandırılması Birinci Değişiklik'i ihlal etmemektedir. Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme, verilen kararlarda kavgacı sözler öğretisi

⁵⁰² Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197, 1200, 1201,1206 (7th Cir. 1978).

⁵⁰³ Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197 (7th Cir. 1978).

⁵⁰⁴ Aydın, s. 178.

⁵⁰⁵ Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197, 1203 (7th Cir. 1978).

kapsamında değerlendirilmeye devam edilen nefret söyleminin sınırlanması hakkında, kavgacı sözler öğretisinin kapsamının daraltılması ve Brandenburg ölçütünün uygulanması şeklinde bir yaklaşım benimsemiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımı, bu ifade türleri ile ilgili doğrudan sınırlayıcı nitelikte değildir⁵⁰⁶. Cohen v. California kararında da yer verildiği üzere, nefret söylemine muhatap olan kişinin hukuka aykırı eylemlerde bulunması ile ilgili açık ve mevcut tehlike söz konusuysa kavgacı sözler öğretisi uygulanabilecektir⁵⁰⁷. Bu yönde bir eğilim olmadığı takdirde kavgacı sözler öğretisi uygulanamayacak ve yasa koyucunun ilgili düzenlemesinin aşırı geniş ve belirsiz olması nedeniyle Birinci Değişiklik'e aykırılığı gündeme gelebilecektir⁵⁰⁸.

R.A.V. v. St. Paul⁵⁰⁹ kararı, ABD Yüksek Mahkemesi'nin nefret söylemi hakkında düzenleme öngören yasanın Birinci Değişiklik'e uygun olup olmadığının incelendiği önemli bir karardır. Davaya konu olay; aşağılayıcı, kin, nefret ve düşmanlığa tahrik edici ya da ayrımcı ifadeler için yaptırım öngören yasaların Anayasa'ya uygun olup olmadığını açıklığa kavuşturan bir karar olmuştur. Yüksek Mahkeme bu kararında, belirli ifade kategorilerine yönelik düzenlemelerin ifade hürriyetini ihlal etmeyeceği yönündeki tutumunu yeniden gözden geçirmiştir⁵¹⁰. Önceleri Birinci Değişiklik koruması kapsamında görülmeyen belirli ifade kategorilerinin (kavgacı sözler ve müstehcen ifadeler gibi) zamanla tekrar koruma alanına alındığı görülmektedir. R.A.V. kararı ile bu durum biraz daha ileriye taşınarak belirli ifade kategorilerinin, gerekli şartlar sağlanmadıkça Birinci Değişiklik koruması kapsamından çıkarılamayacağına karar verilmiştir⁵¹¹.

Davaya konu olayda bir grup genç, ırkçı Klu Klux adlı şiddet örgütüne ait geleneksel şiddet yöntemini kullanarak tahta bir haç yapmış ve karşılarında oturan siyah Amerikalı bir ailenin avlusunda yakmışlardı. Failler, ilgili eyalet yasası uyarınca yargılanarak cezalandırılmıştır⁵¹².

ABD Yüksek Mahkemesi ilgili yasayı Birinci Değişiklik'e aykırı bulmuştur. R.A.V. kararının gerekçesinde, iletişimsel eylemlerin yasaklanması mümkün olan ve olmayan unsurları olduğuna ve bu doğrultuda bir düzenleme yapılması gerektiğine değinilmiştir. Buna göre iletişimsel eylemin kavgacı söz teşkil etmesi halinde

⁵⁰⁶ New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

⁵⁰⁷ Cohen v. California, 403 U.S. 15, 20 (1971).

⁵⁰⁸ Goding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

⁵⁰⁹ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁵¹⁰ Aydın, s. 218.

⁵¹¹ Aydın, ss. 374-375.

⁵¹² Haç yakma eylemi ırkçı taciz olarak değerlendirilmektedir.

düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Ancak iletişimsel eylemin hükümete yönelik eleştiri niteliğinde olması onun sınırlandırılması için gerekçe olamayacağı belirtilmektedir⁵¹³. ABD Yüksek Mahkemesi, kavgacı sözlerin iletişimsel yönü bulunduğunu kabul etmekle birlikte iletişimsel olmayan yönü nedeniyle bu ifade türünün yasaklanabilir olduğu belirtmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme her ne kadar kavgacı sözlerin sınırlandırılabileceğini kabul etse de bakış açısı ayrımcılığına tabi tutulmasını kabul etmemektedir. Kararın gerekçesine göre, ilgili yasa, ifadenin içeriğini dayalı bir yasak içermektedir ve kavgacı sözler içerisinde ayırım yaparak sadece ırk, renk, inanç, mezhep, din veya cinsiyeti konulu kavgacı sözleri cezalandırmakta, bunun dışındaki kavgacı sözleri cezalandırmamaktadır. Dolayısıyla ilgili yasa yönünden bakış açısı ayrımcılığı söz konusu olduğundan Birinci Değişiklik ihlal edilmiştir⁵¹⁴.

Bununla beraber, Yüksek Mahkeme, önüne gelen birçok davada haç yakmaya ilişkin yaptırım öngören yasaları, Anayasa'ya uygun bulmuştur. Örneğin, Florida Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen davaya konu yasa haç yakma eyleminin amacına ilişkin bir düzenleme içermemekle beraber başkasının özel mülkünde basit haç yakma eylemini yasaklıyordu. Bu davada Eyalet Yüksek Mahkemesi verilen mahkumiyet kararını onamış⁵¹⁵ ve ABD Yüksek Mahkemesi de davaya bakmayı reddederek verilen kararı Anayasa'ya uygun bulmuştu. Florida Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere, ilgili eyalet yasası, ifadenin içeriğini göz önünde tutarak ayrımcılık yapmamıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre haç yakmak, küçümsenemeyecek şiddet meydana getirebilecek bir eylem olup kavgacı sözlerin en zehirli hallerinden biridir ve sınırlandırılması ifade özgürlüğünü ihlal etmemektedir⁵¹⁶.

ABD Yüksek Mahkemesi ırk, renk, cinsiyet, mezhep ve din içerikli olup muhatapta kızgınlığa, şiddete, içermeye neden olan söylemlerin düzenlenmesinde önemli bir menfaatin bulunduğunu ve ayrımcılığa maruz kalmış olan kişilerin barış ve huzur içinde yaşama haklarının bir insan hakkı olduğunu kabul etmektedir. Diğer taraftan, R.A.V. kararına konu yasanın, içeriği göz önünde bulunduran bir düzenleme olduğu açıktır ve korunmaya çalışılan kamu menfaatine başka yollarla ulaşmak mümkün olduğundan sansür oluşturma tehlikesi yüksektir. Yüksek Mahkeme, nefret söylemiyle içerik dışı bir düzenleme yapılarak da mücadele edilebileceği görüşündedir. Ek olarak ilgili yasanın ırk, renk, inanç, mezhep, din veya cinsiyet olarak

⁵¹³ Yargıç Stevens'in karşı oyu, R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 418 (1992).

⁵¹⁴ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 386, 393, 394 (1992).

⁵¹⁵ State v. T.B.D., 656 So. 2nd 479 (Fla. 1995).

⁵¹⁶ Aydın, ss. 222-223.

belirtilen konularla sınırlı kalmayan bir düzenleme olsaydı dahi aynı etkide olacağı belirtilmiştir. Bu durum yasa koyucunun belirli konularda bakış açısı ayrımcılığını göstermekte ve ilgili yasa ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir⁵¹⁷.

ABD Yüksek Mahkemesi ırk, din ve etnik kökeni göz önünde bulunduran içerik düzenlemelerine katı denetim uygulamaktadır. Dolayısıyla R.A.V. kararına konu yasa hakkında da bu denetimi uygulamıştır. Yüksek Mahkeme katı denetim yaparken sınırlamanın zorunlu bir kamu menfaatine dayanması, dar bir çerçevede çizilmiş olması, en az sınırlayıcı araçların kullanılması şartlarına bakmaktadır. R.A.V. kararına konu yasanın; zorunlu bir kamu menfaatine dayandığı Yüksek Mahkeme tarafından onaylanırken, sınırlamanın dar bir çerçevede çizilip çizilmediği ile ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla beraber, en az sınırlayıcı aracın kullanılmamış olduğu belirtilerek ilgili yasanın Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁵¹⁸

Bununla beraber R.A.V. kararından ırk, din, mezhep, cinsiyet konularıyla sınırlı olmayacak şekilde kızgınlık, şiddet ya da içerleme oluşturan ifadelere yönelik sınırlama ya da yasaklama getiren düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olacağı anlamı çıkarılabilir. Diğer bir deyişle ırk, din mezhep veya cinsiyet konularını ayırmaksızın genel bir nefret söylemi yasağının Birinci Değişiklik'e uygun olacağı anlamı çıkarılabilir. Yargıç White bu yönden karara bir eleştiri getirmiştir. O'na göre, R.A.V. kararı yasa koyucuyu sorunlu konuda hiçbir düzenleme yapmamak ya da yasaklanması mümkün olan ifade türünün sorunlu olmayan bölümünü de içerecek şekilde tamamını yasaklamak şeklinde çözüm getirmeyen iki seçenek arasında bırakmaktadır⁵¹⁹. R.A.V. kararı göz önünde bulundurularak getirilen kızgınlık, şiddet veya içerlemeye sebep olan ifadelerin ayırım yapılmaksızın tamamen yasaklanması halinde, katı denetimin unsuru olan dar çerçevede düzenleme unsuru sağlanmayacaktır. Dolayısıyla bu bakımdan sorunlu olan yasa hakkında Birinci Değişiklik'i ihlal ettiği yönünde karar verilecektir. ABD Yüksek Mahkemesi, Texas v. Johnson kararında, herhangi bir içerik ayrımı yapmayan ancak kapsam olarak oldukça geniş olan yasanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir⁵²⁰.

Yargıç White karşı oyunda R.A.V. kararına konu yasanın Birinci Değişiklik'i ihlal ettiğine ilişkin bir başka gerekçeye değinmiştir. Buna göre Brandenburg ölçütüne göre kavgacı sözlerin sınırlanabilmesi için yakın ve mevcut tehlike şartının varlığı aranmaktadır. Ancak R.A.V. kararına konu düzenleme ise yakın bir zararın

⁵¹⁷ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 396 (1992).

⁵¹⁸ Özlü, s. 82.

⁵¹⁹ Yargıç White'in karşı oyu, R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 404,405 (1992).

⁵²⁰ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

gerçekleşmesine elverişli olan ifadelere yaptırım öngördüğü gibi ve buna elverişli olmayan muhatapta sadece kızgınlık, şiddet veya içermeye sebep olan ifadelere de yaptırım öngörmektedir⁵²¹.

Virginia v. Black⁵²² kararı, nefret söylemi ile ilgili verilen önemli kararlardandır. Davaya konu olayda, Barry Black adlı kişi, bir Klu Klux Klan toplantısına liderlik etmiştir ve toplantının bitiminde haç yakma eylemi gerçekleştirilmiştir. Herhangi bir kişiye ya da gruba yönelik korkutma ve yıldırma amacıyla bir başkasının mülkünde otobanda ya da kamuya açık bir alanda haç yakılmasını yasaklayan ve böyle bir haç yakma eylemini, yıldırma niyetinin varlığına delil sayan ilgili eyalet yasası gereğince Black mahkum edilmiştir. Virginia Yüksek Mahkemesi'ne göre R.A.V davası ışığında ilgili eyalet yasası içerik bakımından tarafsız olduğundan⁵²³ Birinci Değişiklik'e uygun kabul edilebilir. Diğer taraftan, ilgili yasanın yıldırma mesajlarının içinde sadece haç yakmayı yasaklamasından dolayı bakış açısı ayrımcılığı yapması nedeniyle Anayasa'yı ihlal etmiştir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi bu karara katılmamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, yasaklanabilir kabul edilen ifade kategorilerinde içerik ayrımcılığına gidilmesine izin verildiğinden dolayı ilgili eyalet yasası yıldırma amacıyla haç yakılmasını yasaklayarak Birinci Değişiklik'i ihlal etmemiştir. Bununla beraber, haç yakma eylemi yaygınlaşmaya başlayan olan bir yıldırma eylemi olduğundan ve tarih boyunca şiddet içeriğinin göstergesi olarak kabul edildiğinden yıldırma mesajlarının tamamının yasaklanması yerine sadece haç yakmaya ilişkin olanların yasaklanması yoluna gidilebilir. Böylece, bedensel zarara uğrama korkusuna sebep olabilecek yıldırma niteliğindeki ifade türlerinin sınırlanması seçilebilir⁵²⁴.

Virginia v. Black davasındaki bir diğer husus, haç yakma eyleminin kendisinin, kişileri yıldırma niyetinin varlığına delil olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla haç yakma

⁵²¹ Yargıç White'ın karşı oyu, R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 414 (1992).

Bununla beraber, ifade özgürlüğüne ikincil etkide buluna düzenlemeler hakkında yapılan denetim içeriği göz önünde bulunduran düzenlemelerdeki gibi katı değildir. Yangın çıkma tehlikesini önlemek amacıyla çeşitli materyallerin yakılmasını yasaklayan bir düzenlemeyi ele alalım. Böyle bir düzenlemede korunmak istenen kamu menfaati, içeriğe yönelik değildir. Ayrıca, düzenleme ifadenin içeriğine bir sınırlama getiriyorsa, ikincil etkiden söz edilir ve yasa koyucunun ifadenin içeriğine yönelik müdahaleyi amaçlayıp amaçlamadığına bakılır. Bu husus, ABD sisteminde ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin kısımda belirtilmişti. Buna göre, bir düzenleme sadece bayrak yakma, haç yakma veya askerlik celbini yakma gibi yasakları içeriyorsa, ilgili düzenlemenin amaçladığı kamu menfaatinin incelenmesi gerekmektedir. Birinci Değişiklik'in sembolik ifadelerle iletişimsel eylemleri de koruduğu göz önünde tutulduğunda korunmak istenen kamu menfaati ile düzenlenen ifadenin içeriği ilgili ise burada da katı denetim uygulanması beklenir. Bknz. R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 382 (1992).

⁵²² Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

⁵²³ R.A.V. davasında olduğu gibi ırk, din, etnik köken veya cinsiyet yönünden sınırlama öngörüp diğer konularda herhangi bir sınırlama öngörmemesi nedeniyle içerik bakımından tarafsız olduğu belirtilmektedir.

⁵²⁴ Virginia v. Black 538 U.S. 343, 360-363 (2003).

eyleminde bulunan kişinin, bir kişi veya grubu yıldırma niyetinde olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi düzenlemeyi bu bakımdan Birinci Değişiklik'e aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, haç yakma eylemi yasaklanabilir kabul edilen yıldırma amacıyla ortaya çıkabileceği gibi Birinci Değişiklik tarafından korunan ve herhangi bir yıldırma amacı olmayan siyasi bir eylem olarak da ortaya çıkabilir. Kimi zaman yıldırma kimi zaman bir ideoloji ve grup dayanışması anlamına gelebilen haç yakma eyleminin, farklı anlamlara gelebileceğine dair olasılıklar ilgili yasayla reddedilmiştir⁵²⁵. R.A.V. kararında belirtildiği gibi bir Klu Klux Klan toplantısında gerçekleştirilen haç yakma eylemi siyasi bir ideolojiyi temsil etmektedir ve Birinci Değişiklik korumasından yararlanması gerekmektedir⁵²⁶. Bununla beraber, bir film ya da tiyatrodaki rol gereği haç yakma eylemi gerçekleştirilebilir. Böyle bir durumda ne yıldırma amacından ne de bir ideolojiden bahsedilebilir. Davaya konu yasadaki haç yakma eyleminin aksi ispatlanana kadar yıldırma amacıyla yapıldığına delil kabul edileceğine dair hüküm farklı haç yakam eylemleri arasında ayırım yapmamaktadır ve gerçekten yıldırma amacı güdülüp güdülmediğine karar karar verilmesi için değerlendirilmesi gereken koşulları yok saymaktadır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir⁵²⁷.

Bununla beraber ABD Yüksek Mahkemesi Connick v. Myers⁵²⁸ kararında, kamuoyunu ilgilendiren konulara ilişkin söylemlerin diğer söylemlerden hiyerarşik olarak üstün olduğunu belirtmekte ve özel koruma görmesi gerektiğini sıklıkla ifade etmektedir⁵²⁹. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'ye göre, nefret söyleminin kamuoyunu ilgilendiren konulara ilişkin olması halinde Birinci Değişiklik korumasından özellikle yararlanması gerekecektir. Kamuoyunu ilgilendiren söylemler hemen her alana ilişkin olabilirse de ifadenin içeriğine, biçimine ve bağlamına bakılarak yapılan inceleme neticesinde bir söylemin kamuoyuna ilişkin olup olmadığı anlaşılabilir. Dolayısıyla da daha yüksek korumadan faydalanabilir⁵³⁰. ABD Yüksek Mahkemesi'nin, Snyder v. Phelps⁵³¹ kararına konu olayda, askeri bir cenaze töreni esnasında, bir tarikat tören alanına yakın bir yerde eylem gerçekleştirmiştir. Yapılan eylemde, ABD silahlı kuvvetlerinde eşcinselliğin hoş görülmesi sebebiyle Tanrı'nın ABD'yi cezalandıracağı iddia edilmiş ve eşcinselliğe ve Katolik mezhebine yönelik nefret içerikli pankartlar

⁵²⁵ Virginia v. Black 538 U.S. 343, 363-366 (2003).

⁵²⁶ Yargıç White'in karşı oyu, R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 402 (1992).

⁵²⁷ Virginia v. Black 538 U.S. 343, 363-366 (2003).

⁵²⁸ Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983).

⁵²⁹ Connick v. Myers, 461 U.S. 138, 145 (1983).

⁵³⁰ Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 761 (1985).

⁵³¹ Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

gösterilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, pankartlarda yazan ifadelerin; ülkeyi ve vatandaşları ilgilendiren siyasi ve ahlaki konulara ilişkin olduğu ve içerik, biçim ve bağlam bakımından kamuoyunu ilgilendirdiği yönünde karar vermiştir. Ayrıca, eylemin kamusal alanda ve barışçıl şekilde gerçekleştirilmiş olması bakımından Birinci Değişiklik korunmasından özellikle korunması gerekmektedir⁵³².

Netice olarak, ABD siteminin nefret söylemine yaklaşımı, diğer uluslararası insan hakları sistemlerin yaklaşımlarından hayli farklıdır. Yüksek Mahkeme, nefret söylemi ile mücadelenin önemli bir kamu menfaatine hizmet ettiğini kabul etmekle beraber, bu tür söylemler hakkında sınırlayıcı ya da yasaklayıcı düzenlemeler getirmenin bu mücadelede etkili bir yöntem olamayacağı kanaatindedir. Snyder v. Phelps davasında verdiği kararda ifadenin insanları eyleme geçirebilecek, mutluluğa, üzüntüye ya da acıya bağabilecek kadar güçlü olduğunu belirten Yüksek Mahkeme, davaya konu olayda olduğu gibi acıya karşı ifadeyi yasaklayarak veya ifade açıklamasında bulunan kişiyi cezalandırarak tepki verilemeyeceği kanaatindedir. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararında, özgür tartışma ve kamusal müzakere ortamına müdahale edebilecek zarar verici ifadelerin bile korunduğu bir yaklaşım benimsediğini belirterek nefret söylemi ile ilgili güncel yaklaşımını özetlemiştir⁵³³.

⁵³² Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 7-15 (2011).

⁵³³ Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 15 (2011).

SONUÇ

Düşüncelere ulaşabilme, onları yayabilme ve bu sebeplerle kınanmama haklarını bünyesinde barındıran ifade özgürlüğüne, uluslararası insan hakları belgelerinde yer verilmiştir. İfade özgürlüğü tarih boyunca gerçeğe ulaşılması, demokrasiye katkı sunması veya bireyin kendini gerçekleştirmesi ve özerkliğini için olmazsa olmaz görülen birtakım görüşlerle temellendirilmeye çalışılmıştır. Hem İHAM hem de ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında bu görüşlere yer vermiştir. Nefret söylemi hakkındaki düzenlemeler ise Avrupa ve ABD sistemlerinde farklı şekillerde ilerlemiştir. Avrupa'da isyana teşvik yasalarının yaptırıma bağlanması ile başlayan süreç sosyalist propagandayı yaptırıma bağlayan düzenlemelerle devam etmiştir. ABD'de ise sosyalist propaganda yaptırıma bağlanmakla birlikte 19. yüzyılda Avrupa'da gerçekleşen gelişimden farklı olarak ırk ayrımcılığının önüne geçilmesi amacıyla düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da ırkçı söylemler ve sosyalist propaganda farklı kategorilerde değerlendirilmiş ve zaman içinde ırkçı söylemlerin aksine sosyalist propagandanın ifade özgürlüğünden yararlandığı görülmüştür. ABD sisteminde ise bu ifade türleri genel olarak aynı kategoride değerlendirildiğinden zaman içinde gelişen özgürlükçü yaklaşımlar bu iki söylemi de benzer şekilde etkilemiş ve istisna haller dışında hem sosyalizm propagandası hem de ırkçı söylemler ifade özgürlüğünün korumasından yararlanmıştır. Bununla beraber 'nefret söylemi' kavramının genel olarak kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Avrupa konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye Devletlere "nefret söylemi" hakkındaki R.97(20) numaralı tavsiye kararı, 30 Ekim 1997 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Buna göre nefret söylemi kavramı; ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenlilere yönelik saldırgan milliyetçilik, etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ortaya çıkan dinsel hoşgörüsüzlük de dahil hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşru hale getiren her türlü ifade biçimini kapsamaktadır. Bununla beraber tavsiye kararında homofobik ve cinsiyetçi söylemler gibi diğer nefret söylemi türlerinin de bu kapsamda görülmesinin önü açılmaktadır⁵³⁴. Her ne kadar nefret söylemini açıkça yasaklayan veya yaptırıma bağlayan düzenlemeler çok yaygın değilse de ifade özgürlüğünün korunduğu metinlerde nefret söyleminin bir istisna olarak kabul edildiği ve taraf devletlere nefret

⁵³⁴ Bununla beraber, nefret suçu, nefret söyleminden farklı bir kavram olup ceza hukukuna göre suç olarak düzenlenen bir fiilin fail tarafından bir gruba yönelik nefret ile işlenmesi ile oluşmaktadır.

söylemini sınırlamaları, yasaklamaları konusunda takdir yetkisi tanındığı belirtilmektedir.

İHAM ve ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına bakıldığında her iki sistemin de ortak ve farklı yanlarının bulunduğu söylenebilir. Her iki sistemde de ifade özgürlüğünün, rahatsız eden haber ve görüşleri kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak ifade özgürlüğünün koruma alanı bakımından İHAM sisteminde kamu makamlarına hem müdahale etmeme hem de ifade özgürlüğünü koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü getirildiği, ABD sisteminde ise Birinci Değişiklik'in kamu makamlarına yalnızca ihlal etmeme yükümlülüğü getirdiği, ayrıca ifade özgürlüğünün korunması ile ilgili herhangi bir yükümlülük getirmediği belirtilmektedir. Olay temelli bir inceleme yapan İHAM, somut olayda taraf devletin yaptığı müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemektedir. İHAM denetim sırasında İHAS m.15'te düzenlenen olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını, m.17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağını ve m.10/2'de düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kriterlerini dikkate almaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamanın Birinci Değişiklik'e uygun olup olmadığını denetlerken ifade türleri arasında ayırım yapmakta ve bazı ifadelerin daha düşük korumadan yararlandığını kabul etmektedir. Hukuka aykırı eylemleri kısıktan ifadeler düşük korumadan yararlanan ifadeler arasında nefret söylemi ile ilgili olan ifade türünü teşkil etmektedir ve bu ifade türüne yönelik müdahale öngören düzenlemenin anayasaya uygunluğu denetlenirken zararlı eğilim ile açık ve mevcut tehlike kriteri uygulanmaktadır. Bununla beraber getirilen düzenleme ifadenin iletişimsel yönüyle ilgiliyse katı ölçekli; değilse orta ölçekli denetim uygulanmaktadır. Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi, bakış açısı ayrımcılığı yapan düzenlemelerin anayasaya aykırı olacağı görüşüne sahiptir. Bakış açısı ayrımcılığı derecesine ulaşmayan içerik ayrımcılığı ise Birinci Değişiklik korumasından faydalanabilmektedir.

Bu noktada İHAM'ın şiddeti teşvik eden ifadelerin sınırlandırılması ile ilgili yapılan başvurularda uyguladığı denetim ile ABD Yüksek Mahkemesi'nin hukuka aykırı eylemleri kısıktan ifadeleri sınırlandıran düzenlemeler ile ilgili yaptığı anayasaya uygunluk denetiminde kullandığı açık ve mevcut tehlike kriteri ifadenin bağlamının dikkate alınması bakımından birbirine benzemektedir. Şöyle ki İHAM şiddete teşvik eden ifadelerde ifadenin şiddete teşvik edip etmediğinin incelenmesinin yanında ifadede bulunan kişinin kimliği, ifade açıklamasında bulunulan yer ve zaman, ifadenin ulaşabileceği kitlenin geniş veya dar olması ile ifadenin ne tür bir amaçla kamuoyuna açıklandığı gibi faktörleri de değerlendirmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi ise hukuka

aykırı eylemleri kışkırtan ifadeleri düzenleyen yasalarla ilgili başvurularda uyguladığı açık ve mevcut tehlike kriterini uygularken ifadenin yakın bir zarara sebep olma veya kışkırtma amacının bulunması ile ifadenin bu zarara sebep olmaya elverişli olması koşullarını aramaktadır.

İHAM'ın nefret söylemine yaklaşımı temelde m.17'ye ve m.10/2'ye dayanmak üzere ikiye ayrılabilir. Mahkeme'nin m.17'ye dayanan yaklaşımına göre, nefret söylemi oluşturan ifadeler Sözleşme'nin temel değerlerini ihlal ettiğinden ifade özgürlüğü kapsamında bir 'ifade' olarak kabul edilmemekte ve bunlara yönelik yapılan müdahalelere karşı yapılan başvurular esasa girilmeden reddedilmektedir. Son zamanlarda İHAM'ın m.17'ye dayanan bu yaklaşımı çoğunlukla Holokost inkarı hakkında uygulanmaktadır ve Mahkeme Holokost inkarı dışındaki nefret söylemleri ile ilgili yapılan başvurularda taraf devletlerin yaptığı müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğine m.10/2 kapsamında karar vermektedir. İHAM bir ifadenin nefret söylemi olup olmadığına karar verirken hedef kişilere nefrete, düşmanlığa veya dışlamaya sebep olmaya elverişliliği incelemektedir. Taraf devletlerin müdahalelerini diğerlerinin haklarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması gerekçelerine dayandırdıkları görülmektedir. Bununla beraber, ifadeye müdahale edilebilmesi için şiddete teşvik ediyor olması şart olarak aranmamaktadır. Taraf devletin müdahalesi denetlenirken taraf devletin tarihi, kültürel ve nüfusa dayalı özellikleri göz önünde bulundurulmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin nefret söylemi ile ilgili yaklaşımı ise iki döneme ayrılmaktadır. Eski yaklaşımına göre, nefret söylemi ifade özgürlüğünün kapsamı dışında görülen kavgacı sözler ve topluluğa hakaret olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla eski yaklaşıma göre nefret söylemini düzenleyen yasaların Birinci Değişiklik'i ihlal etmediğine karar verilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1969 tarihli Brandenburg kararı ile ortaya konan güncel yaklaşımına göre, ırkçı nefret söylemleri hakkında getirilen yasaklamaların bakış açısı ayrımcılığı olarak değerlendirilebileceği ve nefret söyleminin mağdurlarda sebep olduğu travmanın kural olarak ilgili düzenlemeyi Birinci Değişiklik'e uygun hale getirmeyeceğini kabul edilmektedir.

Holokost inkarı İHAM sisteminde diğer nefret söylemlerinden ayrı bir yere sahiptir. İHAM Holokost'u inkar edilemez kesin tarihsel bilgi olarak kabul etmektedir. İHAM'a göre Holokost'u inkar eden veya olduğundan daha önemsiz göstermeye çalışan söylemler kamusal tartışma ortamına bir katkı sağlamadığından⁵³⁵ bu tür söylemlere müdahale edilmesi ifade özgürlüğünü ihlal etmeyecektir. ABD sisteminin

⁵³⁵ Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 24.06.2003

yaklaşımı ise Birinci Değişiklik uyarınca Holokost inkarı da dahil hiçbir düşünceyi yanlış olarak görmemektedir. ABD sisteminde bir görüş ne kadar yanlış olursa olsun diğer görüşlerle mücadele etmesine izin verilmesi gerektiği ve herhangi bir görüşün düzeltilmesinin yargıya bırakılmaması gerektiği şeklinde bir yaklaşım benimsenmiştir.

Özetle İHAM nefret söylemi hakkında Sözleşme'yle bağdaşmadığı kanaatine sahip olup başvuruya konu somut olaydaki ifadenin nefret söylemi olup olmadığını incelemekte ancak kamu düzeninin bozulmasını ya da mağdurun söylemden dolayı incinmesini dikkate almamaktadır. İHAM'ın nefret söylemi hakkındaki ifade açıklamasında bulunan kişinin nefrete tahrik etme niyeti olup olmadığı dahi incelenmeden baştan kabul edilmez olduğu yaklaşımı, ifade özgürlüğünün daralttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin nefret söylemi hakkındaki yaklaşımını, şiddete teşvik eden söylemlere uyguladığı bağlamsal değerlendirmeye değiştirmesinin bu sorunun çözülmesinde fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Şiddete teşvik eden ifadeler yönünden değerlendirilen dikkate alınan ifadede bulunan kişinin kimliği, ifade açıklamasında bulunulan yer ve zaman, ifadenin ulaşabileceği kitlenin geniş veya dar olması ile ifadenin ne tür bir amaçla kamuoyuna açıklandığı gibi faktörler nefret söylemi ile ilgili başvuruların denetiminde de göz önünde bulundurulursa ifade özgürlüğünün alanının genişletilebileceği belirtilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi ise İHAM'dan farklı olarak bir görüş ne kadar yanlış olursa olsun diğer görüşlerle mücadele etmesine izin verilmesi gerektiği görüşünde olduğundan nefret söylemi hakkında tarafsız olmaya çalışmaktadır ve bu tür söylemlerin bakış açısı ayrımcılığı ile düzenlemesinin Birinci Değişiklik'i ihlal ettiği kanaatindedir.

Sonuç olarak, İHAM ve ABD sistemlerinde nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmaması ile ilgili süreç farklı ilerlemiş ve bu konuda farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bir sistemde 'ifade' olarak kabul edilmeyen nefret söylemi diğer sistemde mağdurları incitmesine rağmen sağlayabileceği katkıdan dolayı korunmuştur. Bununla beraber her iki sistemin de ortak noktası ifade özgürlüğünün olmazsa olmaz bir değer olarak korunması gerektiği inancıdır.

KAYNAKÇA

Altıparmak, Kerem. 'Kutsal Değerler Üzerine Tezler ve İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap', **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, Ed. Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 73-113.

Arslan, Zühtü. 'ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü', **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Der. Zühtü Arslan, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

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

Badamchi, Devrim Kabasakal. 'Justifications of Freedom of Speech: Towards a Double-Grounded Naon-Consequentialist Approach', **Philosophy and Social Criticism**, December 2014, (Justifications) C.41(9), ss. 1-21.

Badamchi, Devrim Kabasakal. 'Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Bir Parçası mıdır?', **Felsefe Dünyası Dergisi**, Ankara, S.61, 2015 Yaz, ss. 55-79 (Nefret Söylemi).

Baker, Edwin. "Autonomy and Hate Speech", **Extreme Speech and Democracy**, Der. Ivan Hare and James Weinstein, Oxford University Press, 2009, ss. 139-157.

Barendt, Eric. **Freedom of Speech**, Oxford University Press, Second Edition, NewYork, 2005.

Boyar, Oya. 'Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı', **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme-**, Ed. Sibel İnCEOğlu, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 81-96.

Boyle, Kevin. 'Hate Speech: The United States Versus The Rest Of The World?', **Maine Law Review**, C. 53, S. 2/7, June 2001, ss. 488-502.

De Morree, Paulien Elsbeth. Rights and Wrongs Under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights, Intersantia, **School of Human Rights Research Series**, C. 78, October, 2016.

Dworkin, Ronald. 'Is there a Right to Pornography?', **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt. 1, S.2, 1981, ss. 177-212.

Erdoğan, Mustafa. 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif', **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara 2003, ss. 8-13 (Özgürlükçü Perspektif).

Erdoğan, Mustafa. 'İfade Özgürlüğü ve Sınırları', **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, Ed. Kerem Altıparmak, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, ss. 19-37 (İfade Özgürlüğü).

Finkelburg, Klaus. 'Demokraside İfade Özgürlüğü', **Düşünce Özgürlüğü**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Çev. Nihat Ülner, Afa Yayınları, İstanbul 1998, ss. 196-204.

Gözler, Kemal. **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme-**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Hennebel, Ludovic ve Thomas Hochman. 'Introduction: Questioning the Criminalization of Denials', **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel ve Thomas Hochman, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Heyman, Steven. Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment"" **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford University Press, NewYork, 2009, ss. 158-181.

Kahl, Robert. 'Holocaust Denial and Hate Speech', **Genocide Denials and the Law**, Ed. Ludovic Hennebel ve Thomas Hochmann, Oxford University Press, Oxford 2011, ss. 77-108.

Karan, Ulaş. 'Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk', **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Ed. Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, ss. 81-102. (Nefret içerikli ifadeler).

Karan, Ulaş. 'İfade Özgürlüğü Hakkı', **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Değerlendirme-**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 355-379 (İfade özgürlüğü).

Kuş, Şeyma. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

Küzeci, Elif. 'AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları', **TBB Dergisi**, Sayı 71, Ankara 2007, ss. 174-199.

Lampe, Ernst- Joachim. 'Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü', **Demokrasi**, **Düşünce Özgürlüğü**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Çev. Nihat Ülner, Afa Yayınları, İstanbul 1998, ss. 127-134.

McGonagle, Tarlach. "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"", **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, Ed: Michael Herz, Peter Molnar, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, ss. 456-498.

Mill, John Stuart. **Özgürlük Üzerine**, Çev.Tuğçe Kanbur, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Oktay Uygun, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları', **Kamu Hukuku İncelemeleri**, XII Levha yayınları, İstanbul, 2011.

Özlü, Ezgi Gül. **ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

Özsoy, Şule. 'Amerika Birleşik Devletlerinde Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar', **TBB Dergisi**, sayı 56, Ankara 2005, ss. 29-47.

Parekh, Bhikhu. "Hate Speech- Is there a case for banning?", **Public Policy Research**, December 2005-February 2006, ss. 213-223.

Post, Robert C. 'Hate Speech', **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford University Press, NewYork 2009, ss. 123-138 (Hate Speech).

Post, Robert C. 'The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell', **Harvard Law Review**, C.103, S.3, (1990), (Public Discourse), ss.603-686.

Rosenfeld, Michel. 'Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis', **Cardozo Law Review**, 2002-2003, ss. 1523-1567.

Sadurski, Wojciech. **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Eylül 2002.

Scanlon, Thomas. 'Freedom of Speech and Categories of Expression', **The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, ss. 84-113.

Schauer, Frederick. **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.

Smolla, Rodney A. 'Academic Freedom, Hate Speech, and the Idea of a University', **Law and Contemporary Problems**, 1990, Cilt 53, Sayı 3. ss. 195-225.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önak. **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 7.Baskı, Ankara, Eylül 2018.

Trager, Robert ve Donna L. Dickerson. **21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Ankara 2003.

Uygun, Oktay. 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması', **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, Ed. Taner Koçak, Taylan Doğan, BGST Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 15-67.

Yamaner, Melike Batur ve Birden Güngören. "Spinoza'dan Mill'e, Mill'den AİHM'e İfade Özgürlüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2007/2, ss. 25-46.

Yılmaz, Halit. **İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Weber, Anne. **Nefret Söylemi El Kitabı**, Çev. Metin Çulhaoğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, Avrupa Konseyi, 2009,

Weinstein, James ve Ivan Hare. 'General Introduction: Free Speech, Democracy and the Suppression of Extreme Speech Past and Present', **Extreme Speech and Democracy**, Ed. James Weinstein ve Ivan Hare, Oxford University Press, NewYork 2009.

DİĞER KAYNAKLAR

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50822712> (Erişim Tarihi: 06/05/2020).

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47595116> Erişim Tarihi: 07/04/2021.

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/160-avrupa-konseyi-terorizmin-onlenmesi-sozlesmesi/> (Erişim Tarihi: 01/07/2021).

Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech" (Erişim Tarihi: 01/07/2021).

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

Erdoğan Mustafa, Bireysel Özerklik ve Liberalizm, <http://erdoganmustafa.org/bireysel-ozerklik-ve-liberalizm/> (Erişim Tarihi: 01/04/2020).

MAHKEME KARARLARI

İHAM KARARLARI

-A-

Animal Defenders International v. United Kingdom, Appl. No. 48876/08, 22/04/2013.

Arslan v. Turkey, Appl. No. 23462/ 94, 08.07.1999.

-B-

Belkacem v. Belgium, Appl. No. 34367/14, 24.06.2017.

Brasilier c. France, Req. No. 71343/01, 11.04.2006, para.41.

Bowman v. United Kingdom, Appl. No. 24839/94, 19.02.1998, para. 33.

-C, Ç-

Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23.04.1992.

-D-

Dudgeon v. United Kingdom, Appl. No. 7525/76, 22.10.1981.

-E-

Erbakan v. Turkey, Appl. No. 59405/00,06.07.2006.

Erdoğdu and İnce v. Turkey, Appl. No. 25067/94, 25068/94, 08.07.1999.

Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes v. Austria - 39534/07 Judgment 28.11.2013 [Section I].

-F-

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

Féret c. Belgique, Req. No. 15615/07, 16.07.2009.

-G-

German Communist Party v. Germany, Appl. No. 250/57, 20.07.1957.

Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands, Appl. No. 8404/78, 8348/78, 11.10.1979

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

Graudy v. France, Appl. No. 65831/01, 14.06.2003.

Groppera Radio AG and others v. Switzerland, Appl. No. 10890/84, 28.03.1990.

Gündüz v. Turkey, Appl. No. 35071/97, 14.06.2004.

-H-

Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07/12/1976.

-I, İ-

Information Note on the Court's case-law No. 168, Österreichische Vereinigung zur

-J-

Jersild v. Denmark (Grand Chamber), Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 35.

-K-

Kaysmakhunov and Saybalatov v. Russia, Appl. No. 26261/05, 26377/06, 14.03.2013.

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

-L-

Lawless v. Ireland (No.3), Appl. No. 332/57, 01.07.1961.

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

Leander v. Sweden, Appl. No. 9248/81, 26.03.1986.

Lehideux and Isorni v. France, Appl. No. 24622/94, 23.09.1998.

Leroy v. France, Appl. No. 36109/03, 02.10.2008.

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

-M-

M'Bala M'Bala v. France, Appl. No. 25239/13, 20.10.2015

Müller and others v. Swirzerland, Appl. No. 10737/84, 24.05.1988.

-N-

Norwood v. United Kingdom, Appl. No. 23131/03, 16.11.2004.

-O, Ö-

Oberschlinck v. Austria, Appl. No. 11662/85, 23/05/1991.

Olsson v. Sweden (No.1), Appl. No. 10465/83, 24.03.1998.

Orban and others v. France, Appl. No. 20985/05, 15.01.2009, para. 35.

Özgür Gündem v. Turkey, Appl. No. 23144/93, 16.03.2000.

-P-

Paksas v. Lithuania, Appl No. 34932/04, 06.01.2011.

Palomo Sanchez and others v. U.K, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28964/06, 12.09.2011.

Pavel Ivanov v. Russia, Appl. No. 35222/04, 20.02.2017.

Perinçek v. Sweden (Grand Chamber), Appl. No. 27510/08, 15.10.2015.

Polat v. Turkey, Apply No. 23500/94, 08.07.1999.

-R-

-S, Ş-

Sdruzeni Jihoceske Matky c. Republique Tcheque, Req. No. 19101/03, 10.07.2006.

Seurot v. France, Appl. No. 57383/00, 18.05.2004.

Silver and others v. United Kingdom, Appl. No. 5947/72, 25.03.1983.

Sirbu and others v. Moldova, Appl. No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/01.

Soulas and others v. France, Appl. No. 15615/07, 16.07.2008.

Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No. 29221/95, 29225/95, 02.10.2001.

Sunday Times v. United Kingdom (No.1), Appl. No. 6538/74, 26.04.1979.

Sürek v. Turkey (No.1) Appl. No. 26682/95, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No.2), Appl. No. 24122/94, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No.3), Appl. No. 24735/94, 08.07.1999.

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

Şener v. Turkey, Appl. No. 26680/95, 18.07.2000.

-T-

Tarsasag a. Szabadsagjogokert v. Hungary, Appl. No. 37374/05, 14.04.2009.

Times Newspapers, Limited v. U.K. (No.1 and 2), Appl. No. 3002/03,23676/03.

Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom, Appl. No. 18139/91, 13.07.1995

-V-

Vajnai v. Hungary, Appl. No. 33629/06, 08.07.2008.

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

Vogt v. Germany, Appl. No. 17851/91, 26.09.1995.

-W-

Witzsch v. Germany (No.2), Appl. No. 7485/03, 13.12.2005.

W.P. and others v. Poland, Appl. No. 42264/98, 02.09.2004.

-Z-

Zana v.Turkey, Apply No. 18954/91, 25.11.1997.

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

-A-

Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S. 209, 231 (1978).

Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919).

-B-

Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 267 (1952).

Bose Corp. v. Consumers Union of United States., Inc., 466 U.S. 485 (1984)

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131 (1966).

Burson v. Freeman, 504 U.S. 191 (1992).

-C-

Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

City of Dallas v. Stanglin Case, 490 U.S. 19 (1989).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983).

-D-

De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749 (1985).

-E-

Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205, (1975).

-F-

Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919).

-G-

Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925).

Goding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

-H-

Hamling v. United States, 418 U.S.87, 114 (1974).

Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973).

Hustler Magazine v. Falwell 485 U.S. 46 (1988).

-J-

Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952)

-K-

Keyishian v. Board Regents, 385 U.S.589 (1967).

Kolender v. Lawson, 461 U.S. 352 (1983).

Konigsberg v. State of California, 366 U.S. 36, (1961).

-L-

Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938).

-M-

Miller v. California, 413 U.S. 15, 25-28 (1973);

-N-

NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 438 (1963).

New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

-P-

Papachristou v. Jacksonville, 405 U.S. 296 (1972).

Police Department of City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1992).

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. Of Puerto Rico, 478 U.S. 328 (1986).

-R-

R.A.V. v. City of St Paul, 505 U.S. 377 (1992).

-S-

Saia v. New York, 334 U.S. 558, 561 (1948).

Schad v. Boroug of Mount Ephraim, 452 U.S. 61 (1981).

Schenck v. United Satates, 249 U.S. 47, (1919).

Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).

Smith v. Gorguen, 415 U.S. 566 (1974).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557,564 (1969).

Stromberg v. People of State of California, 283 U.S. 359 (1931).

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

-T-

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

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

Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S., 503 (1969).

-U-

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

-V-

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

-W-

Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, (1989).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

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

Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

-Y-

Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

ABD İSTİNAF MAHKEMESİ KARARLARI

Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197(7th Cir. 1978).

State v. T.B.D., 656 So. 2nd 479 (Fla. 1995).

Young v. New York City Transit Authority Case, 903 F.2d 146 (2d Cir. 1990).

KANADA YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin R. v. Keegstra (1991) 61 C.C.C. 3d 1, 32 (Dickson C.J.C.)

