

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA
NEFRET SÖYLEMİ

Şeyma KUŞ

2501170524

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN

İSTANBUL – 2020

ÖZ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ**

ŞEYMA KUŞ

Bu çalışmada nefret söyleminin toplum içinde yarattığı ve yaratabileceği zararlar göz önünde bulundurularak nefret söyleminin kavramsal, tanımsal ve uluslararası belgelerde ele alınış şekli incelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemi konusunda ifade özgürlüğü ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki yaklaşımı incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konusuna ilişkin tutumu bireysel başvuru kararları kapsamında ele alınacaktır. Her iki mahkemenin yaklaşımı karşılaştırılacak ve nefret söylemi sorunsalına ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: nefret söylemi, ifade özgürlüğü, hakkın kötüye kullanım yasağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları.

ABSTRACT
HATE SPEECH IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL
COURT

ŞEYMA KUŞ

In this study, the way hate speech is handled in conceptual, definitive and international documents will be examined, taking into account the damages that hate speech causes and can cause in society. The European Court of Human Rights' approach to hate speech between freedom of expression and abuse of rights will be examined. The attitude of the Constitutional Court on the issue of hate speech will be discussed within the scope of individual application decisions. The approaches of both courts will be compared and solutions to the problem of hate speech will be presented.

Keywords: hate speech, freedom of expression, prohibition of abuse of rights, European Court of Human Rights, Constitutional Court Individual Application Decisions.

ÖNSÖZ

Söylemlerin eyleme dönüştüğü günümüz toplumunda nefret söylemi gibi önemli bir konuyu çalışma alanı seçmekten dolayı büyük bir sorumluluk duyuyorum. Günümüzde yaşanan nefret suçlarının başlangıcı ya da altyapısı olarak görülen nefret söylemi konusunun hukuki bir zemine oturtulmamış olması, uluslararası yargı organlarının konu hakkında henüz bir yöntem belirlememesi bu alanda çalışmayı zorlaştıran hususlardan biri oldu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemine ilişkin yaklaşımının karmaşıklığını olabildiğince sade ve analitik şekilde açıklamaya çalıştım. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan nefret söylemi konulu bireysel başvuru kararlarının nicelik olarak azlığı nedeniyle mahkemenin nefret söylemine ilişkin yaptığı tespitlerden yola çıkarak yaklaşımını incelemeye çalıştım. Nefret söylemi konusunda araştırma yapmak isteyen veya konu hakkında bilgi sahibi olmak isteyenler açısından çalışmamın olabildiğince anlaşılabilir ve kaynak bakımından ulaşılabilir olmasına dikkat ettim.

Söz konusu çalışma sürecimdeki yardım ve yönlendirmeleri için tez danışmanım **Sayın Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN** hocama, tez jüri üyesi hocalarım **Sayın Prof. Dr. İbrahim KAYA** ve **Prof. Dr. Nihat BULUT'a**, beni hayatım boyunca destekleyen sevgili babam **Saadettin KUŞ**, annem **Ayşe KUŞ** ve ağabeyim **Uğur KUŞ'a**, tezimin bütün zorluklarında yanımda olan ve manevi desteklerini esirgemeyen sevgili arkadaşlarım **İlknur CANBULAT** ve **Esra Özge ASAN'a** teşekkürlerimi ve minnettarlığımı iletmeyi borç bilirim.

Arş. Gör. Şeyma KUŞ

İstanbul- Eylül, 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE VE DOKTRİNDE NEFRET SÖYLEMİ

1.1. GENEL OLARAK NEFRET SÖYLEMİ	4
1.1.1. Nefret Söylemi Unsurları	6
1.1.2. Nefret Söylemi Türleri	9
1.2. NEFRET SÖYLEMİNİN DOKTRİNDEKİ TANIMI.....	13
1.3. ULUSLARARASI BELGELERDE NEFRET SÖYLEMİ.....	15
1.3.1. Birleşmiş Milletler'deki Düzenlemeler	16
1.3.1.1. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Komite Kararları.....	16
1.3.1.2. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komite Kararları.....	17
1.3.1.3. Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planı.....	19
1.3.2. Avrupa Konseyi'ndeki Düzenlemeler	19
1.3.2.1. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri.....	20
1.3.2.1.1. Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları.....	20
1.3.2.1.2. Avrupa Siber Suçlar Ek Protokolü.....	21
1.3.2.2. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları.....	22
1.3.2.2.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi	22

1.3.2.2.2. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi.....	25
1.3.2.2.3. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu.....	26
1.3.2.2.4. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu).....	27
1.3.2.3. Nefret Söylemine Hayır Kampanyası (No Hate Speech Movement Campaign).....	28
1.4. NEFRET SÖYLEMİNİN NEFRET SUÇU VE AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLİŞKİSİ.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ

2.1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NEFRET SÖYLEMİ İLE İLİŞKİSİ	36
2.2. AİHM’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI	40
2.2.1. 17. MADDE KAPSAMINDA NEFRET SÖYLEMİ.....	42
2.2.1.1. 17. Maddenin Doğrudan Kullanılması.....	45
2.2.1.2. 17. Maddenin Dolaylı Olarak Kullanılması.....	51
2.2.1.3. 17. Maddenin Kullanılabilecek Olduğu Halde Kullanılmadığı Durumlar.....	55
2.2.1.4. 17. Maddenin Davada Kullanılmasının Gerekli Görülmediği Durumlar.....	57
2.2.2. 10. MADDE KAPSAMINDA NEFRET SÖYLEMİ.....	62
2.2.2.1. 10. Maddede Yer Alan Genel Sınırlandırma Rejimi.....	63
2.2.2.2. AİHM’nin İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması Konusunda Dikkate Aldığı Diğer Unsurlar.....	68
2.2.2.3. 10. Madde Kapsamında AİHM Kararlarında Nefret Söylemi.....	72
2.3. AİHM’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ

3.1. NEFRET SÖYLEMİNE İLİŞKİN TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT	86
3.1.1. Türk Anayasası Kapsamında Nefret Söylemi	87
3.1.2. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Nefret Söylemi	91
3.1.2.1. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu.....	91
3.1.2.2. Hakaret Suçu.....	95
3.1.2.3. Nefret ve Ayrımcılık Suçu.....	97
3.1.3. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu Kapsamında Nefret Söylemi	99
3.2. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI	100
3.2.1. Sinem Hun Başvurusu	101
3.2.2. Kaos GL Derneği Başvurusu.....	103
3.3. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ	108
SONUÇ	111
KAYNAKÇA	115

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.k	: Adı Geçen Karar
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
A.e.	: Aynı Eser
AB	: Avrupa Birliği
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Bs.	: Bası-Baskı
C.	: Cilt
Ç.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Ed.	: Editör/Yayına Hazırlayan
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve Diğerleri

GİRİŞ

Nefret söylemi hem yerel hem de uluslararası alanda gündemde olan bir konudur. Toplum içinde yaşayan bireyler nefret söylemine hem günlük yaşamlarında hem de sosyal medyada sürekli olarak maruz kalmaktadırlar. Toplumda hoşgörüsüzlüğü yayan ve teşvik eden bu söylemler, gruplar arası kutuplaşmalara, nefret söylemi mağdurlarının toplumdan dışlanmalarına, ayrımcılığa ve nefret suçlarına neden olmaktadır. Nefret söyleminin toplum içinde yarattığı ve yaratabileceği zararlar konusunda uluslararası arenada konsensüs oluşmuş ve bu söyleme karşı devletlerin gerekli önlem almaları sıklıkla vurgulanmaya başlanmıştır. Bununla birlikte nefret söyleminin cezalandırılabilirliğine ilişkin hukuki altyapı çoğu ülkede henüz bulunmamaktadır.

Nefret söylemi, sosyoloji, psikoloji, medya ve yeni medya, hukuk ve siyaset gibi pek çok sosyal bilimin alanına girmektedir. Yaşamın her alanında her an ortaya çıkabilen nefret söyleminin hukuksal çerçevesinin oluşturulmamasına rağmen bu konu yargı kararlarında da yer edinmeye başlamıştır. Çalışmada nefret söylemine ilişkin hukuki altyapıların oluşturulması gerekliliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemine olan yaklaşımları karşılaştırılarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Nefret söyleminin global bir sorun olması nedeniyle birçok uluslararası organizasyon konu hakkında çalışmalar yürütmektedir. Çalışmanın sınırını oluşturmak ve karşılaştırma yapabilmek amacıyla Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler'in nefret söylemi konusundaki çalışmalarına yer verilecektir. Bu bağlamda nefret söylemine ilişkin kıta Avrupası dışında yer alan Amerikan yaklaşımı ve kararları tez konusu kapsamına alınmayacaktır.

Çalışmanın bir diğer sınırı olan mahkeme kararlarının karşılaştırmalı analizi için temel hak ve özgürlükler bakımından Türkiye'de en yüksek dereceli mahkeme olan Anayasa Mahkemesi ve Avrupa bakımından ise Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi kararlarına yer verilecektir.¹ Nefret söylemi konusunun yargı mercilerinde yer alması yakın bir zamana tekabül ettiğinden konuyla yakından ilişkili olan kararlara da bütünsellik oluşturmaları bakımından zaman zaman yer verilecektir.

Nefret söyleminin henüz uluslararası alanda herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Kavramın yakın zamanda güncel hale gelen bir konu olması ve birçok devletin henüz nefret söylemi tanımlamasını yapmaması nefret söyleminin nerede başlayıp nerede bittiğinin tespitinin yapılmasını, sonuçlarını, toplumsal ve bireysel zararlarını diğer bir deyişle nefret söyleminin çerçevesinin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle tezin birinci bölümünde nefret söylemi kavramının anlaşılabilmesi amacıyla hem doktrinde hem de uluslararası alanda nasıl tanımlandığına ve bu söylemin unsurlarına; nefret söylemi hakkında önlem alınması gerekliliğine ilişkin uluslararası organizasyonların devletlere verdiği tavsiye kararlarına ve nefret söyleminin günlük hayatta en çok karşılaşılan yaygın türlerine yer verilecektir. Birinci bölümün son kısmında ise nefret söylemi ile çokça karıştırılan iki kavram olan nefret suçu ile ayrımcılık yasağının nefret söylemiyle farkı ve benzerliklerine yer verilecektir. Bu bağlamda birinci bölümünün amacı nefret söylemini tanımlamak ve uluslararası bir problem olduğunu ortaya koymaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemine olan yaklaşımı incelenecektir. Mahkeme'nin nefret söylemi ile ifade özgürlüğü gerilimine yaklaşımının daha iyi anlaşılabilmesi için bölümün başında ifade özgürlüğü ve nefret söylemine ilişkim doktrin yaklaşımları açıklanacaktır. Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemi konusuna olan iki farklı yaklaşımı ele alınacak, öncelikle hakkın kötüye kullanım maddesi ve uygulaması, ardından ifade özgürlüğü maddesi ve uygulaması işlenecektir. Bu bölümde iki farklı yaklaşımın nefret söylemi ve ifade özgürlüğü çatışmasına olan çözümlerine, avantaj ve dezavantajlarına yer verilecek ve son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımına ilişkin eleştiriler sunulacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hakkın kötüye kullanım maddesi ile ifade özgürlüğü maddesini nefret söylemine

¹ Yazar Notu: Tez metninin içinde yer alan ve özel anlamda büyük harfle yazılan "Mahkeme" ibaresi, ikinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için, üçüncü bölümde ise Anayasa Mahkemesi yerine kullanılacaktır.

uygulama biçimi ayrı başlıklar altında incelenirken, AİHM içtihadında karşılaşılan nefret söylemi türlerine de bu başlıklar altında yer verilecektir. Bu kapsamda ikinci bölümün amacı, nefret söylemi sorunsalına AİHM'nin yaklaşımının ortaya konulmasıdır.

Çalışmanın son kısmını oluşturan üçüncü bölümde ise nefret söylemi konusunda Türkiye'de yer alan mevzuat incelenecek ve Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemine yaklaşımı irdelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaklaşımının Anayasa Mahkemesi ile karşılaştırılması bakımından öncelikle Anayasa'da yer alan ifade özgürlüğü ve hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilecek, ardından nefret söylemi bakımından uygulanması gündeme gelen Türk Ceza Kanunu hükümlerine yer verilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konulu bireysel başvuru kararlarının azlığından dolayı, diğer kararlarında nefret söylemine ilişkin yaptığı tespitlerden faydalanılacak ve Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemine yaklaşımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile karşılaştırılacaktır. Bu bölümün amacı Türkiye'nin nefret söylemi konusuna olan yaklaşımını, hukuki altyapısını ortaya koymak ve geliştirilmesi için eleştiriler sunmaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE VE DOKTRİNDE NEFRET SÖYLEMİ

Günümüzde artık hemen her yerde nefret söylemi kavramıyla karşılaşılmasına karşın bu kavrama ilişkin net bir tanım ne ulusal ne de uluslararası alanda yapılmıştır. Tanımsal olarak nefret söylemi üzerinde ortaklaşa bir kanının oluşmamış olması, nefret söyleminin; nerede başlayıp nerede sonlandığı, hukuki statüsü, cezalandırılması, ifade özgürlüğü ile olan ilişkisi gibi konularda belirsizliğe neden olmaktadır.

Tezin bu başlığı altında nefret söyleminin kısa bir tarihçesine yer verilecek, konuya ilişkin genel bir açıklama yapıldıktan sonra, nefret söylemini oluşturan unsurlar incelenerek bu söylemin en çok karşılaşılan türlerine yer verilecek, ardından doktrinde ve uluslararası belgelerdeki nefret söylemi tanımları araştırılacak ve son olarak nefret söyleminin nefret suçu ve ayrımcılık yasağı ile benzerlikleri ve farkları ortaya konacaktır.

1.1. GENEL OLARAK NEFRET SÖYLEMİ

Nefret söylemi, “*nefret*” ve “*söylem*” olarak iki kavramdan oluşmaktadır. Nefret, Türkçe’de “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu*”, olarak yer alırken, söylem ise “*kalıplaşmış, klişeleşmiş söz, ifade*” olarak tanımlanmaktadır.² Hukuk terminolojisi açısından yeni bir kavram olan nefret söylemi, pek çok sosyal bilimler alanının konusuna girmektedir.

Nefret söyleminin günümüzdeki kullanım şekliyle ele alınmasının Avrupa’da ortaya çıkışı, İkinci Dünya Savaşına tekabül etmektedir. Söylemlerin eylemleri mümkün kıldığı, ardından bu eylemleri meşrulaştırdığını söyleyen Todorov’un bu savı; İkinci Dünya Savaşı döneminde artan aşırı ırkçılık eylemleri ve söylemlerin

² Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, 17.02.2020.

soykırımı dönüşmesine büyük bir örnektir.³ İkinci Dünya Savaşının ardından ırkçı propagandaların artması ve anti-demokratik ideolojilerin yeniden ortaya çıkması, nefret söylemine ilişkin düzenlemelerin yapılmasında etkili olmuştur. Yakın zamanda Ruanda’da yaşanan olaylar ise nefret söyleminin, eyleme dönüşebileceğini tekrar göstermektedir.

Nefret söylemi, insan haklarını ilgilendiren dinamik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan yirmi yıl önce, bir ifadenin nefret içeren bir ifade olarak algılanmayacağı bir dönemden, günümüzde bazı ifadelerin dezavantajlı gruplara karşı olumsuz, önyargı içeren ya da bu gruba mensup kişileri toplumdan dışlayan bir ifade olarak değerlendirilebilmesi ve hatta bu ifadelerin cezalandırılabilirliğinin tartışılması buna en büyük örnektir. Bu husus insan haklarının kavramsal olarak dinamik içeriğe sahip olmasından⁴ ileri gelmektedir.

Nefret söylemi, ifade özgürlüğüne getirilen en büyük sınırlamalardan biri olarak görülmektedir. Bunun altında yatan temel ise insan hakları ve azınlık grupların korunması düşüncesidir.⁵ Nefret söylemi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü ve bireylerin ayrımcılığa uğramama hakları arasında bir çatışma söz konusu olur. Nefret söylemine getirilen sınırlama ile söz konusu bu çatışmaların dengelenmesi ya da ortadan kaldırılması ve azınlık/dezavantajlı grupların korunması gündeme gelmektedir.

Çalışma kapsamında nefret söyleminin anlaşılabilmesi ve diğer bölümlerin altyapılarının oluşturulabilmesi için bu başlık altında öncelikle nefret söylemini oluşturan unsurlara ardından bu söylemin mahkeme kararlarında ve günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan türlerine yer verilecektir.

³ Tzvetan Todorov, **On Human Diversity**, Ç. Catherine Porter, London, Harvard University Press, 1993, s. xiii.

⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 676.

⁵ Shahriyar Yusufli, “Düşüncüyü İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi” **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2015, s. 31.

1.1.1. Nefret Söylemi Unsurları

Nefret söyleminin temelinde homofobi, ırkçılık, milliyetçilik, cinsiyetçilik, yabancı düşmanlığı gibi konular ön plana çıkmakta iken bunların özünde de damgalama, önyargı, kalıpyargı, ayrımcılık ve ötekileştirme yatmaktadır. Bu unsurlar birbirleriyle bağlantılı olduğu gibi nefret söylemine giden yolda da yapı taşlarını oluşturmaktadır.

Damgalama; bir birey ya da bir grubun özellikleri nedeniyle, başat olan bir diğer grup tarafından kusurlu olarak görülmesi ve bu nedenle statülerinin alçaltılmasına ve değersizleştirilmesine neden olan olumsuz değer yargılarıdır.⁶ Damgalama ile birlikte damgalanan birey ya da grup, toplumun geri kalanı tarafından kusurlu olarak görünür ve dışlanırlar. Damgalama, toplumda onlar ve biz ayrımı oluşturarak ötekileştirmeye de neden olur. Bu bağlamda damgalamanın psikolojik şiddete neden olma potansiyeli de bulunmaktadır.⁷

Kalıpyargı; bir gruba ilişkin bilgi boşluklarını dolduran, böylece bu grup hakkında karar vermeyi kolaylaştıran, kişilerin daha önceden oluşturdukları deneyimleri gitgide bir grubun üyeleri hakkında genellemesine yol açan izlenimlerdir.⁸ Kalıpyargılar olumlu ya da olumsuz olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin; “*Bütün Çerkes kadınları güzeldir.*” olumlu bir kalıpyargıya örnek olurken “*Kadınlar düzgün araba kullanamaz.*” olumsuz bir kalıpyargıdır. Olumsuz kalıpyargılar, gruplar arası farklılaşma yaratarak önyargıya neden olurlar. Bu nedenle kalıpyargılar, nefret söylemini oluşturan önemli unsurlar arasındadır.

⁶ Yurdagül Bezirgan Arar, Nuri Bilgin, “Gazete Haber Başlıklarında Öteki’nin İnşası”, **Kültür ve İletişim**, C. 12, S. 2, 2009, s. 145; Olcay Çam, Döndü Çuhadar, “Ruhsal Hastalığa Sahip Bireylerde Damgalama Süreci ve İçselleştirilmiş Damgalama”, **Psikiyatri Hemşireliği Dergisi**, C. 2., S. 3, 2011, s. 136.

⁷ Ece Karaçay, “Yeni Medya Ortamında Kadına Yönelik Haberlerde Nefret Söylemi”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı İletişim Bilimleri Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2018, s. 57; Erkan Yaman, Halime Güngör, “Damgalama (Stigma) Ölçeği’nin Geliştirilmesi, Geçerlilik ve Güvenirlik Çalışması”, **Değerler Eğitim Dergisi**, C. 11, S. 25, Haziran 2013, s. 252.

⁸ Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık”, **İçinde Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 29; Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, **İçinde Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 64.

Önyargı; günlük yaşantıda iyi ya da kötü yargı içermeyen, bilgi birikimi ya da deneyime dayanmayan her türlü fikir olarak karşımıza çıkarken, sosyal bilimcilere göre önyargı; bir grup veya bu gruba mensup bireylere karşı negatif bir ön değerlendirmedir.⁹ Önyargılar, belirli bir gruba karşı olumsuz düşünceler nedeniyle grubu aşağılayıcı tutum sergilemeye ve hor görmeye neden olurlar. Önyargıların, davranışa dönüşmesi durumunda ise ayrımcılık oluşmaktadır.¹⁰

Ayrımcılık; nesnel ve rasyonel bir nedene dayanılmaksızın bir gruba veya gruba üye olan bireylere karşı, grubun taşıdığı özelliklerden dolayı ayrı muamele yapılmasıdır.¹¹ Ayrımcı muamele gören bireyler kamusal ya da özel alanda, insan haklarının sağladığı haklardan eşit şekilde yararlanamazlar, hatta bazı durumlarda ayrımcılık, kişilerin temel haklarının ihlal edildiğinin fark edilemeyeceği durumdadır. Nefret söylemi ve ayrımcılık kavramları birbirlerini karşılıklı olarak tetikleyebilmekte ve birbirlerinin ortaya çıkmalarını kolaylaştırabilmektedir.¹²

Ayrımcılık, bir grubun özellikleri nedeniyle tüm insanların yararlandığı insan haklarını da sistematik bir biçimde yok saymaktadır. Ayrımcılığa maruz kalan insanlar, birer nesne olarak görüldükleri için bu bireylere karşı zalimce davranılması meşru görülür. Bu nedenle ayrımcılık, nefret suçları için de verimli bir zemin hazırlamaktadır.¹³

Ötekileştirme; toplumsal yapıdaki bir grubun, toplumun dışına itilmesine neden olan, bireysel düzeyde “*ben olmayan*”, toplumsal düzeyde ise “*biz olmayan*” bir kavram olarak tanımlanmaktadır.¹⁴ Öteki; zayıflığı, toplumun gayrimeşru kısmını ifade ederken biz; güçlülüğü ve haklılığı ifade etmektedir.¹⁵

⁹ Hakan Ataman, **a.g.e.**, s. 64, Melek Göregenli, **a.g.e.**, s. 27, Ece Karaçay, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁰ Melek Göregenli, **a.g.e.**, s. 27-28.

¹¹ Ulaş Karan, “Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret”, **İçinde Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 98.

¹² **A.e.**, s. 99.

¹³ Hakan Ataman, **a.g.e.**, s. 66-67.

¹⁴ Zeynep Benan Dondurucu, “Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter’da İncelenmesi”, **Erciyes İletişim Dergisi**, C. 5, S. 4, Temmuz 2018, s. 520; Ece Karaçay, **a.g.e.**, s. 62.

¹⁵ Ahmet Talimciler, “Ötekine Yönelik Nefretin Fark Edilmediği ya da Kanıksandığı Alan: Türkiye Futbol Medyası”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 259.

Nefret söylemi unsurları doktrinde yukarıda sayılan kavramlarla birlikte tanımlanmaktadır. Bu unsurlar, nefret söylemini oluştururken kendi aralarında da sıkı bir ilişki içindedir. Örneğin, damgalama ile birlikte sosyal statüleri alçaltılan kişi veya gruplar, toplumsal düzeyde ötekileştirilmekte, ötekileştirme ise bu kişi veya gruplara karşı ayrımcı muamele yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Ayrımcı muamele, bir pratik davranışı içerdiğinden diğer tüm nefret söylemi unsurlarına göre daha çarpıcı ve gözle görülür bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle nefret söylemi, ayrımcılığın somut bir ifadesi olarak, en zararlı ayrımcılık türü olarak da görülmektedir.

Nefret söyleminin toplum içinde birçok etkisi bulunmakla birlikte konu, nefret söyleminin unsurları bakımından ele alındığında; toplumdan dışlanan grubun zaman içinde sosyal ve toplumsal yaşamda görünürliğünün azalmasına, mağdurlar ile failer arasında iletişimin kopma noktasına gelmesine, mağdurlara yönelik önyargıların giderek kalıplaşmasına ve ayrımcı muamele görmelerinin sıradanlaşmasına neden olmaktadır.

İftira ve İnkarla Mücadele Birliği'nin yayımladığı nefret piramidinde, piramidin altından üstüne doğru karmaşık bir şekilde büyüyen önyargılı davranışlar listelenmiştir.¹⁶ Piramidin en altında önyargı tutumları başlığında nefret söylemini oluşturan önyargı, kalıpyargı, ötekileştirme ve damgalama unsurları yer almaktadır. Piramidin üst basamaklarında ise önyargı eylemleri, ayrımcılık, önyargı kaynaklı şiddet ya da diğer adıyla nefret suçu ve son olarak soykırım suçu yer almaktadır. Nefret piramidinin üst tarafta kalan basamakları altındaki basamaklar tarafından desteklenmektedir. Söz konusu piramidin basamaklarına göre her seviyedeki davranışlar, bireyleri ve grupları olumsuz etkilese de piramidin üst basamaklarına çıkıldıkça davranışların daha çok yaşamı tehdit eden sonuçlarının bulunduğu görülmektedir.

Nefret söylemi ile birlikte bireyler veya gruplar daha kolay bir şekilde ayrımcılığa maruz kalabilirken, ayrımcılık ise bu bireylere karşı daha kolay nefret

¹⁶ Pyramid of Hate, (Çevrimiçi) <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf>, 17.03.2020.

suçları işlenmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla nefret söylemi; ayrımcılık, nefret suçu ve soykırım suçu birbirinden farklı olmakla birlikte, birbiriyle ilişkili kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte hangi bireylerin nefret söylemine daha çok maruz kaldığının belirlenmesi, nefret söylemi ile mücadele konusunda büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle bir sonraki başlıkta mahkeme kararlarında ve günlük hayatta nefret söyleminin en çok karşılaşılan türleri ele alınacaktır.

1.1.2. Nefret Söylemi Türleri

Nefret söylemini oluşturabilecek birçok konu ve özellik bulunmaktadır. İkinci bölümde yer alan AİHM kararlarının sınıflandırılmasında ve anlaşılmasında önemli bir rol oynayacağından, aşağıda nefret söyleminin uluslararası alanda en çok karşılaşılan türlerine yer verilecektir.

Irkçı ve Etnik Köken Temelli Nefret Söylemi; bir bireyin veya grubun ırkları ya da etnik kökenleri nedeniyle maruz kaldıkları nefret söylemi türüdür. Irk, kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu¹⁷ olarak tanımlanırken etnik köken ise sonradan öğrenilen ve kültürel pratiklerle belirli bir insan topluluğunu diğerlerinden ayırt eden toplumsal bir kavram olarak tanımlanmıştır.

Irkçı ve etnik köken temelli nefret söylemi, nefret söylemi türleri arasında sıklıkla karşılaşılan, ulusal ve uluslararası alanda ise en çok karşı çıkılan ve düzenlenen nefret söylemidir. Şiddet eylemlerine teşvik edilmenin dışında, ırksal/etnik ayrımcılık, bu temellere dayalı hoşgörüsüzlük ve nefret söylemi inkâr edilemez şekilde en büyük kötülük olarak görülmektedir.¹⁸ Yakın zamanda Amerika’da bir siyahi bireyin bir Amerikan polisi tarafından öldürülmesinin ardında yaşanan toplumsal olaylar ise ırkçılığın, ırkçı nefret söyleminin dünyadan henüz silinmediğinin ve 2020 yılında dahi her gün karşılaşılabilen bir nefret türü olduğunu göstermektedir.

¹⁷ Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, 17.02.2020.

¹⁸ 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. 29/1, 2011, s. 66.

Siyasal Nefret Söylemi; bir siyasal düşünceye ve bu düşüncenin takipçilerine yönelik nefret söylemidir. Bir ideolojinin tamamını veya bir kısmını ya da daha küçük grupları hedef alabilmektedir.¹⁹ Toplumu kutuplaştırmak isteyen siyasetçilerin özellikle seçim dönemlerinde kullandıkları, önyargılı ve taraf tutan söylemler bu kapsamdadır.

Siyasal nefret söylemi, toplulukları daha çabuk harekete geçiren, nefret söyleminin nefret suçuna daha kolay dönüşebildiği bir söylemdir.

İnanç Temelli/Dini Nefret Söylemi; bir bireyin veya grubun dini inançlarına yöneltile söylem türüdür. İnanç temelli nefret söylemi, bir dine karşı olabileceği gibi bir dinin alt kollarına/mezheplerine karşı da olabilmektedir.

Dünyanın ve ülkemizin birçok yerinde inanç temelli nefret söylemiyle karşılaşmaktadır. Örneğin ülkemizde Sünni mezhebine dahil olmayan diğer mezhepler sıklıkla nefret söylemine maruz kalabilirken, dünyada ise Müslümanlara yönelik dini nefret söylemiyle sıklıkla karşılaşmaktadır. Özellikle uluslararası terör saldırılarından sonra dünyada Müslümanlara karşı oluşan büyük önyargı, “İslamofobi”²⁰ kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda inanç temelli nefret söyleminin daha ziyade azınlıkta kalan gruplara yöneldiği ifade edilmektedir.²¹

İnanç temelli nefret söylemi, siyasal nefret söylemi gibi eyleme kolay dönüşebilen bir nefret söylemi türüdür.

Cinsiyetçi Nefret Söylemi; bireylerin cinsiyetleri nedeniyle maruz kaldıkları nefret söylemi türüdür. Cinsiyetçi nefret söylemi, çoğunlukla kadınların maruz kaldığı bir söylem olduğundan kadınlara yönelik nefret söylemi olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁹ Tuğrul Çomu, Mutlu Binark, “Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi”, **İçinde Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 209.

²⁰ Yazar notu: İslamofobi, Müslümanlara ya da İslam dinine karşı olan korku, nefret ya da önyargı olarak tanımlanabilir.

²¹ Pınar Yazıcı, “Dini Temelli Nefret Söylemi Ekseninde İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2014, s. 87.

Bu bağlamda cinsiyetçi nefret söylemi, toplumda kadınların ikincil pozisyonda olduklarını vurgulayan ve toplumsal eşitsizliği artıran bir söylemdir.²²

Doktrinde, nefret söylemi mağdurlarının azınlık bir gruba üye olmaları gerekliliğini iddia ederek kadınların toplumda azınlık olmamaları nedeniyle nefret söylemine maruz kalamayacakları argümanına sahip görüşler bulunmaktadır.²³ Ancak nefret söylemi, azınlık gruplara karşı daha kolay gerçekleşebilmekle birlikte azınlık olmayan gruplar ve üyeleri de pekâlâ nefret söylemi mağduru olabilmektedirler. Bu nedenle cinsiyetçi nefret söylemi en az diğer nefret söylemi türleri kadar ciddi bir yere sahip olup en çok karşılaşılan nefret söylemi türleri arasında yer almaktadır. Keza yapılan çalışmalar da cinsiyetçi nefret söyleminin kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini doğrulamaktadır.²⁴

Cinsel Yönelim Temelli Nefret Söylemi, toplumsal yapıda heteroseksüel cinsel kimlik dışındaki kişileri hedef alan nefret söylemidir. Cinsel yönelim²⁵ kavramı uluslararası alanda nispeten daha yeni düzenlenen bir konudur. Ancak düzenlemelerin yeni oluşu, cinsel yönelime sahip birey ya da grupların nefret söylemine yakın zamanda maruz kaldıkları anlamına gelmemektedir.

Toplumların geçmişten günümüze ataerkil ve heteroseksist bir algıyla şekillenmesi, farklı cinsel yönelime sahip bireylere karşı önyargılara neden olmaktadır.²⁶ Heteroseksüel yönelim dışında farklı bir cinsel yönelime sahip olan

²² Council of Europe Gender Equality Strategy, **Combating Sexist Hate Speech**, s. 2, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680651592>, 27.03.2020, Tuğrul Çomu, Mutlu Binark, **a.g.e.**, s. 209; Gender Equality Unit, **Background Note in Sexist Hate Speech**, Council of Europe, 2016, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059ad42>, 27.03.2020.

²³ Bkz. Louise Richardon-Self, “Woman Hating: On Misogyny, Sexism and Hate Speech”, **Hypatia**, Vol. 33, No. 2, December 2017, s. 256-272.

²⁴ Bkz. Tanya D’souza, Laura Griffin, Nicole Shackleton and Danielle Walt, “Harming Woman With Words: The Failure of Australian Law to Prohibit Gendered Hate Speech”, **UNSW Law Journal**, Vol. 41(3), 2018, s. 1-36, Donna L. Lillian, “A Thorn By Any Other Name: Sexist Discourse As Hate Speech”, **Discourse & Society**, Vol. 18(6), s. 719-740.

²⁵ Cinsel yönelim (sexual orientation), bir insanın hemcinslerine ya da karşı cinslere devamlı biçimde duygusal ve cinsel yakınlık duyması şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. Nergiz Karadağ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamı Bakımından Cinsel Azınlık Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Kamu Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2007, s. 4.

²⁶ Kemal Ördek, “Türkiye’de Trans Bireylere Yönelik Nefret Suçları”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 309.

bireyler toplum içinde aşağılanma, dışlanma, ayrımcı muamele görme, şiddet gibi davranışlara maruz kalırken, diğer birçok konuda da en çok zarar gören nefret söylemi türünü oluşturmaktadır.

Engellilere, Yaşlılara ve Çeşitli Hastalıklara Yönelik Nefret Söylemi; fiziksel ya da zihinsel engele sahip bireyler ile çeşitli hastalıklara sahip bireylere yöneltilen nefret söylemi türüdür.²⁷ Engellilere yönelik ayrımcı muameleler, diğer nefret söylemi türleri gibi insanların sahip oldukları fiziksel, zihinsel ya da davranışsal farklılıklar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bunun neticesinde engelli ya da çeşitli hastalığa sahip bireyler toplum tarafından aşağılanmakta veya eşitsiz muamele görmektedirler.

Örneğin, “İnsan Bağışıklık Yetmezlik Virüsü (HIV Pozitif)” sağlıksal bir kökene sahip olmasına rağmen toplumdaki önyargı ve kalıpyargılar neticesinde ahlaksızlık olarak nitelendirilmekte ve bu hastalığa sahip bireyler toplumdan dışlanmaktadır.²⁸

Çeşitli hastalıklara sahip bireylere karşı gerçekleştiren nefret söylemine güncel bir örnek olarak ise Çin’de 2019 yılı sonu itibariyle ortaya çıkan ve tüm dünyaya yayılan Covid-19 virüsü verilebilir. Covid-19 virüsü nedeniyle dünyada gerek Çinlilere gerek yaşlılara karşı büyük bir önyargı oluşmuştur. Hastalığın bir ırka ya da yaşa bağlı olmadığı hususu tekrarlanmasına rağmen Çin kökenli ya da hastalığa karşı bağışıklığı daha güçsüz olan yaşlı bireylere toplumda önyargı ile yaklaşılmakta ve bu bireyler toplumdan dışlanmaktadırlar. Sosyal medya aracılığı ile bu bireylere karşı sıklıkla nefret söyleminde bulunulabilmektedir.

Yabancılar/Göçmenlere Yönelik Nefret Söylemi; ırkçılıktan beslenen bu söylem, yabancıları ve göçmenleri hedef almaktadır. Yabancı düşmanlığı, bir kişinin kendi ülkesinde yaşayan başka ülkelerin yurttaşlarına karşı taşıdığı önyargı ve nefret nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

²⁷ Ece Karaçay, **a.g.e.**, s. 65; Tuğrul Çomu, Mutlu Binark, **a.g.e.**, s. 210.

²⁸ Nergis Kulaksızoğlu Mercan, “Nefret Suçları”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı İnsan Hakları Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2015, s. 92.

Yabancı düşmanlığının sebebi, başka ülkenin vatandaşlığına sahip insanların, dinleri, dilleri, renkleri vb. gibi öğeleri de içinde barındırabilmektedir. Örneğin, Hollandalı bir vatandaşın, kendi ülkesinde yaşayan Cezayirlilere karşı nefret söyleminde bulunmasının altında, Cezayirli vatandaşların aynı zamanda Müslüman ya da siyah ten rengine sahip olmaları da etkili olabilmektedir.

Nefret söylemi türleri açısından bu tür geçişlere sıklıkla rastlanmaktadır. Covid-19 virüsü örneğinde olduğu gibi bir kişi hem bir ırktan hem de bir hastalık taşıması nedeniyle nefret söylemine maruz kalabilmektedir. Bu bağlamda nefret söylemi türleri, bir toplumu oluşturan bireylerin hepsini ilgilendirmektedir. Bireylerin birçok sebeple nefret söylemine maruz kalabileceği, toplumu oluşturan her bireyin potansiyel birer nefret söylemi mağduru olabileceği yukarıdaki açıklamalarla birlikte sabit olunmuştur. Bu nedenle nefret söylemi, tüm toplumu tehdit eden, toplumda hoşgörüsüzlüğü yayan ve eşitsizliğe neden olan bir kavramdır.

Nefret söylemini oluşturan unsurlar, günlük hayatta ve mahkeme kararlarında sıklıkla karşılaşılan nefret söylemi türlerinin ardından aşağıdaki başlık altında, öncelikle bu söylemin doktrinde nasıl tanımlandığına ardından uluslararası belgelerde yer alış biçimlerine yer verilecektir.

1.2. NEFRET SÖYLEMİNİN DOKTRİNDEKİ TANIMI

Nefret söyleminin doktrinde birçok tanımı bulunmaktadır. Örneğin İnceoğlu, nefret söylemini nefret suçuna giden sürecin çıkış noktası olarak tahammülsüzlüğün ve hoşgörüsüzlüğün dışavurumu olarak tanımlamaktadır.²⁹ McGonagle, nefret söylemini geniş bir yelpazede yayılan olumsuz bir söylem olarak tanımlamakla birlikte, nefret söyleminin toplumsal yapı içinde her zaman kolayca anlaşılamayabileceğini, söylemin her zaman şiddete dönüşmeyebileceğini

²⁹ Yasemin İnceoğlu, Ceren Sözeri, “Nefret Suçlarında Medyanın Sorumluluğu: Ya Sev Ya Terk Et Ya Da”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 24.

vurgulamaktadır.³⁰ Boyle ise nefret söylemini dinsel, ırksal, kültürel, cinsiyet temelli vb. farklılıklardan dolayı belirli bir grubu aşağılama ve hakaret içeren söylem olarak tanımlamıştır.³¹

Nefret söylemi, mağdurlara karşı tahammülsüzlüğü içerirken, şiddeti kışkırtma, ayrımcı muamele yapma, mağdurları sessizleştirme ve tehdit etme gibi tehlikeli birçok davranışı da içinde barındırmaktadır. Nefret söylemi; önyargı, damgalama, kalıpyargı, ayrımcılık ve ötekileştirme unsurlarını içinde taşıyan, bir grubun özellikleri nedeniyle kamusal ya da özel alanda dışlanmalarına, küçümsenmelerine, ayrımcı veya şiddet içeren davranışlar görmelerine neden olabilen olumsuz söylemlerdir.

Her ne kadar nefret söylemine ilişkin ortak bir tanım olmasa da zararları konusundaki görüşler birbirine yakındır. Doktrinde, nefret söyleminin, psikolojik, toplumsal ve fiziksel olmak üzere birçok zararının olduğu söylenmektedir. Nefret söylemi, mağdurlarını sessizleştirebildiği gibi mağdurların ya da nefret söyleminde bulunanların şiddet eylemleri göstermesine de yol açabilmektedir.³² Nefret söylemi mağdurları yaşadıkları topluma kendilerini ait hissetmeme, toplumda yer edinememe gibi problemler yaşarken bu söylemin mağdurları ve failleri arasında yaşanan gerilim toplum içinde kutuplaşmaya neden olabilmektedir. Nefret söyleminin yarattığı hoşgörüsüzlük ve bölücülük, bireylerin demokratik süreçlere eşit ve sağlıklı katılımını da engellemektedir.³³

³⁰ Tarlach McGonagle, “The Council of Europe Against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges”, **MCM (2013)005**, Belgrade, s. 4-5, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168059bfce>, 27.03.2020.

³¹ Kevin Boyle, “Nefret Söyleminin Kontrolü: Uluslararası Standartlar Türkiye’den Neler İstiyor?”, Ç. Suzan Bölme, **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed. Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s. 65.

³² David Keane, “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 25/4, 2007, s. 659; Elif Küzeci, “AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve İrkçi Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 71, 2007, s. 182; Elena Mihajlova, Jasna Bacovska, Tome Shekerdjiev, **Freedom of Expression and Hate Speech**, Polyesterday, Skopje, December, 2013, s. 33; Müşerref Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofoby: L’express Dergisi Örneği”, **MEDİAD**, C. 1, S. 1, 2018, s. 91.

³³ Önder Bakırcıoğlu, “Freedom of Expression and Hate Speech”, **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol. 16, Issue: 1, 2008-2009, s. 5.

Nefret söylemi mağdurları, toplumda genellikle azınlık bir gruba üye kimselerdir. Mağdurların toplum içinde azınlık konumunda bulunması, nefret söylemi karşısında kendilerini değersiz hissetmelerine, toplumda yer edinememelerine ve sessizleştirilmelerine yol açmaktadır. Nefret söylemi faillerinin amacı ise, azınlıkta bulunan bu grupları aşağılamak, değersizleştirmek, toplumda bu kişi veya gruplara karşı kızgınlık, nefret ve şiddeti teşvik etmektir.³⁴

Nefret söyleminin bireysel ve toplumsal olarak birçok zararı bulunmaktadır. Özellikle günümüzde artan ulusal ve uluslararası terör olayları, kültürel/etnik/dinsel bölünmeler, toplumlarda artan hoşgörüsüzlük gibi etmenler nefret söyleminin daha sık ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nefret söyleminde yaşanan artışlar ve oluşan zararlar, hukuki açıdan nefret söylemine ilişkin düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

1.3. ULUSLARARASI BELGELERDE NEFRET SÖYLEMİ

Nefret söylemi, belirli bir gruba karşı olan tahammülsüzlüğün ya da hoşgörüsüzlüğün dışavurumudur.³⁵ Belirli bir gruba mensup bireyler; ırk, ten rengi, cinsiyet, cinsel yönelim, din, ulusal köken, dil vb. gibi nitelikleri taşıdıkları için nefret söylemine maruz kalırlar.

Daha öncesinde de belirtildiği üzere nefret söylemi tanımı üzerine bir uzlaşma söz konusu değildir. Bu konuda gerek araştırmacılar gerek ulusal ve uluslararası organizasyonlar birçok tanım yapmaktadırlar. Nefret söyleminin uluslararası organizasyonlar ve bu organizasyonların yapıları tarafından yapılmış birçok tanım bulunmaktadır. Bu başlık altında AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında atıfta bulunduğu uluslararası belgelere yer verilecektir. Aşağıda öncelikle Birleşmiş

³⁴ Ergin İlker Yavuz, “İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi”, **Melikşah Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Kayseri, 2015, s. 61.

³⁵ Anne Weber, **Manual on Hate Speech**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, September 2009, s. 3.

Milletler ve Avrupa Konseyi organizasyonları hakkında kısa bilgiler verildikten sonra bu organizasyonların nefret söylemine ilişkin düzenlemelerine yer verilecektir.

1.3.1. Birleşmiş Milletler'deki Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler, 20. yüzyılın başlarında yaşanan savaşların ve barışa karşı tehditlerin tekrar edilmesini önlemek, ülkeler arasında dostane ilişkiler kurmak ve uluslararası barışı korumak amacıyla 1945 yılında kurulmuştur. Organizasyon günümüzde insan hakları konusunda birçok çalışma yürütmekle birlikte aşağıda Birleşmiş Milletler'in nefret söylemine ilişkin ya da nefret söylemiyle bağlantılı sözleşme maddelerine, tavsiye kararlarına ve tanımlamalarına yer verilecektir.

1.3.1.1. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Komite Kararları

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırma koşullarını düzenlemektedir. Sözleşme maddesine göre:

“Madde 19

1. Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir.

2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.

3. Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve;

(a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve;

(b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır”³⁶

Sözleşmenin bu maddesi nefret söylemini doğrudan düzenlememekle beraber aşağıda yer alan 20. madde ile birlikte okunduğunda; ırksal, dinsel veya ulusal nefretin

³⁶ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Madde 19, (Çevrimiçi) ua.mfa.gov.tr/files.ashx?79579, 09.03.2020.

19. maddenin 3. fıkrasında yer alan görev ve sorumluluklarıyla uyum sağladığı görülmektedir. Sözleşmenin 20. maddesinin 2. fıkrasına göre:

“Madde 20

2. Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır”³⁷

Sözleşmenin 20. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu düzenleme, 19. maddede yer alan ifade özgürlüğünün başka bir sınırlama nedeni olarak görülmektedir.³⁸ Maddeye göre nefretin her biçimde savunulması yasalarla yasaklanması gereken bir husustur ve bu konuda devletlere yükümlülük getirilmektedir. Keza İnsan Hakları Komitesinin 29 Temmuz 1983 tarihli 11 numaralı Genel Yorumu’nda da devletlerin 20. maddede yer alan eylemleri engelleyecek yasama tedbirlerini almaları gerekliliği ifade edilmiştir.³⁹

1.3.1.2. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komite Kararları

Nefret söylemi ile bağlantılı bir başka sözleşme ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 21 Aralık 1965 tarihinde kabul ettiği Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’dir.⁴⁰ Bu Sözleşme ırk ayrımcılığı konusunda kapsamlı düzenlemeler içermekte ve ırkçı nefret ile ayrımcılığı ortadan kaldırmak için devletlere çeşitli yükümlülükler yüklemektedir. Sözleşmenin nefret söylemiyle ilişkili olan 4. maddesine göre:

“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

³⁷ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Madde 20/2, (Çevrimiçi) ua.mfa.gov.tr/files.ashx?79579, 09.03.2020.

³⁸ Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İncoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 92.

³⁹ Lema Uyar, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 145, 2006, s. 19.

⁴⁰ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss770m.htm>, 27.03.2020.

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) Irkçı 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) Irk ayrımcılığın 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 ayrımcılığın desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir”.*⁴¹

4. maddenin a bendi, özellikle ırka dayalı nefret söyleminin cezalandırılması hususunda devletlere yükümlülük yüklemesi bakımından oldukça önemlidir. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesinin 4. maddeye ilişkin yaptığı 15 numaralı yorumunda, ırka dayalı şiddet tehdidi ve eylemlerin kolaylıkla düşmanlık atmosferi yaratabileceği, bu nedenle devletlerin 4. maddede yer alan hükümlerle ilgili olarak uygun ve etkili bir mevzuat oluşturmalarının gerekliliği ifade edilmiştir.⁴²

Aynı sayılı tavsiye kararına göre devletlerin dört davranışı cezalandırılması gerekmektedir:

“(i) Irk üstünlüğü ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması,

(ii) Irka dayalı nefretin teşvik edilmesi,

(iii) Herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba karşı şiddet eylemleri,

*(iv) Bu tür eylemlerin teşvik edilmesi.”*⁴³

Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, ırk üstünlüğü ve nefrete dayalı tüm fikirlerin yasaklanmasının, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ifade

⁴¹ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi 4. Maddesi.

⁴² İnsan Hakları Ortak Platformu, **Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi: Genel Tavsiyeler, Türkiye Taraf Devlet Raporu**, Ankara, Ece Matbaası, 2010, s. 33, (Çevrimiçi) <http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2008/03/CERD-Kitap-Yorum-Rapor.pdf>, 27.03.2020.

⁴³ A.e.

özgürlüğü ile ilgili olan 19. maddesiyle uyumlu olduğu görüşündedir. Komite 15 numaralı Genel Tavsiyesinde Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 20. maddesinde kanunla yasaklanması öngörülen ulusal, ırksal ya da dinsel nefrete ve şiddete de dikkat çekmektedir.

1.3.1.3. Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planı

Birleşmiş Milletler'in son olarak 2019 yılında yayınladığı Birleşmiş Milletler Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planı'nda nefret söylemi şöyle tanımlanmıştır:

“Nefret söylemi, konuşma, yazma veya davranışla kişi veya grupların dinlerine, etnik kökenlerine, ulusal kimliklerine, ırklarına, renklerine, soylarına, cinsiyetlerine veya diğer kimlik faktörlerine dayanarak aşağılayıcı veya ayrımcı bir dille saldıran her türlü iletişim olarak anlaşılır.”⁴⁴

Görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler, nefret söylemi konusu üzerinde önemle durmakta ve devletlere nefret söylemi konusunda mevzuat geliştirmelerini sıklıkla tavsiye etmektedir. Bu bağlamda devletlerin, nefret söylemiyle mücadele etmeleri zaruridir. BM'nin nefret söylemi hakkındaki tavsiyeleri, nefret söylemiyle mücadele açısından önemli bir gelişme olarak görülmelidir. Bu nedenle BM'de yapılan çalışmalar yararlı ve devletler nezdinde örnek teşkil edicidir.

BM'den sonra aşağıdaki başlık altında Avrupa kıtasında önemli bir yere sahip olan Avrupa Konseyi'nin nefret söylemiyle ilgili yapmış olduğu çalışmalarına yer verilecektir.

1.3.2. Avrupa Konseyi'ndeki Düzenlemeler

Avrupa Konseyi, 1949 yılında Türkiye'nin de içinde bulunduğu 10 kurucu üye devlet tarafından, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü, çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek; ırkçılık, hoşgörüsüzlük ve yabancı düşmanlığı konularına çözüm üretmek ve Avrupa'da ortak kültürel miras oluşturmak amacıyla kurulmuştur. Konseyin güncel olarak 47 üyesi bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'nin üye devletlerin

⁴⁴ United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, (Çevrimiçi), <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOPSIS.pdf>, 27.03.2020.

dışışleri bakanlarından oluşan bir Bakanlar Komitesi ve üye devletlerin parlamenterlerinden oluşan danışma meclisi niteliğinde bir Parlamenterler Meclisi bulunmaktadır. Konsey'in ayrıca çeşitli konularda uzmanlık komiteleri bulunmaktadır.

Tez konumuzla ilgili olarak aşağıda öncelikle Avrupa Konseyi'nin bel kemiğini oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Konsey'de kabul edilmiş diğer sözleşmeler incelenecek, ardından Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi ve Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun kararlarına yer verilecektir. Son olarak nefret söylemi ile ilgili yürütülen No Hate Speech Movement⁴⁵ kampanyası hakkında bilgi verilecektir.

1.3.2.1. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

1.3.2.1.1. Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları

AİHS, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 1953'te yürürlüğe girmiştir. AİHS, sözleşme maddeleri ve ek protokollerden oluşmaktadır. Sözleşme, bireylerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vasıtasıyla uluslararası alanda haklarını arayabilmesi, maddi ve manevi zararlarını tazmin edebilmesi bakımından ilk olma özelliğini taşımaktadır.⁴⁶

AİHM, AİHS ve ek protokollerinde yer alan hakların güvencesini sağlamak ve hak ihlallerinin önüne geçmek amacıyla kurulmuş uluslararası bir yargı organıdır. 1998 yılına kadar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu olarak hak ihlallerini karara bağlayan Komisyon, 1998 yılı itibariyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ismiyle görevine devam etmektedir. AİHS'nin 70 yılı aşkın bir süre önce hazırlanmış olması ve Mahkeme önüne gelen hak ihlalleri iddialarını karara bağlama gerekliliği Sözleşmenin yorumlanmasını zaruri kılmaktadır. Mahkeme, Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak görmekte, böylelikle Sözleşmede yer alan hakların etkin ve pratik şekilde

⁴⁵ No Hate Speech Campaign Movement, (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign>, 27.03.2020.

⁴⁶ Yalçın Şahinkaya, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2016, s. 88.

korunmasını sağlamak amacıyla Sözleşmeyi günün koşullarına göre yorumlamaktadır.⁴⁷

AİHS ve ek protokollerinde nefret söylemine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. AİHM, nefret söylemini ifade özgürlüğü (10. madde) ya da hakkın kötüye kullanılması kapsamında (17. madde) incelemektedir. Konuyla ilgili maddelere, AİHM kararları incelemelerine ve eleştirilerine ikinci bölümde yer verileceğinden bu başlık altında daha fazla bilgi verilmeyecektir.

1.3.2.1.2. Avrupa Siber Suçlar Ek Protokolü

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte internet kullanımının artması, internet üzerinden işlenen suçların çeşitliliğini ve niceliğini de günden güne artırmaktadır. Nefret söyleminin internet üzerinden hızlı bir şekilde yayılmasını önlemek amacı ile ırkçılık ve yabancı düşmanlığı görüşlerinin son yıllardaki artışının gözlemlenmesi sonucunda Avrupa Konseyi, 28 Ocak 2003 yılında Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesine ek olarak, Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen ırkçı ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Eylemlerin Suç Sayılmasıyla İlgili Siber Suçlar Sözleşmesi'ne Ek Protokolü⁴⁸ imzaya açmıştır. Sözleşme, ırkçı ve yabancı düşmanlığı savunusu suçlarını da kapsayacak şekilde, esas ve usule ilişkin uluslararası iş birliği hükümleriyle birlikte Siber Suçlar Sözleşmesinin genişletilmesini ve desteklenmesini sağlamaktadır.

Sözleşmenin 2. maddesine göre ırkçı ve yabancı düşmanlığı materyalleri; ırk, renk, ulusal ya da etnik kökenin yanı sıra dini faktörlerin kullanılması halinde gündeme gelirken; bu ırka, renge, ulusal ya da etnik kökene, dine mensup bireylere veya gruplara karşı kin, ayrımcılık veya şiddet savunusu yapan, teşvik veya tahrik eden yazılı veri, tasvir veya teori ya da fikirlerin simgesi olarak tanımlanmıştır.

Sözleşmenin ulusal düzeyde alınacak önlemler başlığı altındaki 3. maddede, Sözleşmeye taraf olan devletlerden her birinin, ırkçı ve yabancı düşmanlığı içeren materyallerin bir bilgisayar sistemi aracılığıyla kamuoyuna iletilmesi, dağıtılması veya

⁴⁷ İlyas Doğan, **İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Astana Yayınları, 2013, s. 321.

⁴⁸ Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, Concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed Through Computer Systems, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168008160f>, 27.03.2020.

başka bir şekilde kasten ve haksız olarak sunulması halinde, kendi iç hukuklarında cezai yaptırım gerektiren bir suç olarak düzenleme yapmaları hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin devamında devletlerin etkili çözüm yollarını kurmaları şartıyla, nefret veya şiddet ile ilişkili olmayan ayrımcılığı teşvik eden ve savunan fiillere cezai sorumluluk dışında yaptırım getirebilecekleri de ifade edilmiştir.

Sözleşmenin, 4. ve 5. maddelerinde ırkçı ve yabancı düşmanlığı kaynaklı tehdit ve aşağılama konularına yer verilmiş, 6. maddesinde ise soykırımın veya insanlığa karşı işlenen suçların reddi, ağırlaştırılması, onaylanması ve gerekçelendirilmesi hakkında devletlerin yasal tedbir almaları konusu düzenlenmiştir.

1.3.2.2. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi yapısında temel olarak Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi dışında, uzmanlık konularına göre ayrılmış belli başlı organlar bulunmaktadır. Aşağıda öncelikli olarak Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'nin tavsiye kararlarına yer verildikten sonra, nefret söylemi ile ilgili olarak çalışma yürüten ve tavsiye kararları veren Avrupa Konseyi yapısındaki diğer organlara ve bu organların nefret söylemi düzenlemelerine yer verilecektir.

1.3.2.2.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Avrupa Konseyi'nin yasal bir organı olan Bakanlar Komitesi, üye devletlerin mevzuatları arasında birliği sağlamak amacıyla, devletlerin politika ve yasal mevzuatları için rehber ilkeler belirleyen ve tavsiyeler sunan bir organdır. Komite'nin nefret söylemi ile alakalı önemli birtakım tavsiyeleri bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ilk olarak (97) 20 sayılı Nefret Söylemi Tavsiye Kararı'nda nefret söylemi kapsamını şöyle belirlemiştir:

“Nefret söylemi, saldırgan milliyetçilik ve ırkçılık ile ifade edilen hoşgörüsüzlük; azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara karşı ayrımcılık ve düşmanlık dahil olmak üzere ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi ya da hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret

biçimlerini haklı kılan, yayan, kışkırtan, teşvik eden her türlü ifade biçimini kapsar.”⁴⁹

Bakanlar Komitesi tavsiye kararında ayrıca yedi prensip belirlemiş olup, devletlerin; ulusal, bölgesel ve yerel kurumları ile kamu görevlilerinin nefret söyleminden kaçınmaları ile alakalı özel sorumluluklarının olduğunu, insan onurunun korunması ve ifade özgürlüğüne saygı kapsamında nefret söylemi ile ilgili adli, cezai ve idari hukuk hükümlerinden oluşan sağlam bir yasal çerçeve oluşturmalarını ve sürdürmelerini tavsiye etmiştir.

Bakanlar Komitesi’nin nefret söylemi ile alakalı olabilecek bir diğer kararı ise (97) 21 sayılı Medya ve Hoşgörü Kültürünün Tanıtımı konulu tavsiye kararıdır. Bakanlar Komitesi bu kararında, medya kuruluşlarının ırkçılık ve hoşgörüsüzlük eylemleri hakkında somut ve doğru raporlama yapmalarını, aralarında gerilim bulunan topluluklarla ilgili haberlerde hassas davranmalarını, yayınlarda kültürel, etnik veya dini topluluklarının üyelerini aşağılayıcı klişeleşmiş ifadelerden kaçınmalarını, hoşgörüsüzlüğün kötü yansımaları hakkında kamuoyunu bilgilendirmelerini, tartışma programları ve röportajlar sırasında hoşgörüsüz ifadelerin altında yatan nedenler üzerinde durmalarını tavsiye etmiştir.⁵⁰

Komitenin (2010) 5 sayılı Cinsel Yönelim veya Toplumsal Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle ilgili olarak 31.03.2010 tarihinde vermiş olduğu tavsiye kararın 6. maddesinde; devletlerin lezbiyen, homoseksüel, biseksüel ve transseksüel bireylere karşı nefret veya diğer ayrımcılık türlerini kışkırtan, yayan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmeye yönelik uygun tedbirler almaları gerektiği ifade edilmiştir.⁵¹ Bu kararda ayrıca sivil toplumun önemli temsilcilerinin -kamu yetkilileri, medya ve spor kuruluşları, siyasi örgütler ve dini topluluklar- nefret söylemine maruz kalan bireylerin insan haklarına karşı hoşgörü ve

⁴⁹ Council of Europe Committee of Minister, “Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech”, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/1680505d5b>, 27.03.2020.

⁵⁰ Council of Europe Committee of Minister, “Recommendation No. R (97) 21 of the Committee of the Ministers to Member States on the Media and the Promotion of A Culture of Tolerance”, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168050513b>, 12.03.2020.

⁵¹ Council of Europe Committee of Minister, “Recommendation No. (2010) 5 of the Committee of the Ministers to Member States on Measure to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity”, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/09000016805cf40a>, 12.03.2020.

saygı gösterilmesi düşüncesini yaygınlaştırmaya teşvik etmeleri gerekliliğine de yer verilmiştir.

Bakanlar Komitesi (2011) 7 sayılı Yeni Medya Kavramına İlişkin Tavsiye Kararı'nda medyanın, herhangi bir nedenle şiddet veya ayrımcılığı teşvik eden nefret söylemini iletmekten kaçınmasını; ırkçı, yabancı düşmanlığı, antisemitizm, kadın düşmanlığı, cinsiyetçilik ve cinsel yönelime ilişkin veya diğer önyargıların motive edildiği ifadelerin kullanımına dikkat etmesini, yeni medya sistemi içinde yetkili makamların bu ifadeler nedeniyle cezai yaptırım uygulayabileceklerini kullanıcılarına bildirmesini tavsiye etmiştir.⁵²

Bakanlar Komitesi (2014) 6 sayılı İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Tavsiye Kararı'nın açıklayıcı notunda, çevrimiçi hizmet sağlayıcılarının nefret söylemi, şiddet ve ayrımcılığı teşvik eden diğer içeriklerle mücadele konusunda kurumsal sorumluluklarının olduğunu, nefret söylemi içeren ifadelerin kullanımına dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve internet sağlayıcılarının kullanıcıların yasadışı sayılabilecek ifadeleri bildirmelerine yardımcı olmalarını tavsiye etmiştir.

Bakanlar Komitesi son olarak (2019) 1 sayılı Cinsiyetçiliği Önleme ve Mücadele Tavsiye Kararı'nda cinsiyetçi nefret söylemine yer vermiş ve devletlere birtakım tavsiyelerde bulunmuştur. Komite kararında, cinsiyetçiliği kınayan ve devletlerin cinsiyetçi nefret söylemini tanımlayan ve cezalandıran mevzuatları oluşturmaları gerektiğini ifade etmiş ve devletlerin ırkçı nefret söylemi ile cinsiyetçi nefret söylemi için aynı kuralların uygulanmasında sorumluluk almaları konusunda tavsiyede bulunmuştur.⁵³

⁵² Council of Europe Committee of Ministers, "Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, (Çevrimiçi), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0, 12.03.2020.

⁵³ Council of Europe Committee of Ministers, "Recommendation CM/Rec (2019)1 of the Committee of Ministers to Member States on Preventing and Combating Sexism", (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168093b26a>, 13.03.2020.

1.3.2.2.2. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Konsey'e üye devletlerin temsilcilerinden oluşan yasal organlardan biridir. Günümüzde 324 parlamento üyesi bulunmaktadır ve genellikle yılda dört kez toplanmaktadır.

Meclis'in, nefret söylemi ile alakalı 1510 (2006) sayılı İfade Özgürlüğü ve Dini İnançlara Saygı Kararında, herhangi bir dini gruba karşı nefret söyleminin, AİHS ve AİHM içtihadı tarafından garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerle uyumlu olmadığı vurgulanmıştır.⁵⁴ 1805 (2007) sayılı Dinleri Nedeniyle Kişilere Karşı Küfür, Dini Hakaret ve Nefret Söylemi Tavsiye Kararı'nda⁵⁵ ise bir birey veya bir grup insanın dinleri nedeniyle nefret, ayrımcılık ve şiddete maruz kalmasına neden olan ifadelerin cezalandırılması gerektiğini ancak bir dinin öğretileri, faaliyetleri ve inançları hakkında nefret söylemine, şiddete ya da ayrımcılığa yol açmayan tartışmalara ve eleştirilere hoşgörü ile yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

Parlamenterler Meclisi'nin nefret söylemi ile ilgili bir diğer kararı 29.04.2010 tarihli 1728 (2010) sayılı Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılık konulu kararının 7. paragrafında yer almaktadır. Meclis, kararında birtakım siyasi, dini ve diğer sivil toplum liderlerinin nefret söylemlerinde bulunmalarının ve medyada veya internette yer alan nefret söylemlerinin endişe verici olduğunu belirtmiş, kamu otoritelerinin sadece insan haklarının etkin ve pratik şekilde korunmasından sorumlu olmadıklarını, bunun yanı sıra nefret söylemi ve ayrımcılık söylemlerinden bilhassa kaçınmaları gerektiğinin altını çizmiştir.⁵⁶

Parlamenterler Meclisi'nin 2144 (2017) sayılı Siber Ayrımcılığı ve Çevrimiçi Nefreti Sona Erdirme Kararı'nda nefret söylemi kapsamının ırkçılık ya da yabancı düşmanlığı ile sınırlı olmadığı, cinsiyetçilik, antisemitizm, islamofobi, kadın

⁵⁴ Parliamentary Assembly, "Resolution 1510 (2006) Freedom of Expression and Respect For Religious Beliefs" (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17457&lang=en>, 13.03.2020.

⁵⁵ Parliamentary Assembly, "Recommendation 1805 (2007) Blasphemy, Religious Insults and Hate Speech Against Persons on Grounds of Their Religion", (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en>, 13.03.2020.

⁵⁶ Parliamentary Assembly, "Resolution 1728 (2010) Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity", (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17853&lang=en>, 13.03.2020.

düşmanlığı, homofobi veya belirli gruplara karşı da ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.⁵⁷ Özellikle çevrimiçi nefretin, hızla yayılabilen bir unsur olması, nefret söylemine maruz kalan ve nefret söyleminde bulunan kişilerin sayısını gün geçtikçe artırmaktadır. Parlamenterler Meclisi, üye devletleri nefret söylemi ile alakalı çalışmalara destek vermeye ve hoşgörüsüzlüğe karşı harekete geçmeye davet etmektedir.

Parlamenterler Meclisi'nin nefret söylemi kapsamında en geniş tanımlamalardan biri de Siyasi Liderlerin Nefret Söylemi ve Hoşgörüsüzlükle Mücadeledeki Rolü ve Sorumlulukları hakkında verdiği 2275 (2019) sayılı kararında yer almaktadır. Meclisin yaptığı tanıma göre; ulusal ve etnik kökenler, dini ve dilsel azınlıklar, göçmenler ve göçmen kökenli insanlar, kadınlar, lezbiyenler, geyler, biseksüeller, transseksüeller, interseks bireyler dahil olmak üzere ırksal nefrete, yabancı düşmanlığına, islamofobiye, antisemitizme, saldırgan milliyetçiliğe dayalı hoşgörüsüzlüğü, nefreti kışkırtan yayan, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimleri nefret söylemi kapsamında sayılmaktadır.⁵⁸

Parlamenterler Meclisi, nefret söylemi ile mücadele konusunda siyasetçilerin geniş kitleleri etkilemelerinin diğer insanlara göre daha kolay olduğunu vurgulamaktadır. Meclis, politikacıların nefret söyleminden sadece kaçınmalarını bununla birlikte halkı nefret söylemi içeren ifadeleri kullanmaktan kaçınmaları konusunda bilinçlendirmelerini birçok kararda tavsiye etmiş ve politikacıların bu konuda politik yükümlülüğe ve ahlaki sorumluluğa sahip olduklarını belirtmiştir.

1.3.2.2.3. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu

Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu; ırk, etnik köken, antisemitizm, yabancı düşmanlığı, ulusal köken, renk, vatandaşlık, din, dil, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim konularında ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele

⁵⁷ Parliamentary Assembly, "Resolution 2144 (2017) Ending Cyberdiscrimination and Online Hate", (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23456&lang=en>, 13.03.2020.

⁵⁸ Parliamentary Assembly, "Resolution 2275 (2019) The Role and Responsibilities of Political Leader in Combating Hate Speech and Intolerance", (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27636&lang=en>, 13.03.2020.

konusunda uzmanlaşmış bir Avrupa Konseyi yapısıdır. Komisyon 1993 yılından beri hoşgörüsüzlük ve ayrımcılıkla mücadele konusunda siyasal ve yasal korumayı güçlendirmek amacıyla çalışmalar yürütmektedir.⁵⁹

Komisyon'un Irkçılık ve Irkçı Ayrımcılıkla Yasal Mücadele konulu 7 Numaralı Genel Politikasında devletlerin; halkın şiddete, nefrete ve ayrımcılığa teşvik edilmesinin, ırk, renk, dil, din, milliyet, ulusal veya etnik kökenleri nedeniyle bir birey veya gruba yönelik tehditleri, kamusal alanda yapılan aşağılama ve hakaretleri cezalandırmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁰

Komisyon'un Nefret Söylemiyle Mücadele başlıklı 15 numaralı Genel Politikası Belgesinde ise nefret söylemi; birey veya grupların kişisel özelliklerine ve durumlarına dayanarak bu birey ve gruplara karşı taciz, hakaret, olumsuz klişeleştirme, damgalama veya tehdit eylemlerinin gerçekleştirilmesini haklı kılan, bir birey veya grubun inkâr edilmesine, nefretin ve kötülüğün teşvik edilmesine neden olan tüm ifade biçimlerini kapsar biçimde tanımlanmıştır.⁶¹ Söz konusu belgede nefret söyleminin zararları üzerinde özellikle durulmuş, nefret söyleminin önemli unsurları belirlenmiştir. Bu bağlamda, aşağılama, nefret veya kötülemenin savunulması ve teşviki, hakaret, olumsuz kalıpyargılar, damgalamalar, tehditler, şiddet, yıldırma, düşmanca ya da ayrımcı eylemler, nefret söyleminin önemli unsurlarıdır.

1.3.2.2.4. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (kısaca Venedik Komisyonu), Avrupa Konseyi'nin anayasal konularda danışma organıdır. Avrupa Konseyi devletleri ve Konsey'e üye olmayan devletlerle birlikte 62 üyesi bulunan Venedik Komisyonu,

⁵⁹ Serra Karadeniz, "Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, 2012, s. 52.

⁶⁰ European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination", (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aae>, 13.03.2020.

⁶¹ European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech", (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>, 13.03.2020.

demokratik kurumlar ve temel haklar, anayasal ve olağan adalet, seçimler, referandumlar ve siyasi partiler alanlarında çalışmalar yürütmektedir.⁶²

Venedik Komisyonu'nun nefret söylemiyle ilgili olabilecek bir çalışması 17-18 Ekim 2008 tarihli İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki Hakkındaki Raporu'nda⁶³ yer almaktadır. Raporda, din temelli nefret söylemi dahil olmak üzere tüm nefret söylemlerinin AİHS'nin değerlerine, hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu vurgulamıştır. Nefret söylemi içermeyen ancak bir dini aşağılayıcı ifadeler hakkında ise, ifade özgürlüğü hakkı ile kişinin inançlarına saygı duyulması hakkı arasındaki dengenin sağlanması gerektiği, bu nedenle de sadece nefret söylemi içeren ifadeler bakımından cezai yaptırımın öngörülebileceği ifade edilmiştir. Venedik Komisyonu nefret söylemi söz konusu olduğunda, devletlerin cezai yaptırım uygulamalarının meşru olduğu görüşündedir.

Venedik Komisyonu 2010 yılında daha önceki raporlarını da kapsayan Demokratik Toplumda Cevap Arayışları: Dine Küfretme, Hakaret, Nefret⁶⁴ başlıklı detaylı bir rapor hazırlamıştır. Komisyon raporda, dini nefreti teşvik etmenin nefretin bir alt kümesi olduğunu, nefret teriminin genel olarak ırksal, ulusal ve dini nefreti kapsamasının yanı sıra aynı zamanda cinsiyet veya cinsel yönelim, siyasi inançlar, dil, sosyal statü, zihinsel veya fiziksel engeli de içerdiğini vurgulamıştır.

1.3.2.3. Nefret Söylemine Hayır Kampanyası (No Hate Speech Movement Campaign)

Nefret Söylemine Hayır Kampanyası, Avrupa Konseyi Gençlik Dairesi önderliğinde, gençleri nefret söylemiyle mücadele konusunda teşvik etmek amacıyla

⁶² Daha fazla bilgi için bkz. Venice Commission Original Website (Çevrimiçi) <https://www.venice.coe.int/>, 26.03.2020.

⁶³ Venice Commission, Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, 17-18 October 2008, (Çevrimiçi) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2008)026-e), 26.03.2020.

⁶⁴ Venice Commission, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in A Democratic Society, 2010, (Çevrimiçi) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(2010\)047-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(2010)047-e), 26.03.2020.

2013 yılında başlatılan bir kampanyadır. Hareket, çeşitli ulusal kampanyalar, çevrimiçi aktivistler ve ortaklar aracılığıyla 2017 yılına kadar yürütülmüştür.

Kampanya sürecinde, nefret söylemine ilişkin toplumda bilinçlendirme sağlanması amaçlanmış, birçok dış ve iç paydaşlarla iş birliği yapılarak çıktılar elde edilmiştir. Nefret söylemiyle mücadele konusunda hem yasal hem toplumsal hem de siyasi anlamda bilgi birikiminin oluşması ve harekete geçilmesi bakımından kampanya büyük önem arz etmektedir.

Görüldüğü üzere nefret söylemiyle alakalı olarak uluslararası alanda yasal, siyasal ve proje bazlı birtakım adımlar atılmıştır. Bu bağlamda gerek Birleşmiş Milletler gerek Avrupa Konseyi, nefret söyleminin yarattığı ya da yaratabileceği zararların büyüklüğünün farkındadır. Uluslararası belgelerde nefret söylemine ilişkin olarak devletlerin önlem almaları gerektiği, medya ve internet aracılığıyla nefret söyleminin yaygınlaştırılmasının önlenmesi ve kamunun önde gelen temsilcilerinin nefret söyleminde bulunmaktan kaçınmaları gibi birçok gerekliliğe yer verilmiştir. Politikacıların nefret söyleminde bulunmaktan kaçınmalarının yeterli olmadığı bilhassa bu söyleme karşı mücadelede etkin rol oynayarak halkı bilinçlendirmeleri ise özellikle vurgulanmaktadır. Nefret söyleminin toplum içinde yaygınlaşmasının gerek tek başına gerek beraberinde yaratabileceği sorunsallar göz önüne alınarak devletlerin en yakın sürede nefret söylemi mevzuatlarını oluşturmaları bu bağlamda isabetli olacaktır.

Nefret söyleminin unsurlarından bahsedilirken, bir gruba ait olan özelliklerin dışlanması, aşağılanması, küçümsenmesi, başat grup tarafından grubun olumsuz görülmesi üzerinde durulmuştu. Nefret söyleminin mağdurları çoğunlukla azınlık gruplar iken bazı durumlarda azınlık olmayan gruplar da nefret söyleminin mağduru olabilmektedir. Uluslararası belgelerde de nefret söylemine sıklıkla maruz kalan birey ve gruplara yer verilmektedir.

Ancak nefret söylemi kavramı günümüzde belirsizliğini korumaya devam etmesi nedeniyle birçok yakın kavramla karıştırılmaktadır. Bu bağlamda nefret söylemi ile en çok karıştırılan nefret suçu ve ayrımcılık yasağı ile ilişkisinin ortaya

konması, nefret söyleminin daha iyi anlaşılmasını sağlayacağından bir sonraki başlık altında ele alınacaktır.

1.4. NEFRET SÖYLEMİNİN NEFRET SUÇU VE AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLİŞKİSİ

Nefret söylemi, sınırlarının günümüzde netliğe sahip olmaması nedeniyle birçok kavramla karıştırılmaktadır. Bunların en başında ise nefret suçu kavramı yer almaktadır. Birbirleriyle sıkı bir ilişkilerinin olması yanı sıra bu iki kavram arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Her iki kavram hoşgörüsüzlük ve önyargının birer belirtisini taşımaktadır.⁶⁵ Ancak nefret suçu, nefret söylemine kıyasla daha önce literatüre katılmıştır.

Nefret suçu kavramı, ilk olarak 1980’li yıllarda Amerika’da kullanılmaya başlanmıştır. Kavrama ilişkin birçok tanım bulunmakla birlikte, farklı bir gruba mensup olması nedeniyle kişiye ya da mülke karşı işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır.⁶⁶ Nitekim Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından 2006 yılında yayınlanan yıllık raporda nefret suçu, şöyle tanımlanmıştır:

“A) Nefret suçu, kişilere veya mülke karşı işlenen suçlar da dahil olmak üzere, suçun mağduru, mülkü veya hedefinin, B bölümünde tanımlanan bir gruba gerçek veya algılanan bağlantısı, bağlılığı, desteği veya üyeliği nedeniyle seçildiği her türlü cezasi suç olarak tanımlanır.

B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek veya algılanan ırk, ulusal veya etnik köken, dil, cinsiyet, renk, din, yaş, zihinsel veya fiziksel engel, cinsel yönelim veya diğer benzer unsurlara dayandırılabilir.”⁶⁷

Nefret suçunun oluşabilmesi için ceza hukukuna göre işlenmiş bir suçun mevcut olması ve suçu işleyen failin bu fiilini önyargılı nefret saikiyle gerçekleştirmesi

⁶⁵ Free World Centre, **Hate Speech Explained: A Toolkit**, London, 2015, (Çevrimiçi) <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/Hate-Speech-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>, 17.03.2020.

⁶⁶ Baskın Oran, “Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu, Nefret Söylemi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 41.

⁶⁷ ODIHR, **Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses**, Poland, 2006, (Çevrimiçi) <https://www.osce.org/odihr/26759?download=true>, 17.03.2020.

gerekmektedir.⁶⁸ Ceza hukukuna göre işlenmiş bir suç şartı, ceza kanunlarında tanımlı bir suçun varlığı anlamına gelmektedir. Nefret saiki ise, failin suçu işlediği sırada mağdurun ırk, etnik köken, din, dil, cinsiyet, cinsel yönelim vb. özellikleri taşıdığını sanması, yani mağdura karşı önyargı ve nefretle hareket etmesidir.

Failin, suç fiilini gerçekleştirdiği sırada taşıdığı nefret saikinin gerçeklik ile bağlantılı olmaması nefret suçunun oluşmasına engel teşkil etmemekte, önyargı ile hareket etmesi yeterli görülmektedir. Bu durum bir örnek ile açıklanacak olursa, ceza kanununa göre suç sayılan yağma fiilinin eşcinsel bir bireye karşı nefret saikiyle işlenmesi nefret suçunu oluşturacaktır. Ancak mağdurun gerçekte eşcinsel olup olmamasının nefret suçunun işlenmesinde bir önemi yoktur. Failin, mağduru eşcinsel sanması ve bu özelliği nedeniyle mağdura karşı nefretle hareket etmesi yeterlidir. Bu nedenle nefret suçu doktrinde, “*önyargının şiddet manifestosu*”⁶⁹ olarak da tanımlanmaktadır.

Doktrinde nefret suçlarını diğer suçlardan ayırt eden üç özellik tanımlanmıştır.⁷⁰ Birinci özellik, nefret suçu mağdurlarının aynı suç fiilinin diğer kişilere karşı işlenmesine nazaran fiziksel ve psikolojik yönden daha çok zarar görmesidir. Nefret söylemi faili, nefret suçunu işlerken önyargı ve nefret ile seçtiği kişinin mensup olduğu tüm gruba, toplumda istenmediklerine dair bir mesaj iletme amacı taşır.⁷¹ Bu nedenle nefret suçu mağdurları, suçun önyargı saikiyle işlenmediği kişilere nazaran daha çok zarar görürler.

İkinci özellik, failin aslında mağdur kişinin ötesinde, mağdurun mensup olduğu grup ile toplum arasında gerginliği artırması ve toplumsal barışın bozulması tehlikesini taşımasıdır. Nefret suçlarını diğer suçlardan ayıran son özellik ise nefret suçunun sıklıkla işlenmesinin mağdurlara karşı bu suçun işlenmesinin normalleşmesi anlamına geleceğinden, mağduriyet boyutunu artırmasıdır.

⁶⁸ Shahriyar Yusufli, **a.g.e.**, s. 38; Hüseyin Göktepe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, S. 25, Şubat 2016, s. 178.

⁶⁹ Hakan Ataman, **a.g.e.**, 2012, s. 61; Müşerref Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, **a.g.m.**, s. 94.

⁷⁰ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 2701.

⁷¹ **A.e.**, s. 2699.

Nefret söylemi ile nefret suçunun ortak noktası nefret unsurudur. Her ikisi de toplumdaki azınlık veya faillerce istenmeyen gruplara karşı hoşgörüsüzlük ve tahammülsüzlük temelini taşımaktadır. Ancak nefret suçu birçok ülkede ceza kanunlarıyla yasaklanmışken, nefret söylemini bir ceza fiili olarak nitelendiren ülkelerin sayısı çok değildir.⁷² Nefret söyleminin ceza kanunlarında cezalandırılmasına bir örnek olarak Danimarka gösterilebilir. Danimarka Ceza Kanunu'nun 266b maddesinde nefret söylemine ilişkin suç ve ceza şöyle düzenlenmektedir:

*“Herkes açık olarak veya daha geniş yayılma niyetiyle, bir grup insanı ırk, renk, ulusal veya etnik köken, din veya cinsel tercihleri nedeniyle tehdit, hakaret veya kötülleme ifadelerinde bulunan herhangi bir kişi iki yıla kadar para cezasına veya hapis cezasına çarptırılır.”*⁷³

Nefret suçu, ceza kanunlarında düzenlenen bir fiilin önyargı ile hareket edilerek işlenmesi kapsamında, nefret söylemi ise genellikle ifade özgürlüğü hakkı ve bu hakkın sınırlandırılması ya da kötüye kullanılması ile ilgili konular bağlamında ele alınmaktadır.⁷⁴ Nefret söyleminin bir suç olarak düzenlendiği -Danimarka Ceza Kanunu benzeri- kanunlarda ise bu söylem tek başına cezalandırılabilir bir fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Fiilin suç teşkil etmesi için nefret suçundaki gibi ceza kanunlarında ayrıca bir suç fiilin bulunması da gerekmemektedir.

Bu iki kavram arasındaki sıkı ilişkiye bir diğer örnek ise nefret suçunun meşrulaştırılmasında sıklıkla nefret söylemine başvurulmasıdır. Nefret söylemi, nefret suçunun işlendiği durumlarda nefret saikinın tespit edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Nefret suçunun işlenmesinden önce, suç fiilinin gerçekleştiği sıra ya da sonrasında nefret söylemi teşkil eden ifadeler, nefret suçunu oluşturan önyargı şartının varlığının kanıtlanmasında kuvvetli delil teşkil edebilmektedir.⁷⁵ Söylemlerin

⁷² Yazar notu: Danimarka, İngiltere, Almanya, Fransa gibi ülkeler nefret söylemini suç olarak düzenleyen yasalara sahiptir. Elif Çelik, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2013, s. 209.

⁷³ Danimarka Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf, 04.03.2020.

⁷⁴ Müşerref Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, **a.g.m.**, s. 93.

⁷⁵ Asuman Aytekin İnceoğlu, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 107.

eylemleri meşru kılmak için kullanılan bir araç olduğu varsayılırsa nefret söyleminin, nefret suçunun oluşmasında aslında bir hazırlık aşaması olduğu söylenebilir. Doktrinde de nefret söylemi, nefret suçunun ilk adımı olarak görülmekte ve nefret söyleminin nefret suçunu doğurma riskinin yüksek olduğu vurgulanmaktadır.⁷⁶

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, nefret söylemi ile nefret suçunun yadsınamaz bir yakın ilişkisinin olduğu görülmektedir. Nefret söylemi ile nefret suçu benzer noktalar taşımalarına karşın birbirilerinden farklı kavramlardır. Nefret suçu, halihazırda ceza kanunlarında var olan bir suçun önyargıyla işlenmesi sonucu oluşurken, nefret söylemi birçok ülkenin kanunlarında suç olarak düzenlenmemektedir. Suç olarak düzenlendiği kanunlarda ise nefret suçundan farklı olarak tek başına cezalandırılabilir bir fiil olarak yaptırıma bağlanmaktadır. Bu bağlamda nefret suçunu nefret söyleminden ayıran kilit husus, nefret saikinin dışında bir suç fiilinin varlığıdır.⁷⁷ Nefret suçu genellikle ceza hukukuyla ilişkide bulunurken nefret söylemi ise uluslararası alanda genellikle ifade özgürlüğü ve bu hakkın kötüye kullanılması kapsamında ele alınmaktadır.

Nefret söyleminin sıkı bir ilişkide bulunduğu bir diğer kavram ayrımcılık yasağıdır.⁷⁸ Ayrımcılık, farklı özellikler taşıyan bireylere karşı nesnel veya makul bir sebebe dayanmadan farklı muamele yapılması olarak tanımlanabilir. Bu noktada nefret suçu ve nefret söylemini ayrımcılıktan farklı tutmak gerekmektedir. Ayrımcılık, nefret suçlarında olduğu gibi bir grubun üyelerine karşı duyulan önyargı ve nefret nedeniyle dezavantaj oluşturacak şekilde davranılmasıdır. Ancak ayrımcılık suçunda, ayrımcı amaç gütmeye faktörü ortadan kaldırıldığında muamele hukuka uygun hale

⁷⁶ Fethiye Çetin, “Yargı Söylemi ya da Hukukun Hakikati”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 126; Ergin İlker Yavuz, **a.g.e.**, s. 94; Yasemin İnceoğlu, “Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi”, **içinde Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 76.

⁷⁷ Pınar Yazıcı, **a.g.e.**, 2014, s. 28.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ayşe Özkan Duvar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No. 2, 2017, s. 17-80.

gelmektedir.⁷⁹ Bir diğ er deyişle, nefret suçlarını oluşturan temel unsur olan bir suçun varlığı zorunluluğu ayrımcılık suçunda bulunmamaktadır.⁸⁰

Ayrımcılık suçları, olağan durumda suç niteliği bulunmayan muamelelerin, bireylerin sırf belirli bir özellik taşımaları nedeniyle gerçekleşmesi halinde cezalandırılmaktadır. Bu farklılıklarına rağmen ayrımcılık, nefret söylemi ve nefret suçu; eşitlik prensibi ve insan haklarının korunması çerçevesinde ortak bir düzlemde bulunmaktadır.⁸¹ Ayrımcılığa, nefret söylemine ve nefret suçuna maruz kalan bireyler açısından bakıldığında ise bu suç ve söylemlere maruz kalan bireylerin toplumda içinde genellikle dezavantajlı olan gruplar olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ayrımcılığa ve nefret suçuna yol açan nefret söylemleri arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Nefret söylemleri, ayrımcı muamele yapılmasına ve nefret suçlarına zemin hazırlarken aynı durum, ayrımcı muamelelerin nefret suçuna dönüşmesi için de söz konusu olabilmektedir. Söz konusu bu üç kavram toplumsal barışı ve eşitlik idealine zarar veren ve olumsuz yönde etkileyen kavramlardır.⁸²

Nefret piramidinde açıklandığı üzere, bu piramidin temelini nefret söylemi oluşturmakta, toplumda nefret söyleminin artış göstermesi belirli özellikler taşıyan gruplara ve bu gruba mensup bireylere karşı ayrımcı muameleye ve daha ilerisinde de nefret suçlarının işlenmesine neden olmaktadır.

Nefret söylemi salt ayrımcılık yasağı ile değerlendirildiğinde ise konunun ifade özgürlüğünün sınırlandırılması altında işlendiği görülmektedir. Nefret söylemi nedeniyle bir ifadenin sınırlandırılması söz konusu olduğuunda inanç özgürlüğü, mahremiyet gibi haklar söz konusu olduğu gibi ayrımcılık yasağı da gündeme

⁷⁹ İlhan Bulut, “Nefret Saiki ile İşlenen Suçlar”, **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara, 2014, s. 136.

⁸⁰ Abdurrahim Altıkat, “Nefret Söylemi Olarak Halkın Bir Kesimini ve Halkın Bir Kesiminin Dini Değerlerini Aşağılama Suçları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Isparta, 2014, s. 20.

⁸¹ İlhan Bulut, **a.g.e.**, s. 136.

⁸² Nergis Kulaksızoğlu Mercan, **a.g.e.**, s. 35.

gelebilmektedir.⁸³ Diğer bir deyişle nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık birbirini tetikleyen olgular olarak karşımıza çıkabilmektedir.⁸⁴

Çalışmanın bu bölümünde nefret söylemi kavramının uluslararası belgelerde ve doktrinde yapılan tanımlarına yer verilerek, aslında birbirine yakın ancak eksiklikleri bulunan birtakım tanımlamaların yapılmış olduğu görülmüştür. Nefret söylemi, toplumlarda hoşgörüsüzlüğü artırarak kutuplaşma yaratırken, ayrımcılık ve nefret suçu gibi suçların doğmasını kolaylaştıran bir kavramdır. Her ne kadar nefret söylemi hakkında herkesin kabul ettiği bir tanım olmasa da uluslararası organizasyonların devletlere nefret söylemiyle ilgili yükümlülük yüklemesi ve tavsiyelerde bulunması, nefret söylemiyle mücadele konusunda atılmış önemli birer adım niteliğindedir.

Nefret söylemine maruz kalan insan sayısının gün geçtikçe artması, ülkesel ve global anlamda kutuplaşmalar yaşanması, toplumlarda hoşgörüsüzlüğün yayılması, nefret söyleminin hem yerel hem de küresel bir problem olduğuna kanıt niteliğindedir. Nefret söylemi türlerinde de ortaya konulduğu üzere toplumu oluşturan her birey kolaylıkla nefret söylemi mağduru ya da faili olabilmektedir. Bu nedenle uluslararası organizasyonların belirttiği gibi devletlerin mevzuatlarını, nefret söylemine yaptırım uygulayacak şekilde yeniden düzenlemeleri gerekmektedir.

Nefret söylemine ilişkin kavramsal, tanımsal ve türsel açılardan yapılan incelemelerin sonucunda tezin ikinci başlığı altında uluslararası bir yargı organı olma özelliği taşıyan AİHM'nin nefret söylemine yaklaşımı incelenecektir. Bu kapsamda AİHM'nin nefret söylemine yaklaşımı, ifade özgürlüğü ile nefret söylemi ilişkisine bakış açısı, nefret söylemiyle ilgili verdiği kararlardaki yöntem ve mevzuat incelenecek ve eleştirel bir yaklaşım sergilenecektir.

⁸³ Müşerref Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, **a.g.m.**, s. 95.

⁸⁴ Serra Karadeniz, **a.g.e.**, s. 10.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ

Nefret söylemi, uluslararası organizasyonlarda ve literatürde üzerinde ortak bir kanıya varılamamış bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası organizasyonlar tarafından nefret söyleminin yasaklanmasına ilişkin devletlerin hukuki düzenlemeler yapmaları sıklıkla tavsiye edilirken, bireyler nefret söylemine maruz kalmaları sonucunda temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçeleriyle yerel ve uluslararası mahkemelere bireysel başvurularda bulunmaktadır.

Uluslararası arenada nefret söylemi, ifade özgürlüğü ve hakkın kötüye kullanım yasağı ile ilişkilendirilirken birbirinden farklı yaklaşımlar ortaya çıkabilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde uluslararası alanda nefret söylemi ve ifade özgürlüğü ilişkine farklı görüşlerin yaklaşımları sunulacak ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve hakkın kötüye kullanım yasağı kararları çerçevesinde nefret söylemine ilişkin yaklaşımı ele alınacaktır.

2.1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NEFRET SÖYLEMİ İLE İLİŞKİSİ

Demokrasinin temel taşı⁸⁵ olarak görülen ifade özgürlüğü en geniş kapsamıyla, kanaat özgürlüğü, haber alma ve bilgi edinme özgürlüğü ile fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğünü içermektedir. Kanaat özgürlüğü bireyin herhangi bir konuda görüşlerini seçebilmesi, benimseyebilmesi anlamını taşıırken aynı zamanda kanaatlerini açıklamaya zorlanmaması, konuşmaktan kaçınmasını ve kanaatleri nedeniyle kınanmaması ve dışlanmamasını da kapsamaktadır.⁸⁶ Haber alma ve bilgi edinme özgürlüğü kişinin herhangi bir konu hakkında fikre, düşünceye, kanaate

⁸⁵ Marloes van Noorloos, *Hate Speech Revisited: A Comparative and Historical Perspective on Hate Speech Law in the Netherlands and England & Wales*, Intersentia, 2011, s. 145.

⁸⁶ Hüseyin Göktepe, *a.g.m.*, s. 174.

serbestçe ulaşabilmesi anlamına gelmektedir. Fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğü ise kişinin fikir ve kanaatlerini serbestçe kamu otoriteleri tarafından sınırlamaya bırakılmadan serbestçe açıklayabilmesidir. Bilgi edinme ve haber alma özgürlüğü ile fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğü bu bakımdan birbirini bütünleyen ve birbirinden ayrı olarak düşünülemez bir nitelik taşımaktadır.⁸⁷ Bu bağlamda dar anlamda ifade özgürlüğü kişinin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olabilmesi ile bu düşünce ve kanaatleri serbestçe açıklayabilmesi anlamına gelirken, geniş anlamda başka düşüncelere ulaşabilme ve din ve vicdan özgürlüklerini de içermektedir.⁸⁸

İfade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve yürüyüş özgürlüğü gibi pek çok özgürlüğü içinde barındıran çok yönlü bir haktır.⁸⁹ İfade özgürlüğü demokratik toplumlarda bireyin kendilerini geliştirebilmeleri ve özgür bir birey olabilmeleri bakımından önemli olduğu gibi çoğulculuk ve hoşgörünün de gereği olarak görülmektedir.⁹⁰ İfade özgürlüğünü kullanan bireyler birbirlerinden farklı düşüncelere sahip olurlar ve bu düşüncelerin diğer bireylere aktarılmasıyla demokrasinin gerçekleşmesine gelişimine katkıda bulunurlar.⁹¹ Bu bakımından ifade özgürlüğü sadece bireylerin yararlandığı bir özgürlükten öte demokrasinin kökünü oluşturan ve gelişmesini sağlayan önemli bir özgürlüktür. İfade özgürlüğü açık ve çoğulcu bir toplum için temel güvencelerden birisidir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü toplanma özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi hakların kullanılması açısından da önemli bir yere sahiptir.

⁸⁷ Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, s. 13, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsamad10ifade.pdf>, 24.03.2020.

⁸⁸ Enver Bozkurt, Selim Kanat, Sezercan Bektaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, 3. Bs., Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 218; Mehmet Emin Çağırın, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 364.

⁸⁹ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 503; Sultan Çam, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Özel Sayı, 2015, s. 1070.

⁹⁰ Elif Küzeci, **a.g.m.**, s. 180; Cengiz Gül, Seher Çakan, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1, 2018, s. 368.

⁹¹ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. Bs., Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s. 216; Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, 5. Bs., Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 282-283.

İfade özgürlüğünün negatif bir hak olması devlet ya da kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahale etmemesinin esas, sınırlamanın ise istisna olduğu anlamına gelmektedir. İfade özgürlüğü demokratik toplum ve bireyler için her ne kadar önemli bir özgürlük olsa da kıta Avrupası sisteminde mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmemiştir.⁹² Bu nedenle ifade özgürlüğü belirli şartlar altında sınırlandırılabilir bir haktır.

İfade özgürlüğünün başta ayrımcılık yasağı olmak üzere özel hayata saygı, vicdan ve dine saygı hakkı gibi haklarla çatışma riski bulunmaktadır. Ayrıca bireylerin hoşgörü içermeyen ifadelerine gösterilen mutlak hoşgörünün, hoşgörü kavramını yok etmesine neden olabileceği öngörülmektedir.⁹³ İfade özgürlüğünün bu nedenlerle belirli şartlar ve amaçlarla sınırlandırılabilirliği görüşünde olan bir yaklaşım söz konusuyken aynı zamanda ifade özgürlüğünün içerik bakımından hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağını savunan karşıt görüşü de bulunmaktadır. Nefret söylemi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda tartışmalı olan konulardan bir tanesidir. Söz konusu tartışma nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı üzerinedir.

Nefret söyleminin söz konusu olduğu durumlarda, bu tür söylemde bulunan kişinin ifade özgürlüğü ile nefret söylemi mağdurunun ayrımcılığa maruz kalmama hakkı arasında bir hak çatışması ortaya çıkar ve bu hak çatışmasının giderilmesi gerekir.⁹⁴

Nefret söyleminin yasaklanması konusunda farklı iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, nefret söyleminin tek başına bir zarar oluşturmadığını ya da hak ihlali

⁹² Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 103; Free World Centre, **Hate Speech Explained: A Toolkit**, London, 2015, (Çevrimiçi) <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/'Hate-Speech'-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>, 17.03.2020; Anne Weber, **a.g.e.**, s. 1; Azad Mustafa Bejou, "Hate Speech in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Inclusion or Exclusion Approach?", (Çevrimiçi) https://www.academia.edu/35951683/Hate_Speech_in_the_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_Inclusion_or_exclusion_approach, 24.03.2020; Dieter Grimm, "Freedom of Speech in A Globalized World", **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, Oxford Press, 2009, s. 13.

⁹³ Dominika Bychawska Sinaïarska, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, Ç. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 14.

⁹⁴ Ulaş Karan, "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", s. 81.

neden olmadığını hatta ifade özgürlüğüne karşı haksız bir sınırlama niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, devletin nefret söylemine müdahale etmesi halinde, tartışma konusuyla ilgili taraf tutacağını bunun da toplumun tüm üyelerine karşı göstermesi gereken eşit muameleyi göstermeyeceği anlamına gelecektir.⁹⁵ Bu görüşe yakın bir başka görüş ise nefret söyleminde suç unsurlarının belirlenmesi ve kanıtlanmasında muğlaklık ve belirsizliğin devletlerin ifade özgürlüğüne daha çok müdahalede bulunmasına sebep olacağını savunmaktadır.⁹⁶

İkinci görüşe ise nefret söylemi tek başına zarar oluşturan bir kavramdır. Bu görüşe göre nefret söylemi, mağdurların psikolojilerini ve yaşamlarını etkileyerek karşılıklı şiddet eylemlerine neden olmaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın haklı ve makul gerekçesinin olduğu ileri sürülmektedir. Nefret söylemine karşı devletin bir yaptırım uygulamaması bu görüşe göre, devletin toplumda nefretin ve hoşgörüsüzlüğün yayılmasında katkısı olduğu anlamına gelecektir.⁹⁷ İkinci görüşe göre devlet artık ifade özgürlüğünü korumak amacıyla bu özgürlüğe müdahale etmemeyi bir kenara bırakıp, nefret söylemiyle mücadele etmek amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için harekete geçmelidir.

Teorik olarak nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında sınırlandırılması tartışmaları devam ederken, ulusal ve uluslararası hukukta nefret söylemi pratik olarak ifade özgürlüğünün kapsamı dışına alınmaya başlanmıştır. Uluslararası belgeler başlığında da açıklandığı üzere nefret söyleminin düzenlenmesi ve cezalandırılması gibi konularda gerekli mevzuatlarını oluşturmaları devletlere sıklıkla tavsiye edilmektedir. Tezin bu başlığı altında uluslararası bir yargı organı niteliği taşıyan AİHM'nin nefret söylemini nasıl ele aldığını incelenecek ve Mahkeme'nin nefret söylemi yaklaşımına karşı eleştiriler sunulacaktır.

⁹⁵ Eric Barendt, **Freedom of Speech**, Second Edition, Oxford Press, 2005, s. 32.

⁹⁶ Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Versus İfade Hürriyeti", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, Ekim 2013, s. 200.

⁹⁷ Ulaş Karan, "Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret", s. 105.

2.2. AİHM’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin amacı, önsözünde de belirtildiği üzere insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasını ve geliştirilmesini, somut ve pratik hakların etkili bir şekilde savunulmasını sağlamaktır.⁹⁸ Sözleşmenin öncelikli amaçlarından bir diğeri, Sözleşme metninin taraf devletler tarafından uygulanmasıdır. Bu noktada devletlerin AİHS’ye uygun olarak hareket edip etmedikleri, AİHM önüne gelen başvurular ile denetlenmektedir. AİHM bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni günün koşullarına göre yorumlayan etkili bir yargı organıdır.

Sözleşmenin 70 yılı aşkın bir süre önce hazırlanmış olması, günümüzde ortaya çıkan ve Sözleşme tarihinde öngörülemeyen problemlerin ve gelişmelerin takip edilmesi bakımından yorumlanmasını gerektirmektedir. Sözleşmenin uygulanmasının temel yapı taşı olan AİHM, Sözleşmeyi uygularken günün koşullarını, Avrupa kıtasında oluşan mutabakatı ve zaman faktörleri gibi pek çok kriteri dikkate almaktadır. Ayrıca Mahkeme önüne gelen her başvuruyu kendi özelinde değerlendirerek karar vermektedir. Bu nedenle AİHM’nin benzer konulara yaklaşımı zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir.

Nefret söylemi konusu AİHS’nin yapılış aşamasında üzerinde spesifik olarak düşünülmüş bir alan değildir. Bu nedenle AİHS ve protokollerinde nefret söylemine ilişkin açık bir hüküm henüz bulunmamaktadır. Sözleşme bu nedenle, devletlere nefret söylemini yasaklamaya ilişkin olarak bir yükümlülük getirmemektedir.⁹⁹ Ancak Sözleşmeyi yorumlayan Mahkeme nefret söylemini, temel olarak ifade özgürlüğü ve Sözleşmenin sosyal barış, ayrımcılık yapmama ve hoşgörü gibi değerlerine aykırı bir kavram olarak görmektedir.¹⁰⁰ Mahkeme nefret içerikli ya da antidemokratik söylemler konusundaki her düşüncenin korunamayacağını ve en gelişmiş demokrasilerde dahi ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı görüşündedir.¹⁰¹

⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 29.03.2020.

⁹⁹ Halit Yılmaz, *İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 75.

¹⁰⁰ Robert Karlis Sedols, “Hate Speech As Limitation to Freedom of Expression”, *Riga Graduate School of Law (Bachelor Thesis)*, Riga, 2018, s. 23.

¹⁰¹ İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Bs., Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 639.

AİHS ve protokollerinde her ne kadar nefret söylemine ilişkin bir tanım yapılmamış olsa da AİHM kararlarında çalışmanın 1. bölümde açıklanmış olan uluslararası belgelerdeki nefret söylemi tanımlarına ve düzenlemelerine sıklıkla atıfta bulunmaktadır. AİHM nefret söylemini, terimsel olarak ilk kez 1999 yılında *Sürek v. Türkiye (No. 1)*¹⁰² başvurusunda kullanmıştır. Mahkeme yakın zamandaki bir başvuruda ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Nefret Söylemi konulu (97) 20 sayılı kararındaki nefret söylemi tanımına atıfta bulunmuştur.¹⁰³ Ancak AİHM önüne gelen her davayı kendi özelinde analiz ederek karar vermekte bu nedenle gerekçelerini ve gelecekteki içtihatlarını sınırlayacak tanımlardan kaçınmaktadır. Mahkeme ayrıca ulusal mahkemelerin nefret söylemi olarak kabul etmediği ifadeleri de sınırlandırabilmektedir.¹⁰⁴ Bu nedenlerle Mahkeme'nin halen nefret söylemine ilişkin yaptığı özgün bir tanımı bulunmamaktadır.

Nefret söylemi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü ile bireylerin ayrımcılığa uğramama hakkı arasında bir çatışma yaşanmaktadır. Bu bağlamda AİHM nefret söylemini, doğrudan bir zarar doğuran bir kavram görmektedir.¹⁰⁵ Mahkeme nefret söylemi olarak nitelendirilen ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağını belirtmektedir.¹⁰⁶ Diğer bir deyişle nefret söylemi Sözleşme kapsamında hiçbir şekilde korunmamaktadır. Ancak Mahkeme, nefret söylemi ile ilgili bir çatışma durumu ortaya çıktığında iki farklı yol izlemektedir. Mahkeme bazı durumlarda nefret söylemini ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması olarak görmek ve AİHS'nin hakkın kötüye kullanılmasının düzenlendiği 17. maddesini uygulayarak nefret söylemini ifade özgürlüğü korumasından çıkartmaktadır. Diğer taraftan Mahkeme bir diğer yöntem olarak nefret söylemini, ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. maddede yer alan sınırlama şartlarına tabi tutarak

¹⁰² *Sürek v. Türkiye (No. 1)*, Başvuru No: 26682/95, 8 Temmuz 1999.

¹⁰³ *Gündüz v. Türkiye*, Başvuru No: 35071/97, 4 Aralık 2003, §22.

¹⁰⁴ Erhan Tanju, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 225.

¹⁰⁵ Kerem Altıparmak, *Kutsal Değerler Üzerine Tezler ve İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007, s. 92.

¹⁰⁶ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, Avrupa Konseyi, 2013, s. 189.

değerlendirmektedir. AİHM, AİHS'nin temel değerlerine saldırı ve nefret söylemi dışında ise ifade özgürlüğünü mümkün olduğunca geniş yorumlamaktadır.¹⁰⁷

Her iki halde de nefret söylemi korunan bir söylem olmasa da Mahkeme'nin hangi maddeyi kullandığı, sonuç açısından önem taşımaktadır. Keza nefret söylemi 10. madde kapsamını dışına alarak hak kaybı sonucunu, 17. madde kapsamında ise hakkın reddedilmesi sonuçlarını taşımaktadır. 10. ve 17. maddelerin başlıkları altında inceleme yapılacağından konuya ilişkin bu başlık altında daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

Aşağıdaki başlıklar altında öncelikle AİHM'nin hangi durumlarda 10. veya 17. maddelerin uygulandığı, maddelerin uygulanma biçimleri ve şartları, bu maddelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunsallar, her iki maddenin uygulanmasındaki yararlar ve sakıncalar incelenerek AİHM'nin nefret söylemine yaklaşımı ortaya konulacak ve ardından AİHM'nin nefret söylemine yaklaşımına karşı eleştirilere yer verilecektir.

2.2.1. 17. MADDE KAPSAMINDA NEFRET SÖYLEMİ

Uluslararası insan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına yasak getirilmesi düşüncesi İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkmıştır. İlk olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesine¹⁰⁸ eklenen hakkın kötüye kullanılması yasağı daha sonraları çeşitli bölgesel ve uluslararası insan hakları belgelerine de eklenmiştir.

İkinci Dünya Savaşı döneminde Avrupa'da nasyonal sosyalist ve faşist partiler, ülkelerinin anayasalarında tanıdığı hak ve özgürlüklerden istifade ederek iktidara gelmiş, ardından bu hak ve özgürlükleri suiistimal ederek yok etmişlerdir. Devletler bu deneyimlerden yola çıkarak Nazizm, faşizm ve komünizm gibi totaliter rejimlere karşı demokrasiyi ve demokratik düzeni korumak amacıyla hakkın kötüye

¹⁰⁷ Mehmet Emin Çağırın, **a.g.e.**, s. 365.

¹⁰⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Madde 30 şöyle düzenlenmiştir: *“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 gerektirir mahiyette yorumlanamaz.”*, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, 07.04.2020.

kullanılması yasağını AİHS'ye dahil etmişlerdir. Bu kapsamda 17. maddenin genel amacı totaliter ya da aşırılık yanlısı grupların Sözleşme tarafından sağlanan hak ve özgürlüklerini yok etmek ya da kendi lehlerine kullanmalarını önlemektir.¹⁰⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinden alınan, AİHS'nin 17. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı şöyle düzenlenmiştir:

“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”¹¹⁰

17. madde AİHS metnine ve ruhuna aykırı olan eylemlerin, kişiler ve devletlerce kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla tasarlanmış bir güvenlik mekanizmasıdır. Maddenin amacı demokrasiye zarar veren, temel hak ve özgürlükleri yok eden veya gereksiz yere kısıtlayan devlet, grup ya da kişilerin eylem ve faaliyetleriyle mücadele etmektir.¹¹¹ 17. maddenin bu bağlamda dikkat çeken özelliği, kötüye kullanım yasağının hem devletler hem de gruplar ve kişiler bakımından yasaklanmış olmasıdır.¹¹²

AİHM önüne gelen başvurularda 17. madde hem devletler hem de bireyler tarafından öne sürülebildiği gibi Mahkeme de söz konusu maddeyi re'sen dikkate alabilmektedir. Maddenin devletler bakımından iki önemli etkisi bulunmaktadır. İlk önemli etki, Sözleşmeye taraf devletlerin Sözleşme kapsamına alınan hak ve özgürlükleri yok etmek için herhangi bir hükmü kullanmalarının engellenmesidir. İkinci önemli etkisi ise taraf devletlerin Sözleşmede korunan hak ve özgürlükleri Sözleşmede öngöröülenden daha fazla sınırlayamamalarının güvence altında alınmasıdır. Gruplar ve bireyler açısından ise 17. madde, Sözleşmede kötüye kullanılabilir nitelikteki hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunmalarını imkânsız hale getirmektedir.¹¹³

¹⁰⁹ Paksas v. Litvanya (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 34932/04, 6 Ocak 2011, §87.

¹¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 17. maddesi, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 29.03.2020.

¹¹¹ Bîrsan v. Romanya, Başvuru No: 79917/13, 2 Şubat 2016, §71.

¹¹² Mustafa Erdoğan, **a.g.e.**, s. 166.

¹¹³ Council of Europe, “Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of Abuse of Rights”, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf, 07.04.2020.

Sözleşmenin yapılış aşamasında totaliter rejimlerin yeniden aynı faaliyetlerde bulunarak temel hak ve özgürlükleri yok etmesini önlemeyi amaçlayan 17. madde, günümüzde artık nefret¹¹⁴, şiddet¹¹⁵, yabancı düşmanlığı ve ırk ayrımcılığı¹¹⁶, antisemitizm¹¹⁷, islamofobi¹¹⁸, terörizm ve savaş suçları¹¹⁹, holokost, holokost veya savaş mağdurlarına hakaret¹²⁰, demokrasi ile bağdaşmayan siyasi fikir ve rejimler¹²¹ gibi konuları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.

17. madde Sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerin amaçlarına uygun kullanılmaması ya da hakkın başkasına zarar verme amacı ile kullanılması halinde gündeme gelmektedir. Bununla birlikte 17. madde tek başına uygulanabilir bir madde olmadığı gibi Sözleşmede yer alan bir hak ve özgürlüklerin tamamı kötüye kullanılabilir nitelikte değildir. AİHM, *Lawless v. İrlanda*¹²² başvurusunda özgürlük ve güvenlik hakkı (5. madde) ile adil yargılanma hakkının (6. madde) nitelik itibarıyla kötüye kullanılamayacaklarını, ifade özgürlüğü (10. madde) ile toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün (11. madde) ise kötüye kullanılmaya elverişli olduğunu tespit etmiştir.¹²³

17. maddenin AİHM tarafından davaya uygulanması halinde Sözleşmedeki temel hak veya özgürlüğü kötüye kullanan kişi, Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanamaz. Bu durumda AİHM tarafından, başvuru hakkında 17. maddeye dayanarak kabul edilemezlik kararı verilir. Bununla birlikte AİHS’de 17. maddenin tam olarak nasıl uygulanması gerektiği öngörülmemiştir. AİHM içtihadı incelendiğinde, Mahkeme’nin 17. maddeyi birbirinden farklı şekilde ve başvurunun farklı aşamalarında kullandığı görülmektedir.

¹¹⁴ Perinçek v. İsviçre (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 27510/08, 15 Ekim 2015, §115.

¹¹⁵ Kaysmakhunov ve Saybalatov v. Rusya, Başvuru No: 26261/05 ve 26377/06, 14 Mart 2013, §106.

¹¹⁶ Jersild v. Danimarka (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 15890/89, 23 Eylül 1994, §35.

¹¹⁷ W.P. vd. v. Polonya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 42264/98, 2 Eylül 2004.

¹¹⁸ Norwood v. Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 23131/03, 16 Kasım 2004, AİHM 2004-XI.

¹¹⁹ Orban vd. v. Fransa, Başvuru No: 20985/05, 15 Ocak 2009, §35.

¹²⁰ Lehideux ve Isorni v. Fransa, Başvuru No: 24662/94, 23 Eylül 1998, §47.

¹²¹ Vajnai v. Macaristan, Başvuru No: 33629/06, 8 Temmuz 2008, §25.

¹²² Lawless v. İrlanda (No. 3), Başvuru No: 332/57, 1 Temmuz 1961.

¹²³ A.g.k., §7.

AİHM ifade özgürlüğü ve nefret söylemi ilişkisi kapsamında 17. maddeyi doğrudan veya 10. maddenin 2. fıkrasının hükümlerini dengeleme sürecinde dolaylı olarak kullanmakta, ancak bazı başvurular incelendiğinde 17. madde uygulanabilecekken Mahkeme'nin bu maddeyi kullanmadığı veya başvurudaki durumun 17. maddenin devreye girmesini gerektirecek ağırlıkta olmadığı durumlar da söz konusu olmaktadır. Çalışmanın bu başlığı altında öncelikle 17. maddenin Mahkeme tarafından doğrudan ve dolaylı uygulamalarının üzerinde daha çok durulmak üzere 17. maddenin uygulanma şekilleri açıklanacak ve AİHM içtihadından örnekler sunulacak, ardından nefret söylemi ve 17. madde kullanımı incelenecek ve maddeye ilişkin eleştiriler sunulacaktır.

2.2.1.1. 17. Maddenin Doğrudan Kullanılması

17. maddenin doğrudan uygulanması, bu madde uyarınca başvurunun Sözleşmenin koruma kapsamının dışında kaldığı ve bu nedenle kabul edilemez olduğu anlamına gelmektedir.¹²⁴ Bu durumda Mahkeme başvurunun hukuki dayanaktan yoksun olduğunu beyan eder. 17. maddenin doğrudan uygulanması Sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklerin yok edilme tehdidi ve tehlikesini sona erdirmektedir. Maddenin doğrudan uygulanması halinde başvuru kabul edilebilirlik aşamasında reddedilmekte, böylece Mahkeme davanın esasına ilişkin daha fazla inceleme yapmamaktadır.¹²⁵ Doğrudan uygulama, yargılamayı kabul edilebilirlik aşamasında sona erdirdiği için doktrinde 17. maddenin “*giyotin etkisi*”¹²⁶ olarak da adlandırılmaktadır.

17. maddenin doğrudan uyguladığı ilk dava 1957 yılında *Alman Komünist Partisi v. Almanya*¹²⁷ başvurusudur. 1956 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Alman Komünist Partisi'nin özgür demokratik düzene karşı tehdit oluşturduğunu ve anayasaya aykırı olduğunu ilan etmesi üzerine Alman Komünist Partisi, ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü haklarının ihlal edildiği yönündeki

¹²⁴ Paulien Elsbeth de Morree, **Rights and Wrongs Under the ECHR**, Utrecht, Intersentia, School of Human Rights Research Series, Vol. 78, 2016, s. 84.

¹²⁵ İlyas Doğan, “**İnsan Hakları Hukuku**”, s. 710.

¹²⁶ Johan Vande Lanotte, Yves Haeck, **Handboek EVRM**, Oxford, Intersentia, 2005, s. 249.

¹²⁷ German Communist Party v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 250/57, 20 Temmuz 1957.

itirazlarını Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na taşımıştır. Komisyon kararında, komünist doktrin tarafından savunulan asıl konulardan birisinin proletarya diktatörlüğü olduğunu, bir rejimin kurulması için bir diktatörlüğe başvurmanın temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini içerdiğinden Sözleşme ile bağdaşmadığını ve başvurunun kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir.

17. maddenin totaliter rejimlere ve bu rejimlerin temel hak ve özgürlükleri yok etme girişimlerini engelleme yönündeki amacına bakıldığında Komisyon'un 17. maddenin doğrudan uygulanmasını şaşırtıcı değildir. Keza AİHS'nin düzenlendiği dönem içerisinde, Avrupa'nın sadece Nazizm'den değil aynı zamanda komünist totaliter bir yapıdan da korunması amaçlanmakta idi.

Komisyon'un 17. maddeyi doğrudan uyguladığı ikinci karar ise *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda*¹²⁸ davasıdır. Olayda, Hollanda Halk Birliği Partisi lideri olan başvurucu, ırk ayrımcılığını tahrik edici mahiyette olan bildirileri dağıtmak amacıyla bulundurması nedeniyle 2 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Komisyon kararında, ifade özgürlüğü kullanımının ödev ve sorumluluklarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komisyon başvurusunun “*Beyaz Hollanda Halkı*” başlıklı bildirisinin içeriğinin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve AİHS'nin metnine ve ruhuna aykırı olduğunu belirterek 17. madde karşısında ifade özgürlüğüne dayanamayacağını ifade etmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda kararı, ırkçı nefret söylemi ve ırk ayrımcılığının AİHS dışında bırakılması bakımından önemli bir karardır. Ayrıca Komisyon'un Sözleşmenin metnine ve ruhuna zıt düşen ifadeleri 17. madde kapsamı dışında tutarak ilk defa totaliter bir rejim haricinde 17. maddeyi doğrudan uygulaması bakımından da bu karar önem arz etmektedir.

Komisyon'un ardından AİHM'nin 17. maddenin doğrudan uygulandığı ilk dava 2003 yılında karara bağlanan *Garaudy v. Fransa*¹²⁹ başvurusudur. “*İsrail*

¹²⁸ Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 8406/78 ve 8348/78, 11 Ekim 1979.

¹²⁹ Garaudy v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 65831/01, 14 Haziran 2003.

Politikasının Kurucu Mitleri” isimli kitabında Holokost’un ve Nazilerin gaz odalarının birer mit olduğunu iddia eden Filozof Garaudy, Fransa Mahkemeleri’nin hakkında mahkûmiyet kararı vermesinin üzerine ifade özgürlüğünün ihlali hususunda AİHM’ye başvurmuştur. Mahkeme kararında Holokost gibi tarihsel gerçekliği sabit olayların inkârının 10. madde korunmasından yararlanamayacağını vurguladıktan sonra Holokost inkârının Yahudilere karşı en kötü ırksal karalama ve nefret teşviki olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre Holokost inkârı; antisemitizm ve ırkçılığa karşı mücadeleyi de zayıflatmaktadır.

Bu karar ile 17. maddenin giyotin etkisini kullanan Mahkeme, Holokost inkârını kendine özgü bir nefret söylemi olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.¹³⁰ Bununla birlikte Holokost inkârı veya revizyonu konulu davalar bakımından Garaudy başvurusu, AİHM önüne gelen ilk dava değildir. Garaudy davası öncesinde 1980’lerin sonuna kadar Holokost inkârına ilişkin davalar hakkın kötüye kullanılması kapsamı dahiline alınmamıştır. Komisyon çeşitli durumlarda 17. maddeye değinmeden ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kapsamında kararlar vermiştir.¹³¹ Holokost inkârının, Yahudilere karşı nefret söylemi oluşturmalarının kabulü bu bağlamda doktrinde, inkârın zararlı sonuçları hakkında 1980 ve 1990’larda artan bilincin bir sonucu olarak görülmektedir.¹³² 1988 *Kühnen v. Almanya*¹³³ başvurusu ile birlikte Holokost inkârı ve revizyonu konularında dolaylı olarak kullanılmaya başlanan 17. madde, Garaudy davasında uygulanan giyotin etkisiyle birlikte Holokost inkârı konusunda yeni bir dönem başlatmış gibi görünmektedir.

AİHM’nin Holokost’un inkârına yönelik bu tavrını Garaudy davasının ardından *Witzsch v. Almanya (No. 2)*¹³⁴ başvurusunda da sürdürdüğü görülmektedir. Hitler ve Nazilerin, Yahudilerin toplu katliamlardaki sorumlulukları ile alakalı makale yazan bir profesöre özel bir mektup yazan başvuru Witzsch, bu ifadeleri, yanlış ve

¹³⁰ Osman Serkan Gülfidan, *İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s. 48.

¹³¹ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, *a.g.e.*, s. 60.

¹³² Antoine Buyse, “The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR”, *Shaping Rights in the ECHR*, Ed. Eva Brems and Jannake Gerards, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 195.

¹³³ *Kühnen v. Almanya* (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 12194/86, 12 Mayıs 1988.

¹³⁴ *Witzsch v. Almanya (No. 2)* (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 7485/03, 13 Aralık 2005.

tarihsel olarak sürdürülemez olarak nitelendirmiştir. Yerel mahkemede ölen kişinin onurunu küçümsemekten suçlu bulunan Witzsch, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, Garaudy davasından altı yıl sonra önüne gelen Holokost inkârı ve revizyonu konulu bu başvuruya da 17. maddeyi doğrudan uygulamış, başvurucunun ifadelerini Sözleşme metnine ve ruhuna aykırı olduğunu ifade ederek, 17. madde uyarınca söz konusu ifadelerin Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir.¹³⁵ Görüldüğü üzere AİHM sadece açık bir şekilde yapılan Holokost inkârını değil, aynı zamanda Holokost ile ilgili tarihsel olayların herhangi bir revizyonunu yahut önemsizleştirilmesini de 17. maddenin doğrudan kullanılması kapsamına almaktadır. Keza Witzsch davasında başvuru ne Holokost'u ne de gaz odalarının varlığını reddetmiştir. Bununla birlikte Yahudilerin toplu olarak öldürülmesinin planlanmasını yanlış ve tarihsel olarak sürdürülemez olduğunun ifade edilmesi Mahkeme tarafından Holokost inkârı ile eşit derecede önemli sayılmıştır. Ayrıca bu davada ifadelerin yer aldığı mektubun özel bir mektup olma niteliği de AİHM için önemsiz görülmektedir.

Mahkeme Holokost inkârına yönelik son yıllarda bir başka önemli karar daha vermiştir. *M'Bala M'Bala v. Fransa*¹³⁶ başvurusu Yahudi kökenli kişilere yönelik hakaretten hüküm giyen komedyen ve siyasi aktivist Dieudonné ile ilgilidir. Dieudonné, bir komedi şovu sırasında Holokost inkârından hüküm giyen Faurisson isimli kişiye üç dallı bir şamdan ödül vermiştir. Bu ödül, Yahudileri sürgün eden kişiler gibi giyinmiş bir aktör tarafından verilmiştir. Sahne şovu sırasında ve konuşmalar esnasında Holokost'tan açıkça bahsedilmemiş olmasına rağmen AİHM, olayın koşullarına dayanarak nefret ve antisemitizmin sergilendiği ve Holokost'un sorgulandığı sonucuna varmıştır. AİHM için sanatsal bir üretim altında gizlenen nefret dolu ve Yahudi karşıtı bir tutum en az doğrudan yapılan bir saldırı kadar tehlikeli olarak görülmektedir.¹³⁷ Mahkeme rahatsız edici bulduğu bu sahneyi 10. maddenin ifade özgürlüğü hakkının korunmasının dışında bırakmış ve 17. maddeyi doğrudan uygulamıştır.

¹³⁵ A.g.k., §3.

¹³⁶ M'Bala M'Bala v. Fransa, Başvuru No: 25239/13, 20 Ekim 2015.

¹³⁷ Paulien Elsbeth de Morree, a.g.e., s. 35.

Mahkeme'nin 17. maddeyi inanç temelli nefret söylemi için uyguladığı bir önemli karar ise *Norwood v. Birleşik Krallık*¹³⁸ davasıdır. Bu davada başvuru evinin penceresine yanan ikiz kuleler resmi ile birlikte “İslam İngiltere’den Dışarı, İngiliz İnsanlarını Korumak” yazısı ve üzerinde çarpı işareti bulunan hilal ile yıldız sembolü poster asması üzerine yerel mahkeme tarafından para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru ifade özgürlüğünün ihlal edildiği şikâyeti ile AİHM’ye başvurmuştur. Mahkeme davanın kabul edilebilirlik incelemesinde posterdeki sözler ve görüntülerin İngiltere’deki tüm Müslümanlara yönelik genel bir saldırı niteliği taşıdığını ifade etmiş ve eklemiştir:

*“Dini bir gruba karşı, grubu bir bütün olarak ciddi bir terör eylemiyle ilişkilendiren böyle bir genel, şiddetli saldırı özellikle hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasağı gibi sözleşme tarafından garanti altına alınan değerlerle bağdaşmaz. Başvurucunun penceresindeki posterini göstermesi, 17. madde bağlamında olup başvuru 10. veya 14. maddelerin korunmasından yararlanamaz.”*¹³⁹

Mahkeme, posterin bölgede herhangi bir şiddeti kışkırtmamasına ya da bölgede ırksal veya dini bir gerileme sebep olamamasına rağmen 17. maddeyi doğrudan uygulanmıştır. Mahkeme'nin bu tespiti Buyse tarafından sonuçlardan ziyade niyetlerin belirleyici olduğu şeklinde eleştirilmiştir.¹⁴⁰ Bu durum, Mahkeme'nin nefret söylemini doğrudan bir zarar olarak görmesi ve tek başına müdahale edilmesi gereken bir eylem kabul etmesi ile açıklanabilir. Dolayısıyla Mahkeme'nin şiddete teşvik içermemesine rağmen nefret söylemi konularında 17. maddeyi doğrudan uygulaması şaşırtıcı değildir.

AİHM etnik köken temelli nefret söylemine ilişkin verdiği 2007 tarihli *Ivanov v. Rusya kararı*¹⁴¹ da, Norwood kararında olduğu gibi ifadenin bağlamını değerlendirmeden kabul edilebilirlik aşamasında 17. maddeyi uygulamış ve başvuruyu konu bakımından yetersiz bulmuştur. Bu davada Ivanov, Yahudilerin ülkedeki kötülüklerin kaynağı olduklarını ve sosyal yaşamdan dışlanmaları gerektiğini savunan bir dizi yazıyı gazetede yayımlaması ardından aldığı para cezası nedeniyle ifade

¹³⁸ Norwood v. Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 23131/03, 16 Kasım 2004.

¹³⁹ A.g.k.

¹⁴⁰ Antoine Buyse, “The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR”, s. 196.

¹⁴¹ Pavel Ivanov v. Rusya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 35222/04, 20 Şubat 2017.

özgürlüğünün hakkının ihlal edildiği şikayetiyle AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, Norwood kararına benzer bir ifade kullanarak; bir etnik gruba yönelik genel ve şiddetli bir saldırının hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yapmama gibi Sözleşmenin altında yatan değerlerle çeliştiğini ifade etmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme inanç temelli nefret söylemine ilişkin bir diğer güncel kararını 2017 tarihli *Belkacem v. Belçika*¹⁴² başvurusunda vermiştir. Belkacem, “*Belçika için Şeriat*” isimli örgütün lideri olarak gayrimüslim gruplar ve şeriat ile ilgili Youtube videolarında ayrımcılığa, nefrete ve şiddete teşvik ettiği gerekçesiyle hüküm giymiş ve bunun üzerine AİHM'ye ifade özgürlüğünün ihlali itirazları ile başvuruda bulunmuştur. Başvurucu başkalarını nefret, şiddet veya ayrımcılığa kışkırtmayı amaçlamadığını sadece fikir ve görüşlerini yaymayı amaçladığını, sözlerinin ifade ve din özgürlüğünün bir tezahürü olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurucunun görüşlerinin güçlü bir şekilde nefret uyandırıcı niteliğe sahip olduğunu, izleyicileri Müslümanların gayrimüslimlere karşı üstün gelmeye davet ettiğini belirtmiş ve Ivanov kararında ifade ettiği gibi böyle genel ve şiddet içerikli saldırıların Sözleşmenin altında yatan değerlerle bağdaşmadığını ifade etmiştir.¹⁴³ Mahkeme ayrıca şeriatı kurmak için şiddete başvuran savunuların nefret söylemi olarak kabul edilebileceğini ve Sözleşmeye taraf devletlerin dini köktencilığe dayalı siyasi hareketlere karşı çıkmaya yetkili olduklarını belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesinin gerçek amacının saptırılmaya çalışılması nedeniyle başvurucunun maddenin korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir.

AİHM nefret söylemi kararları dışında şiddete teşvik ve terör aktivitelerini destekleme konularında da 17. maddeyi doğrudan uygulamıştır.¹⁴⁴ AİHM kararları incelendiğinde Mahkeme'nin nefret söylemine olan yaklaşımı 17. maddenin doğrudan uygulanması ile birlikte sert bir görünüm kazanmaktadır. İfade özgürlüğü kapsamında başvurucunun konumu, ifadenin niteliği ve bağlamı gibi konular detaylı bir

¹⁴² Belkacem v. Belçika, Başvuru No: 34367/14, 24 Haziran 2017.

¹⁴³ A.g.k., §33.

¹⁴⁴ Hizb Ut Tahrir vd. v. Almanya, Başvuru No: 31098/08, 12 Haziran 2012, Kasymakhunov ve Saybatalov v. Rusya, Başvuru No: 26261/05 ve 26377/06, 14 Mart 2013, Roj TV A/S v. Danimarka, Başvuru No: 24683/14, 17 Nisan 2018.

incelemeye tutulmadan nefret söylemi tespitiyle birlikte başvurular Sözleşmenin altında yatan değerlere aykırılık nedeniyle kabul edilemez olarak görülmektedir. Her ne kadar bu yaklaşım Mahkeme'nin nefret söyleminin yarattığı veya yaratabileceği zararların farkındalığını ve önemini vurgulasa da nefret söylemi tespitinin her zaman net bir şekilde yapılamaması, ifadelerin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlandırma şartlarına bakılmaksızın ve zaman, yer, kişi gibi faktörler incelenmeksizin kabul edilebilirlik aşamasında değerlendirilmesini yerinde değildir. Temel hak ve özgürlüklerin çatıştığı konularda hakların dengelenmesi sürecini içermeyen 17. maddenin bu uygulaması isabetli değildir. Keza 17. maddenin doğrudan uygulanması halinde davanın esas aşamasına geçmesi engellenmektedir. Maddenin doğrudan uygulanması, başvuruçunun hak yitimine neden olacağından bu bağlamda daha dikkatli bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

17. maddenin doğrudan uygulamasının ardından aşağıda AİHM'nin bu maddeyi nefret söylemine ilişkin olarak dolaylı bir şekilde kullandığı kararlarına yer verilecektir.

2.2.1.2. 17. Maddenin Dolaylı Olarak Kullanılması

17. maddenin dolaylı olarak uygulanması, davanın ifade özgürlüğünün sınırlandırılması koşullarında incelenirken, 10. maddenin sınırlama hükümleri uyarınca hak ve çıkarların dengelenmesi ışığında bir yorum aracı olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda AİHM içtihadına bakıldığında 17. maddenin dolaylı olarak kullanımına, doğrudan kullanımına göre daha sık rastlanmaktadır. AİHM devlet tarafından gerçekleştirilen müdahalenin demokratik toplumda bir gereklilik olup olmadığının değerlendirmesini yaparken 17. maddeye bir yorum aracı olarak başvurur. Buyse, bu tür davalarda 17. maddenin yargı pusulasının iğnesini bir yöne doğru çeken güçlü bir manyetik kutup görevi üstlendiğini ifade etmiştir.¹⁴⁵ Bir diğer deyişle 17. maddenin dolaylı olarak uygulanması, doğrudan uygulanması kadar güçlü bir etkiye sahip olmasa da Mahkeme'nin karar vermesinde etkili olan bir kullanım türünü oluşturmaktadır.

¹⁴⁵ Antoine Buyse, "The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR", s. 198.

17. maddenin dolaylı kullanımı, maddenin uygulanmasının zayıf ya da yumuşak kullanım şekli olarak da adlandırılmaktadır.¹⁴⁶ 17. maddenin dolaylı olarak kullanılmasının doğrudan kullanımı arasında küçük bir farkın olması nedeniyle maddenin uygulanması bakımından doktrinde tartışmalara yol açmaktadır. 17. maddenin dolaylı kullanımı, doğrudan uygulamasının getirebileceği tehlikelerden daha az endişe uyandırdığı, devlet müdahalesinin orantılılığı ve hak çatışmasının dengelenmesi sürecinde devletlerin aşırı uygulamalarını engelleme sürecinde etkili olabilmesi bakımından yararlı görülmektedir.¹⁴⁷ Diğer görüş ise, 17. maddenin dolaylı uygulanması ile doğrudan uygulanması arasında önemli bir farkın olmadığını, müdahalenin demokratik bir toplumda çatışan haklar konusunda davayı kendi bağlamı içinde değerlendirmeden ve hak çatışmalarını dengelemeden, tüm olgusal ve yasal unsurları incelemeyen kullanılmasının 17. maddenin giyotin etkisine benzediğini savunmaktadır.¹⁴⁸ Bu görüşe göre nefret söyleminin biçimleri sadece resmi bir sıfat altında 10. madde kapsamına alınmakta ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki ispatlar 17. maddenin dolaylı kullanılması nedeniyle gereksiz hale getirilmektedir.

17. maddenin 10. madde ile birlikte yorum aracı olarak kullanılması, özellikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarında görülmektedir. 17. maddenin dolaylı olarak kullanılmasına ilk örnek 1988 tarihli *Kühnen v. Almanya*¹⁴⁹ başvurusudur. Kühnen, Alman Nazi Partisi'ni yeniden kurmak iddiasıyla anayasa dışı bir örgüt ile ilgili propaganda yaptığı için üç yıldan fazla hapis cezasına çarptırılmış, ifade özgürlüğü ihlaline yönelik itirazlarına Komisyon'a iletmıştır. Komisyon başvurusu, 10. madde uyarınca incelemeye aldıktan sonra 10. maddenin 2. fıkrasına göre müdahalenin gerekliliği ile ilgili olarak 17. maddeye atıfta bulunmuştur. Sonuç olarak Komisyon Kühnen'in yayınlarının ırk ve dini ayrımcılığı tetikleyebileceğini, Yahudi karşıtı duyguları canlandırabileceğini, başvurunun Sözleşmenin metnine ve ruhuna aykırı faaliyetler için kullanılmaya çalışıldığını tespit etmiş ve devletin müdahalesinin

¹⁴⁶ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 85; Antoine Buyse, "The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR", s. 198.

¹⁴⁷ Jochen A. Frowein, "How to Democracy From Itself", **İçinde The Progression of the International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights**, Ed. Yoram Dinstein, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 167.

¹⁴⁸ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁴⁹ Kühnen v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 12194/86, 12 Mayıs 1988.

demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna vararak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Komisyon, Holokost inkârı ya da revizyonu gibi konularda Kühnen başvurusuna benzer olarak 17. maddenin dolaylı uygulamasına vermiştir.¹⁵⁰ Bu başvurular da 10. madde kapsamında incelemeye alınmış ancak 17. maddeye atıf yapılarak müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ifade edilerek başvurular kabul edilemez bulunmuştur.

Komisyon *Remer v. Almanya*¹⁵¹ başvurusunda, Alman halkında Yahudilere karşı nefreti kışkırttığı için başvuranın Nazi rejimi altında toplama kamplarındaki gaz odalarının varlığını reddeden yayınlarının yasaklanmasının demokratik bir toplumda daha ağır bastığını vurgulamış, böyle durumlarda müdahalenin ilgili ve yeterli nedenleri olduğunu ifade etmiştir. Komisyon başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğini vurgulayarak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Remer ve diğer birçok davada olduğu gibi Holokost inkârı ya da revizyonu konularının Mahkeme veya Komisyon tarafından 17. maddenin doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanması isabetli değildir. Her ifade kendi içinde gerçek veya sembolik bir değere sahip olmakla birlikte Mahkeme'nin benzer konularda ifadenin bağlamını değerlendirmeden 17. maddeyi sistematik ve soyut olarak uygulaması ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına yeterince cevap vermemektedir.¹⁵²

17. maddenin dolaylı olarak uygulanmasına bir başka örnek olan *Schimanek v. Avusturya*¹⁵³ başvurusunda ise Mahkeme, 17. maddeye sadece atıfta bulunarak devlet müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir. Bu davada Schimanek, Nasyonal Sosyalizmin önde gelen aktif bir destekleyicisi olması nedeniyle mahkûm edilmiştir. AİHM başvurucunun ifade özgürlüğü ihlali iddialarına yönelik

¹⁵⁰ D.I v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 26551/95, 26 Haziran 1996, F.P. v. Almanya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 19459/92, 29 Mart 1993, Marais v. Fransa (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 31159/96, 24 Haziran 1996, Nachtmann v. Avusturya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 36773/97, 9 Eylül 1998, Rebhandl v. Avusturya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 24398/94, 16 Ocak 1996, Walendy v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 21128/93, 11 Ocak 1995.

¹⁵¹ Remer v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 25096/94, 6 Eylül 1995.

¹⁵² Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁵³ Schimanek v. Avusturya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 32307/96, 1 Şubat 2000.

kararında ise Nasyonal Sosyalizmin 17. maddede bulunan yasaklanan amaçlara yönelik bir totaliter doktrin olduğunu ifade etmiş ve devletin müdahalesinin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan şartlara uygun olduğuna karar vermiştir. 17. maddenin uygulandığı diğer davalarda olduğu gibi bu davada da ifadenin bağlamı ve diğer koşullar değerlendirilmemiştir.

17. maddenin dolaylı veya doğrudan uygulamalarının belirsizliğine önemli bir örnek teşkil eden bir diğer karar ise *Witzsch v. Almanya (No. 1)*¹⁵⁴ başvurusudur. Bu davada Witzsch, Yahudilerin öldürüldüğü gaz odalarında toplu katliamların gerçekleştiği ve bunların tarihsel birer yalan olduğuna dair söylemlerde bulunması üzerine Avusturya Mahkemelerince hüküm giymiştir. Witzsch yerel mahkemenin bu kararı üzerine ifade özgürlüğünün ihlal edildiği itirazları ile AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme kararında Holokost gibi gerçekliği sabit olan tarihsel olayların reddedilmesinin 17. madde kapsamında 10. madde korumasından yararlanmayacağını hatırlatmasına rağmen davayı ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kapsamında incelemeye devam etmiştir. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyet nedenlerinin ilgili ve yeterli olduğunu bu nedenle devlet müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiş ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu beyan etmiştir. Holokost inkârının 17. madde kapsamında değerlendirildiğini sıklıkla ifade eden Mahkeme, bu davada 17. maddeyi sadece bir yorum aracı olarak kullanmıştır.

Witzsch, ilk davasından yalnızca 6 sene sonra yukarıda açıklanan başvuru ile (*Witzsch v. Almanya No. 2*) AİHM'nin önüne yeniden çıkmış, Mahkeme bu defa 17. maddeyi doğrudan uygulayarak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bu iki başvuru kendi özelinde değerlendirildiğinde ilk başvuruda Holokost inkârını açıkça dile getiren başvurucuya 17. maddenin dolaylı olarak uygulanırken, ikinci başvuruda “Nazilerin Yahudi soykırımındaki sorumluluklara ilişkin ifadeleri yanlış ve tarihsel olarak sürdürülemez.” ifadelerine maddenin doğrudan uygulanması isabetli değildir. Bu başvurulara 17. madde uygulanacak ise ilk davaya doğrudan ikinci davaya ise dolaylı olarak uygulanmalı idi. AİHM'nin aynı başvurucuya ait benzer konularda

¹⁵⁴ Witzsch v. Almanya (No. 1) (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 41448/98, 20 Nisan 1999.

vermiş olduğu bu iki çelişkili karar, Mahkeme'nin 17. maddenin uygulanmasında belirsiz ve sistematik olmayan bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir.¹⁵⁵

Öte yandan doktrinde, 17. maddenin dolaylı olarak kullanılmasının giyotin etkisiyle kullanımı arasında önemli bir farkın olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre 17. maddenin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlandırma şartları ile birlikte kullanılması, 17. maddenin gündeme getireceği tehlikelerden kaçınmak için uygun bir yöntem olarak görülmelidir.¹⁵⁶ Buyse da bu konuya ilişkin olarak 17. maddenin dolaylı olarak kullanımının devletin aşırı müdahalelerini dengeleme konusunda başarılı olacağı görüşündedir.¹⁵⁷

Bu noktada değinilmesi gereken husus, 17. maddenin doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılmasının sonuçlarının değerlendirilmesidir. Başvurucu açısından başvurunun AİHS ile konu bakımından uyumsuzluğu nedeniyle kabul edilemez olması ile açıkça dayanak yoksun olduğunun ilan edilmesi açısından fazla bir fark bulunmamaktadır.¹⁵⁸ Her ne kadar doktrinde 17. maddenin dolaylı kullanımının doğrudan kullanımı ile önemli bir fark yaratmadığı ifade edilse de hukuki açıdan bakıldığında durum farklıdır. Bir ifadenin başvuru sahibi tarafından talep edilen hakkın koruması dışında kalması ile devlet tarafından yapılan müdahalenin hakkın ihlaline yol açmaması arasında önemli farklar bulunmaktadır.

Mahkeme'nin 17. maddeyi doğrudan ve dolaylı olarak kullandığı kararların ardından doktrinde yer alan diğer iki kullanım türüne aşağıda yer verilecektir.

2.2.1.3. 17. Maddenin Kullanılabilecek Olduğu Halde Kullanılmadığı Durumlar

Üçüncü kategori olan 17. maddenin bu uygulaması, başvurunun 17. maddeyle ilgili görülmesine rağmen yine de uygulanmadığı başvurulardan oluşmaktadır.¹⁵⁹ Bu

¹⁵⁵ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 22-23.

¹⁵⁶ Jochen A. Frowein, **a.g.e.**, s. 167 vd.

¹⁵⁷ Antoine Buyse, "The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR", s. 198.

¹⁵⁸ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁵⁹ Mark E. Villiger, "AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü", içinde **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Ele Alınmış Makaleler**, Avrupa Konseyi, Eylül 2012, s. 302.

başvurularda Mahkeme, 10. maddenin 2 fıkrası kapsamında kararlar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1950'lerden 1970'lere kadar Nazi veya faşist faaliyetlerden suçlu bulunan veya bu faaliyetlerle ilişkide bulunan kişilerle ilgili kararlarında bu yöntemi izlemiştir.

Bu kategoriye giren bir örnek AİHM'nin 2010 tarihli *Le Pen v. Fransa*¹⁶⁰ kararıdır. Le Pen kararı hem inanç temelli nefret söylemi hem de yabancı/göçmenlere karşı nefret söylemi bakımından önemli bir karar niteliği taşımaktadır. Fransa'da bir siyasi partinin başkanı olan Le Pen, 19 Nisan 2003 tarihinde gazeteye verdiği bir röportajında, göçmenlerin ev sahibi ülkelere yerleşmesi ve entegrasyonu konusunda Müslümanlar hakkında “*Sayıları 5 değil 25 milyon olduğunda Fransa'yı onlar yönetiyor olacak.*” şeklinde ve devamında yaptığı açıklamalar nedeniyle para cezasına çarptırılmıştır. Le Pen, verilen bu ceza nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. Mahkeme öncelikle siyasi tartışmalar bağlamında ifade özgürlüğüne en büyük önemi verdiğini yinelemiş ve siyasi konuşmanın zorlayıcı sebepler olmadan sınırlandırılmayacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda siyasi tartışmalar AİHM için demokratik bir toplum kavramının tam kalbinde yer almaktadır.¹⁶¹ Ancak Mahkeme başvurucunun açıklamalarının Müslümanlar hakkında olumsuz, hatta endişe verici bir imaj verebileceğini ifade etmiştir. Başvurucunun Müslümanlardan uzak durulması gerektiği ve bu topluluğun büyümesinin bir tehlike olduğuna dair ifadelerini endişe verici bulan AİHM, devlet müdahalesini demokratik bir toplumda gereklilik olarak görmüş ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme ırk temelli nefret söylemine ilişkin 17. maddeyi uygulayabilecekken uygulamadığı bir diğer kararı ise *Seurot v. Fransa*¹⁶² başvurusunda vermiştir. Seurot, öğrenci ve ebeveynler için tasarlanmış bir üniversitesinin haftalık bülteninde “*Çok Fazla Çok Fazla*” başlıklı bir metin yayımlamıştır. Müslümanlar hakkında “*Onlardan bugün beş milyon var, her yere camiler inşa ediyorlar ve yelken açmaktan*

¹⁶⁰ Le Pen v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 18788/09, 20 Nisan 2010.

¹⁶¹ Bkz. Willem v. Fransa, Başvuru No: 10883/05, 16 Temmuz 2009, §33, Almeida Azevedo v. Portekiz, Başvuru No: 43924/02, 23 Ocak 2007, §32.

¹⁶² Seurot v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 57383/00, 18 Mayıs 2004.

bahsediyorlar, çok sevinmeyin, bu sadece onların kirli kibirli çocukları...” ifadeleri sebebiyle Seurot’un iş akdi feshedilmiştir. İfade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yaptığı başvuru üzerine Mahkeme söz konusu yaptırımın yazının reddedilemez biçimde ırkçı bir tonu olması ve başvuranın öğretmenlik görevindeki görev ve sorumlulukları nedeniyle AIHS'nin 10. maddesi uyarınca başvuranın haklarını ihlal etmediğini tespit etmiştir.

17. maddenin kullanılabilecekken kullanılmadığı bir diğer örnek ise *Leroy v. Fransa*¹⁶³ başvurusudur. Dava bir karikatürist olan Leroy’un, 11 Eylül 2001 İkiz Kuleler saldırısının ardından ikiz kulelerin yıkılışını anlatan bir karikatür çizmesi ve “*Biz hayal ediyorduk... Hamas yaptı.*” ifadelerinde bulunması üzerine para cezasına çarptırılması ile ilgilidir. Leroy yaptığı çizimin Amerikan emperyalizminin yıkılışını temsil ettiğini iddia etmiş ve ifade özgürlüğünün ihlali itirazlarını AIHM’ye taşımıştır. Mahkeme, bu çizim ve söylemlerin şiddete destek ve mağdurların onuru küçültmek, kamuoyu tepkisini tahrik etmek nedenleriyle terörü öven bir fiile suç ortaklığı olarak kabul ettiğini beyan etmiş ve devletin müdahalesini haklı bulmuştur.

AIHM Leroy davasında, karikatüristin ifadesinin 17. madde gereği, 10. madde kapsamındaki koruma dışına çıkartılan yayınların uygulama alanına dahil olmadığı kanaatinde olduğunu beyan etmiştir. İfadenin arka plandaki mesajın temel hakların inkârını hedeflemediğini ve ırkçılık, antisemitizm veya islamofobi gibi anlaşılmaya esas teşkil eden değerlere karşı gelen söylemlerle bir ilgisi olmadığını tespit etmiştir.¹⁶⁴

2.2.1.4. 17. Maddenin Davada Kullanılmasının Gerekli Görülmediği Durumlar

Konu başlığı altındaki son kategori, AIHM’nin davadaki olguları 17. maddeyi uygulama konusunda yeterli ağırlıkta görmediği davalardan oluşmaktadır. Aşağıda örneği verilecek iki başvuranın koşulları, Mahkeme’nin daha önce benzer konulara 17. maddeyi uyguladığı davalarla benzerlik göstermektedir. Bu benzerlikler nedeniyle her iki başvuruda davalı devletler, başvuranın faaliyetlerinin hakkın kötüye kullanılması

¹⁶³ Leroy v. Fransa, Başvuru No: 36109/03, 2 Ekim 2008.

¹⁶⁴ A.g.k., §27.

yasağı kapsamına girdiğini öne sürmüş, bu nedenle başvuruların kabul edilemez olduğunun tespitini AİHM’den talep etmişlerdir.

Bu kategorideki ilk karar inanç temelli nefret söylemini barındıran *Soulas vd. v. Fransa*¹⁶⁵ başvurusudur. Dava konusu, Soulas’ın “*Avrupa’nın Sömürgeleştirilmesi*” adlı kitabında Avrupa’nın Müslümanlar tarafından işgal edildiğini ve çözümün etnik bir savaş olduğunu ifade etmesi üzerine para cezasına çarptırılmasıdır. Mahkeme, hükümet ve başvuranın itirazlarını değerlendirirken hükümetin 17. maddenin uygulanma talebini değerlendirmeye alacağını belirtmiştir. AİHM yaptığı incelemede kitaptan alıntılanan pasajların mevcut davada 17. maddenin uygulanmasını haklı çıkaracak kadar ciddi olmadığı kanaatine varmış¹⁶⁶ ve başvuruyu 10. madde kapsamında ele almıştır.

Mahkeme ilk olarak kamusal tartışmaların önemine değinmiş, ardından kitapta yer alan göçmenlik karşıtı ifadelerin kamusal tartışma olabileceğini açıkça kabul etmiştir. Ancak bununla birlikte bu tür ifadelerin kendiliğinden korunmadığını, bu türdeki ulusal tartışma konularında devletin takdir payının nispeten daha çok olduğuna ve bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu kategorideki ikinci dava ise *Féret v. Belçika*¹⁶⁷ başvurusudur. “*Front National*” isimli partinin başkanı olan Féret, partisinin kampanyası esnasında dağıtılan broşürlerdeki ayrımcılık ve nefreti kışkırtan ifadelerin bulunması nedeniyle hüküm giymiştir. Söz konusu broşürlerde, “*Mülteciler için bir merkez, sakinlerin yaşamını zehirler.*” gibi ifadeler bulunmakta ve Belçika’nın İslamlaştırılmasına karşı çıkılması savunulmaktadır. AİHM’nin önüne gelen itirazlarda davalı devlet, Mahkeme’nin daha önce benzer konudaki *Glimmerveen ve Hagenbeek* başvurusunda olduğu gibi başvurunun 17. madde kapsamında kabul edilemez olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Ancak AİHM, parti kampanyası sırasında dağıtılan broşürlerin içeriğinin 17.

¹⁶⁵ Soulas vd. v. Fransa, Başvuru No: 15948/03, 10 Temmuz 2008.

¹⁶⁶ A.g.k., §48.

¹⁶⁷ Féret v. Belçika, Başvuru No: 15615/07, 16 Temmuz 2009.

maddenin uygulanmasını haklı göstermediğini ifade etmiş¹⁶⁸ ve devlet müdahalesinin 10. madde kapsamında ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin 17. maddeyi uyguladığı bu dört kategori ve örneklerini inceledikten sonra 17. madde ve bu maddenin nefret söylemine uygulanması konusunda bazı tespit ve eleştirilerde bulunacağız:

Öncelikle 17. maddenin AİHS'nin yapılış aşamasında totaliter rejimlerin yeniden faaliyete geçmelerini önleme amacının genel anlamda genişletildiği görülmektedir. Mahkeme, önüne gelen ilk davalarda Nazizm veya sosyalizm temelli totaliter rejimlerle ilgili 17. maddeyi uygularken sonraları ırkçılık, antisemitizm, Holokost inkârı, inanç temelli nefret, yabancılara veya göçmenlere karşı nefret gibi konular hakkında da 17. maddeyi gerek dolaylı gerek doğrudan olarak uygulamıştır. AİHM bu noktada ifade özgürlüğünün kötüye kullanılmasının insan hakları ve demokrasi ile uyuşmadığı ve başkalarının haklarının ihlal edebileceği görüşündedir.¹⁶⁹ Öte yandan doktrinde totaliter rejimlerin deneyimiyle ortaya çıkan 17. maddenin, AİHM tarafından düzgün bir şekilde ele alınmadığı durumlarda denetimin verimliliğini kötü etkileyeceğine dair görüşler bulunmaktadır.¹⁷⁰

Mahkeme'nin nefret söylemi konusunda 10. veya 17. madde kapsamında ikili bir yöntem izlemesi hali hazırda bu konuya olan yaklaşımını muğlaklaştırmışken, bir de 17. madde kapsamında nefret söylemini dört farklı kategoride incelemesi konuya ilişkin tavrını iyice belirsizleştirmiştir. AİHM'nin belirli bir sistematik dahilinde davaları ve olguları incelememesi, gelecek davalarda nasıl bir yöntemle karar vereceğinin anlaşılmasını da güçleştirmektedir.

AİHM nefret söylemi konusunda hatırı sayılır sayıda karar vermiş bulunmakla birlikte, 17. maddenin kullanımda belirli ve sistematik bir yöntem izlememiştir. *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda* ile *Féret v. Fransa* başvurularında başvuruçularının konumlarının ve dava konularının benzer nitelikte olmasına rağmen

¹⁶⁸ A.g.k., §82.

¹⁶⁹ Mark E. Villiger, a.g.e., s. 304.

¹⁷⁰ Joan Barata Mir, Marco Bassini, "Freedom of Expression in the Internet: Main Trends of the Case Law of the European Court of Human Rights", *İçinde Internet and Constitutional Law*, Ed. Oreste Pollicino and Graziella Romeo, Routledge, 2016. s. 76.

AİHM ilk davada 17. maddeyi doğrudan uygularken ikinci davada ise olguların 17. maddenin kullanımı için yeterli ağırlıkta olmadığına karar vermiştir. Sonuç itibarıyla 17. maddenin benzer davalarda farklı yöntemlerle kullanılması maddenin kullanılmasını hem anlaşılmaz hem de tutarsız kılmaktadır.¹⁷¹

17. maddenin davada uygulama alanı bulması halinde, başvurunun önünün kesildiği ifade edilmişti. Mahkeme'nin kabul edilebilirlik aşamasında 17. maddeyi kullanması, davadaki olguların en ince ayrıntılarıyla birlikte değerlendirilmesinin önüne geçmektedir. Bu durum hak ve çıkar çatışmalarının dengelenmesi aşamasının da atlanması anlamına gelmekte, dengelenme sürecine ilişkin 10. madde uygulaması 17. maddenin uygulanması halinde ciddi şekilde sınırlandırılmaktadır.¹⁷²

AİHS'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünün hangi şartlar altında sınırlandırılabilirliğine ilişkin hükümleri halihazırda barındırmaktadır. 17. maddenin doğrudan uygulama bulması, belirli faaliyetleri AİHS'nin korumasından çıkartarak temel hakların kullanılmasında istisnai bir sınırlamaya yol açmaktadır. Bu nedenle Mahkeme'nin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında ifade özgürlüğünü ele alması doktrinde, ifade özgürlüğüne getirilmiş başka bir sınırlandırma rejimi olarak görülmektedir.¹⁷³

17. maddenin kullanılmasının gerekliliği doktrinde tartışmalı olan bir husustur. İlk görüşe göre 17. maddenin doğrudan uygulanması, AİHS'de yer alan demokratik değerlerin korunması bakımından 10. maddenin 2. fıkrasına göre daha güçlü bir mekanizma sağlamaktadır.¹⁷⁴ 17. madde belirli faaliyetleri Sözleşmenin koruma alanından tamamen çıkartarak hakların kullanılması hususunda daha sert bir sınırlandırmaya izin vermektedir. 17. madde ile başkalarının temel haklarının sürekli sınırlandırılması 10. maddedeki sınırlandırılmaya nazaran daha garanti bir yol olarak görülmektedir. Bu görüşe göre 17. madde bir koruma kalkanı görevi görerek Sözleşme ile bağdaşmayan faaliyetler, 10. madde kapsamında üstü örtülü bir şekilde değil 17.

¹⁷¹ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 65-66.

¹⁷² David Keane, **a.g.m.**, s. 661.

¹⁷³ Osman Serkan Gülfidan, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁷⁴ Sébastien Van Drooghenbroeck, "L'Article 17 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme estil indispensable?", **Revue Trimestrielle des Droits de l'homme**, Vol. 12, No. 46, 2001, s. 550.

madde kapsamında kategorik olarak dışlanacaktır. Ancak bu görüş, Mahkeme'nin tutarsız olarak uyguladığı bu maddenin altında yatan amacın kapsamını oldukça genişletmektedir. Öte yandan, 17. maddenin uygulanması halinde davalardaki olgular, hak ve çıkarların dengelenmesi, ifade sahibinin konumu, ifadenin bağlamı gibi pek çok faktör detaylı bir şekilde irdelenmemektedir.

İkinci ve çoğunluk görüşe göre ise demokratik bir toplumu savunmak veya insan onuru ve eşitlik gibi temel demokratik değerlerin korunması ve sürdürülmesi için 17. maddenin kullanılması gerekli değildir. Bu görüş, hakkın kötüye kullanılması yasağının nefret söylemi konusunda gerekli olmadığını, Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere dayanarak da gerekli korumayı sağlayabileceğini savunmaktadır.¹⁷⁵ Mahkeme'nin çeşitli nefret söylemi kararlarında 17. maddeye dayanmadan 10. madde kapsamında değerlendirmeye gitmesi bu görüşe göre hakkın kötüye kullanımı maddesinin konuya ilişkin bir değer katmadığına ispat niteliği taşımaktadır. AİHM'nin nefret söylemine ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması hükümlerine başvurusu gerekli korumayı sağlamaktadır. Bu nedenle Mahkeme'nin 17. maddenin uygulamasında hem tutarsız ve sistematik olmayan bir şekilde davrandığı hem de bu maddenin amacını gereksiz yere genişlettiği düşünceleri isabetlidir.¹⁷⁶

Mahkeme'nin tutarsız yaklaşımı özellikle Holokost inkârı, antisemitizm ve Nazi ideolojisiyle ilgili olan davalarda göze çarpmaktadır.¹⁷⁷ Yukarıda Witzsch No. 1 ve No. 2 başvurularında açıklandığı üzere AİHM aynı başvuruçunun benzer konulardaki ifadelerine 17. maddeyi farklı şekilde uygulamıştır. Aynı başvuruçuya ilişkin çok benzer bir bağlamda aynı sonucu, maddenin farklı kullanımlarıyla belirlemiş olması AİHM'nin 17. madde uygulaması konusundaki kriterlerini belirlemeyi de bu nedenle imkânsız kılmaktadır.

¹⁷⁵ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, **a.g.e.**, s. 73-76.

¹⁷⁶ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 89 ve devamı.

¹⁷⁷ **A.e.**, s. 90.

17. madde uygulama bulması halinde davada orantılılık testi de dahil olmak üzere açık bir dengeleme süreci bulunmamaktadır.¹⁷⁸ AİHS'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için kanunla öngörülme, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik, orantılılık da dahil olmak üzere şartları daha açık ve sağlam bir yaklaşımı içermektedir. Mahkeme'nin 17. maddeyi doğrudan uygulaması, 10. maddede yer alan şartları daha fazla incelemekten kendisini muaf tutması anlamına gelmektedir. Doktrinde bu durumun, devletlerin konu hakkında daha fazla takdir payına sahip olacakları anlamına geldiği ifade edilmektedir.¹⁷⁹ 17. maddenin doğrudan uygulanması halinde Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağırlığını nadiren incelemektedir.¹⁸⁰ Müdahalenin orantılılığı 10. madde kapsamında detaylı olarak incelenmesi gereken bir husus iken, 17. madde kapsamı altında yüzeysel olarak değerlendirilmesi, nefret söylemi gibi sınırları belirsiz konularda sıklıkla hak ihlallerine yol açılabilecek niteliktedir.

Çalışmanın bu başlığı altında AİHM'nin nefret söylemine ilişkin olarak 17. maddeyi nasıl kullandığı, maddenin kullanılmasının sonuçları, doktrinde nasıl değerlendirildiği ve konuya ilişkin eleştiriler sunulmuştur. Aşağıdaki başlık altında ise Mahkeme'nin 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında nefret söylemini nasıl ele aldığı incelenecektir.

2.2.2. 10. MADDE KAPSAMINDA NEFRET SÖYLEMİ

İfade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırılması koşulları AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. AİHM için ifade özgürlüğü, özel yere sahip önemli bir haktır. Mahkeme ifade özgürlüğüne verdiği önemi 1976 tarihli *Handyside v. Birleşik Krallık*¹⁸¹ kararında şöyle açıklamıştır:

“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur.

¹⁷⁸ Françoise Tulkens, “Les Relations Entre le Négationnisme et Les Droits de l’Homme. La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, **içinde Law in the Changing Europe**, Vilnius Mykolo, Romerio Universietas, 2008, s. 440.

¹⁷⁹ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause in International Human Rights Law: An Expedient Remedy Against Abuse of Power or An Instrument of Abuse Itself”, **içinde Bullying and the Abuse of Power**, Ed. K. Vanhoutte vd., Oxford, Inter-Disciplinary Press, 2010, s. 119.

¹⁸⁰ David Keane, **a.g.m.**, s. 656.

¹⁸¹ *Handyside v. İngiltere*, Başvuru No: 5493/72, 07 Aralık 1976.

İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece olumlu olduğu düşünülen ifadeler veya zararsız yahut değersiz haber ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin veya nüfusun herhangi bir kesimini şok eden, rahatsızlık verici haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık görüşlülüğün gerekleridir; bunlar olmadan demokratik bir toplumdan bahsedilemez.”¹⁸²

İfade özgürlüğü diğer birçok hakla ilişki olmakla birlikte, hak ve özgürlüklerin korunması açısından merkezi bir rol oynamaktadır. İfade özgürlüğüne sağlanan koruma güçlü olmadıkça, demokrasinin iyi işlediği söylenemez. Bu bağlamda ifade özgürlüğü hem bireyin kendisini geliştirmesine hem de demokrasinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.¹⁸³ Mahkeme ifade özgürlüğüne verdiği büyük önemi, bu özgürlüğün ihlal edildiği itirazlarında uyguladığı üçlü test olarak adlandırılan bir teste tabi tutarak göstermektedir. Mahkeme bu başvurularda öncelikle müdahalenin varlığını tespit etmekte, ardından aşağıda anlatılacak olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması şartlarını tek tek inceleyerek devlet müdahalesiyle ifade özgürlüğüne yapılmış bir ihlal olup olmadığına karar vermektedir.

Bu başlık altında öncelikle 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması rejimi incelenecek, ardından AİHM’nin nefret söylemi ve ifade özgürlüğü çatışmasında dikkate aldığı diğer unsurlar açıklanacak ve son olarak Mahkeme içtihadında yer alan nefret söylemi kararlarına yer verilecektir.

2.2.2.1. 10. Maddede Yer Alan Genel Sınırlandırma Rejimi

AİHS’nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırılma şartları şöyle düzenlenmiştir:

“Madde 10

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün

¹⁸² A.g.k., §49.

¹⁸³ İlyas Doğan, M. Balkan Demirdal, “İfade Özgürlüğü”, içinde **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ed. İlyas Doğan, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 262.

veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”¹⁸⁴

Maddenin ilk fıkrası kapsamında bireyler, kamu otoritelerinin hiçbir müdahalesi olmaksızın düşünceleri ifade etme, haber ve bilgi alışverişı yapabilme özgürlüğüne sahiptirler. Ancak ifade özgürlüğü AİHS’de mutlak bir hak olarak düzenlenmediğinden maddenin 2. fıkrasında yer alan şartlar gerçekleştiğinde devletler, bireylerin ifade özgürlüklerini sınırlandırabilmektedir. Bu madde kapsamında devletlere yüklenen pozitif yükümlölükler gereğince ifade özgürlüğü hakkının herkes tarafından kullanılabilceğı bir ortam yaratılmalı ve negatif yükümlölükler gereğince de hukuki sınırlar çerçevesinde ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edilmemelidir.¹⁸⁵

Mahkeme ifade özgürlüğüne yapılmış bir müdahalenin varlığını kabul ettikten sonra 10. madde itirazını incelerken maddenin 2. fıkrasında yer alan yasayla öngörölme, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik şartlarını bir üçlü test şeklinde uygulamaktadır. AİHM 10. maddede yer alan bu üç şartın tamamının yerine getirildiğinin tespit ettiğinde, devletin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahaleyi meşru kabul etmektedir. Mahkeme yasayla öngörölme, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik şartlarını sırasıyla uygulamakta, bu üç şarttan birinin yerine getirilmemesi halinde diğere şarta geçmeden ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermektedir.¹⁸⁶

Yasayla öngörölme şartı; devlet tarafından yapılan müdahalenin yasal bir temele dayanması ve hukukun üstünlüğünün asgari gereklilikleriyle uyumlu olması anlamına gelmektedir.¹⁸⁷ Bir başka deyişle ifade özgürlüğüne yapılacak olan müdahalenin devlet yasalarında önceden düzenlenmiş olması gerekmektedir.

¹⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. Maddesi, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 29.03.2020.

¹⁸⁵ Hüseyin Göktepe, **a.g.m.**, s. 182.

¹⁸⁶ Dominika Bychawska Sinairska, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁸⁷ Önder Bakırcıoğlu, **a.g.m.**, s. 36-37.

Mahkeme yasayla öngörölme şartının, yasanın kamuya açık, öngörülebilir herkes tarafından erişebilir olmasıyla mümkün olduğunu kararlarında sıklıkla belirtmiştir.

AIHM, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*¹⁸⁸ başvurusunda yasayla öngörölme şartının ulaşılabilir ve öngörülebilirlik olmak üzere iki gereklilikten oluştuğunu ifade etmiştir. Bireylerin davranışlarını yasaya göre belirlemelerine imkân tanıyacak açıklıkta formüle edilmiş bir yasa, öngörülebilirlik gerekliliğini sağlamaktadır. Ulaşılabilirlik şartı ise bireylerin belirli bir olaya uygulanabilir hukuki düzenlemelerin varlığı hakkında yeterince bilgiye sahip olabilmeleri anlamına gelmektedir.¹⁸⁹

Meşru amaç şartı; ifade özgürlüğüne yapılacak devlet müdahalesinin 10. maddenin ikinci fıkrasında yer alan amaçlardan birine dayanması anlamına gelmektedir. Meşru amaç ifadesi ile kastedilen şey korunması gereken hukuki yarardır.¹⁹⁰ Maddenin lafzına bakıldığında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru amaçların sınırlı sayıda olduğu görülmektedir. Dolayısıyla sayılan amaçlar dışında başkaca bir amaç nedeniyle devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırmaları mümkün değildir.¹⁹¹ Meşru amaçların sınırlı sayıda olması, ifade özgürlüğüne ilişkin genel veya daimî yasak ve sınırlandırmaların yapılamayacağını da göstermektedir.¹⁹² Böylelikle Sözleşmeyi hazırlayanların ifade özgürlüğüne verdiği önem bir kez daha pekiştirilmektedir.

10. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlar doktrinde üç başlık altında toplanmaktadır. Genel çıkarların korunması başlığı altında; ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya genel ahlakın korunması, bireysel çıkarların korunması başlığı altında; başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, son olarak yargı başlığı altında; yargı erkinin yetki ve tarafsızlığı olarak düzenlenmektedir.¹⁹³ AIHM içtihadı incelendiğinde nefret söylemi

¹⁸⁸ The Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26 Nisan 1979.

¹⁸⁹ A.g.k., §49.

¹⁹⁰ Hüseyin Göktepe, a.g.m., s. 183.

¹⁹¹ Kemal Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gereçleri ve Sınırları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 389-390.

¹⁹² Monica Macovei, a.g.e., s. 95.

¹⁹³ Anne Weber, a.g.e., s. 31.

konusunda meşru amaçlardan özellikle başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru şartına dayanıldığı görülmektedir.¹⁹⁴

Demokratik toplumda gereklilik şartı ise; Sözleşme yapısının önemli bir parçası niteliğindedir ve AİHS'nin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁵ İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki diğer şartlara nazaran daha karmaşık bir yapıda olan demokratik bir toplumda gereklilik şartı, AİHS tarafından titizlikle uygulanmaktadır. Demokratik bir toplumda gereklilik şartındaki “gereklilik” ifadesi müdahalenin yapılmasında toplumsal ihtiyaç baskısını ifade etmektedir. *Olsson v. İsveç*¹⁹⁶ başvurusunda Mahkeme bu hususu şöyle açıklamıştır:

*“Mahkeme içtihadına göre gereklilik kavramı, müdahalenin bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi ve özellikle, izlenen amaçla orantılı olmasını ifade eder. Mahkeme bir müdahalenin demokratik toplumda bir gerekli olup olmadığına bakarken taraf devletlere bırakılan takdir payını dikkate alır.”*¹⁹⁷

Mahkeme bir müdahalenin toplumda gerekli olup olmadığı konusunda devletlerin takdir payları olduğunu kabul etmekle birlikte, devletlerin bu yetkiyi Avrupa denetimi ile birlikte hareket ederek kullanmaları gerektiğinin de altını çizmektedir.¹⁹⁸ Demokratik toplumda gereklilik şartı, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın devlet tarafından adil ve orantılı olarak uygulanıp uygulanmadığını ölçmektedir. AİHM, taraf devletlerin bu şartı uygularken ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki meşru amaca ulaşmak için kullandıkları aracın orantılı olmasını beklemektedir.

Orantılılık ölçütünde müdahalenin; ifade özgürlüğünü mümkün olduğunca az kısıtlaması, hakkaniyete aykırı olmaması, belirli bir temele dayanması ve dikkatlice uygulanması gerekmektedir.¹⁹⁹ Diğer bir deyişle ifade özgürlüğüne yapılan

¹⁹⁴ Anne E. Showalter, “Resolving the Tension Between Free Speech and Hate Speech: Assessing the Global Convergence Hypothesis”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 26:377, s. 386-387.

¹⁹⁵ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 1, 2013, s. 105.

¹⁹⁶ Olsson v. İsveç (No. 1), Başvuru No: 10465/83, 24 Mart 1988.

¹⁹⁷ **A.g.k.**, §67.

¹⁹⁸ Lingens v. Avusturya, Başvuru No: 9815/82, 8 Temmuz 1986, §39, The Sunday Times v. Birleşik Krallık, §59.

¹⁹⁹ Hasan Tahsin Fendoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 25, Şubat 2016, s. 16.

sınırlandırma ile bu sınırlandırmayla ulaşılmak istenen meşru amaç orantılı olmalıdır.²⁰⁰ Demokratik bir toplumda gereklilik şartı ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki diğer şartlara göre daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Keza AİHM içtihadı incelendiğinde de devlet müdahalesinin meşruluğunun denetiminde, yasayla öngörülme ve meşru amaç şartları uygulamalarının demokratik bir toplumda gereklilik şartına nazaran daha kolay yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme önüne gelen şikâyet konusu müdahaleye bir bütün olarak bakmakta, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve bu müdahaleyi haklı çıkarmak için taraf devletin ilgili ve yeterli nedenleri olup olmadığını tespit etmektedir.²⁰¹ AİHM müdahalenin orantılılığını belirlerken yaptırımların niteliğini ve ağırlığını da göz önünde bulundurarak karar vermektedir.²⁰² Bu inceleme yapılırken devlet tarafından yapılan müdahalenin yasayla öngörülme ve meşru amaç şartlarını taşıdığı tespit edilse dahi müdahale ile ulaşmak istenen meşru amaç için orantısız olduğu tespit edilirse demokratik bir toplum için gereksiz görülerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararı verilmektedir.²⁰³

İfade özgürlüğünün sınırlandırma rejimine genel olarak bakıldığında Mahkeme'nin, bu özgürlüğü yapılan müdahalelere katı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. İfade özgürlüğünün bireylerin ve demokrasinin gelişmesine sağladığı katkısı göz önüne alındığında AİHM'nin, devletlerin ifade özgürlüğü hakkına gereksiz yere müdahale etmesini önlemek amacıyla bu yaklaşımı sürdürdüğü söylenebilir. Keza Mahkeme önüne gelen başvurularda 10. maddede yer alan sınırlandırma rejiminin yanı sıra aşağıdaki başlıkta açıklanacak diğer birçok unsuru da göz önüne almakta ve davayı bir bütün olarak tüm koşulları ile birlikte değerlendirmektedir.

²⁰⁰ Vahit Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", **Liberal Düşünce**, Güz 2001, s. 57.

²⁰¹ Olsson v. İsveç (No. 1), §50.

²⁰² Ceylan v. Türkiye (No. 2), Başvuru No: 46454/99, 11 Ekim 2005, §33.

²⁰³ Mehmet Yüksek, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 25, Şubat 2016, s. 139.

2.2.2.2. AİHM'nin İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması Konusunda Dikkate Aldığı Diğer Unsurlar

AİHM'nin önüne gelen başvurularda davayı bir bütün halinde, davadaki olayların koşulları çerçevesinde incelediği ifade edilmişti. Bu başlık altında ise Mahkeme'nin nefret söylemini, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması rejiminin altında değerlendirirken davada dikkate aldığı diğer unsurlardan bahsedilecektir.

Başvuru sahibi tarafından güdülen amaç; AİHM tarafından en önemli görülen ölçütlerden bir tanesidir.²⁰⁴ Mahkeme, nefret söyleminde bulunan başvurucunun amacının nefret söylemini yaymak mı yoksa kamuoyunu ilgilendiren bir hususta bilgilendirme sağlamak mı olduğunu tespit etmeye çalışmaktadır.²⁰⁵ AİHM, başvurucunun kamuoyuna atfedilen bir tartışma ya da bilgilendirme amacını güttüğüne kanaat getirirse müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşarak ihlal kararı vermektedir. Diğer yandan eğer başvuru nefret söylemini yayma amacı güdüyorsa Mahkeme, taraf devletlerin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalelerde daha geniş bir takdir payları olduğunu kabul etmektedir.²⁰⁶

Söz konusu ifadenin içeriği; AİHM'nin önem verdiği bir diğer ölçüttür. Mahkeme ifadenin içeriği ölçütünde başvuruçuların ifadelerini; bir kamuoyu tartışması, siyasi, dini veya sanatsal ifade, ifadelerin akademik bir çalışmada yer alması gibi farklı kategorilerde değerlendirmektedir. Mahkeme bu kapsamda özellikle siyasi ya da kamuoyunu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına daha katı bir yaklaşım sergilemektedir.²⁰⁷ Öte yandan AİHM, dini nitelikte ifadeler konusunda Avrupa'da bir konsensüs oluşmaması nedeniyle devletlerin daha geniş takdir payları olduğunu düşünmektedir.²⁰⁸

İfadelerin içeriği konusunda Mahkeme için bir diğer önemli başlık kesinliği ispatlanmış tarihsel olgular ile tarihçiler arasında sürmekte olan tartışmalar arasındaki

²⁰⁴ Erhan Tanju, **a.g.e.**, s. 227.

²⁰⁵ Anne Weber, **a.g.e.**, s. 33.

²⁰⁶ Mahkemenin başvurucunun güttüğü amacı vurguladığı örnekler için bkz. Lehideux ve Isorni v. Fransa, §47.

²⁰⁷ Bkz. Erbakan v. Türkiye, Başvuru No: 59405/00, 6 Temmuz 2006, §55.

²⁰⁸ İ.A. v. Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13 Eylül 2005, §25.

farktır. 17. maddenin kullanımıyla ilişkin olarak yukarıdaki açıklamalarda Mahkeme'nin Holokost inkârı gibi gerçekliği kanıtlanmış olguların inkârını nefret söylemi kapsamına aldığı ifade edilmişti. Bu bağlamda Mahkeme'nin tarihsel açıdan kesinliği kanıtlanmamış konular hakkında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına daha katı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.²⁰⁹

Söz konusu ifadenin bağlamı; kapsamında ise Mahkeme başvuru sahibinin toplumdaki statüsüne, ifadelerle hedef alınan kişilerin toplumsal statülerine, ifadelerin yaratabileceği etkilere, müdahalenin niteliğine ve ağırlığına dikkat etmektedir. Müdahalenin gerçekleştiği bağlam 10. madde ile birlikte önemli bir rol oynamaktadır. AİHM ilk olarak her davayı kendi özelinde değerlendirirken, ikinci olarak ise orantılılık testi uygulaması sırasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını incelerken söz konusu ifadenin bağlamını göz ardı etmemektedir.²¹⁰

Politikacıların ve gazetecilerin ifade özgürlüklerinin kamuoyu açısından öneminin farkında olan AİHM, başvuru sahibinin politikacı veya basın mensubu olması halinde bu kişilerin ifade özgürlüklerine yapılan müdahaleyi daha dikkatli bir şekilde incelemektedir.²¹¹ Bununla birlikte politikacıların halka karşı olan sorumluluğu ve bulundukları pozisyonları gereği diğer vatandaşlardan farklı olarak hoşgörüsüzlüğün yayılmasını sağlayacak ifadeler bakımından özel bir sorumlulukları olduğunu ifade etmektedir.²¹² Politikacıların halkın üzerindeki etkileri göz önüne alındığında, bu tür toplumsal statüye sahip kişilerin nefret söylemi ve hoşgörüsüzlüğü yayacak ifadeleri kullanmaktan özellikle kaçınmaları hatta nefret söyleminin yayılmasını engellemek için halkı teşvik etmeleri isabetli olacaktır.

Müdahalenin niteliği ve ağırlığı; Mahkeme'nin müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı şartının altında incelediği bir ölçüttür. AİHM bu kapsamda ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile meşru amaç arasındaki dengeyi göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme müdahalenin ağırlık düzeyinin yüksek olması ya

²⁰⁹ Bkz. Perinçek v. İsviçre (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 27510/08, 15 Ekim 2015.

²¹⁰ Mario Oetheimer, "Protecting Freedom of Expression the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law", **Cardozo J. Of Int'l & Com. Law**, Vol. 17:427, 2009, s. 439.

²¹¹ Mirjana Lazarova Trajkovska, **Freedom of Expression Through the Practice of the European Court of Human Rights**, The Association of Journalists of Macedonia, Skopje, July 2017, s. 38.

²¹² Erbakan v. Türkiye, §64.

da niteliğinin meşru amaçla orantısız olması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, devletlerin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalelerin tutarlılık içermesine, alternatif yaptırım varlığı halinde uygulanmasına önem göstermektedir. İfade özgürlüğüne getirilen yaptırımların özellikle hapis cezasını içermesi halinde AİHM devlet müdahalesini daha sıkı bir denetim tabi tutmaktadır.²¹³

Şiddete teşvik; özellikle nefret söylemi bağlamında Mahkeme'nin incelemeye aldığı bir diğer önemli husustur. Mahkeme içtihadı incelendiğinde nefret söylemiyle şiddet içeren ifadeler arasında bir çakışma olduğu görülmektedir. Nefret söyleminin zaman içerisinde şiddete katkıda bulunabilme ihtimali nedeniyle bu iki konu birbiriyle bağlantılı görülmektedir.²¹⁴ AİHM başvuru konusu ifadelerin şiddete veya suç işlenmesine teşvik ettiğini tespit ettiğinde devlet müdahalelerine daha fazla takdir payı bırakmaktadır.²¹⁵

AİHM nefret söylemiyle şiddet içeren ifadeler arasında açık bir ayrıma henüz gitmiş değildir. Bununla birlikte Mahkeme, nefreti kışkırtmak için bir şiddet eylemi veya cezai fiil gerektiren başka eylemin varlığına ihtiyaç duymadığının altını çizmektedir.²¹⁶ Diğer bir deyişle Mahkeme nefret söyleminin tek başına cezalandırılabilir olduğunu düşünmekte, bu söylemin içeriğinde şiddete çağrı veya suça teşvik unsurlarını aramamaktadır. Ancak nefret söylemi içtihadı incelediğinde Mahkeme'nin bu görüşünde tutarlı bir davranış sergilediği ifade edilebilir nitelikte değildir. AİHM'nin bu tutarsız davranışı aşağıda iki dava ile ortaya konulmaya çalışılacaktır.

İlk dava demokrasi yerine şeriatın başa gelmesi savunusunu konu alan *Gündüz v. Türkiye*²¹⁷ başvurusudur. Davanın başvurusu Gündüz, bir tarikatın lideri olarak katıldığı bir televizyon programında şeriat yönetiminin başa gelmesiyle ilgili ifadelerde bulunması nedeniyle Türk Mahkemelerince halkı kin ve düşmanlığa tahrik

²¹³ Karataş v. Türkiye, Başvuru No: 23168/94, 8 Temmuz 1999, §69.

²¹⁴ Antoine Buyse, "Dangerous Speech: The ECHR, Violence and Free Speech", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 63, Issue 02, April 2004, 493.

²¹⁵ Ceylan v. Türkiye, §34.

²¹⁶ Vejdeland vd. v. İsveç, Başvuru No: 1813/07, 9 Şubat 2012, §55.

²¹⁷ Gündüz v. Türkiye, Başvuru No: 35071/97, 4 Aralık 2003.

suçundan hüküm giymiştir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği itirazlarını AİHM'ye taşıyan Gündüz, konuşmasında ayrıca medeni hukuk evliliklerinden doğan çocukları da “piç” olarak itham etmiştir. AİHM başvuruya ilişkin olarak şeriatın şiddete teşvik etmeden savunulmasını nefret söylemi olarak kabul etmediğini ifade etmiştir.²¹⁸ Başvurucunun görüşleri ile toplum tarafından bilenen bir kimse olduğunu, aşırı görüşlerinin kamuoyu tarafından bilindiğini, katıldığı programda bu görüşlerin diğer katılımcılar tarafından dengelendiğini, bu nedenlerle devlet müdahalesinin gerekliliği olmadığını ifade etmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁹

Mahkeme daha önce yukarıda incelemiş olduğumuz *Féret v. Belçika* davasında ise “Mahkeme nefreti kışkırtmanın, belirli bir şiddet eyleminin veya başka bir suç eyleminin çağrılmasını gerektirmediği kanaatindedir. Nüfusun belirli bir kısımlarına veya belirli gruplarına hakaret, alay veya karalama ile ayrımcılığa yol açarak işlenen kişilere yapılan saldırılar, yetkililerin ifade özgürlüğü karşısında ırkçı söylemlerle mücadeleye öncelik vermeleri için yeterlidir. Dini, etnik veya kültürel önyargılara bağlı olarak nefreti körükleyen siyasi konuşmalar, demokratik devletlerde sosyal barış ve siyasi istikrar için bir tehlike oluşturmaktadır.”²²⁰ açıklamalarında bulunmuştur.

Her iki dava şiddete teşvik başlığı altında karşılaştırıldığında Mahkeme'nin açık bir şekilde tutarsız davrandığı görülmektedir. Mahkeme Gündüz davasında şeriat savunusunun AİHS değerleriyle açıkça uyuşmadığını ifade etmesine rağmen 17. maddeyi uygulamayarak tutarsız davranmıştır. Bu bağlamda, AİHM 17. maddenin uygulanmasındaki tutarsızlığın ve belirli bir sistematik içinde değerlendirmedeki karışıklığın, şiddete teşvik ve nefret söylemi ilişkisi için de geçerli olduğu söylenebilir.

Çalışmanın bu başlığı altında Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi karşılığında dikkate aldığı diğer unsurları da açıklanmaya çalışılmıştır. Bir önceki başlık altında incelenen sistematikte birlikte aşağıdaki başlık altında Mahkeme'nin nefret söylemine ilişkin verdiği kararlardan örnekler sunulacaktır.

²¹⁸ Gündüz v. Türkiye, §51.

²¹⁹ Gündüz v. Türkiye, §51.

²²⁰ Féret v. Belçika, §73.

2.2.2.3. 10. Madde Kapsamında AİHM Kararlarında Nefret Söylemi

Mahkeme'nin nefret söylemi konulu ya da nefret söylemiyle bağlantılı birçok kararı bulunmaktadır. Tezin bu başlığı altında AİHM'nin nefret söylemine ilişkin kararlarından örnekler ile birlikte bu kararlardaki sınırlandırma rejimi ve diğer unsurlar hakkındaki görüşler sunulacaktır.

AİHM ırkçı nefret söylemi konusunu 10. madde kapsamında *Jersild v. Danimarka*²²¹ başvurusunda değerlendirmiştir. Bu davada başvuru Jersild bir gazetecidir. Jersild, kendilerine “*Yeşil Ceketliler*” adını veren ırkçı bir grup gençle yaptığı röportajda geçen ifadeler nedeniyle para cezasına çarptırılmıştır. Röportajda Yeşil Ceketliler grubunun temsilcileri “*Zenci insan değildir, hayvandır, bu durum Türkler, Yugoslavlar ve kendilerine ne denirse densin diğer bütün yabancı işçiler içinde geçerlidir.*”²²² gibi hem ırkçı hem yabancı düşmanlığı içeren ifadelerde bulunmuştur.

AİHM önüne gelen başvuruda müdahalenin varlığını, yasayla öngörülme ve meşru amaç şartlarını inceledikten sonra tartışma konusunu oluşturan şartın demokratik toplumda gereklilik şartı olduğunu ifade etmiştir.²²³ Mahkeme ırkçı nefret söyleminde bulunan Yeşil Ceketliler grubunun AİHM'ye başvurmaları halinde 10. maddenin korumasından yararlanamayacaklarını ise açıkça belirtmiştir.²²⁴ Diğer bir deyişle Yeşil Ceketliler ırkçı bu söylemleri nedeniyle AİHM'ye başvursalar idi Mahkeme, 17. maddeyi doğrudan uygulayacak böylece başvuru 10. madde korumasından yararlanmalarının önüne geçilecekti. Ancak başvuru ifadeleri söyleyen kişi olmaması, yaptığı programda bu ifadelerin söylenmesi nedeniyle yaptırma uğraması nedeniyle başvuru gütüğü amacın iyi bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Jersild başvurusunda Mahkeme davayı bir bütün olarak ele aldığını ve Yeşil Ceketliler ile röportaj yapan gazeteci Jersild'in amacının ırkçılığı yaymak değil aksine

²²¹ Jersild v. Danimarka (Büyük Daire Kararı), Başvuru No:15890/89, 23 Eylül 1994.

²²² A.g.k., §11.

²²³ A.g.k., §26.

²²⁴ A.g.k., §35.

ırkçı görüşleri teşhir ederek karşı çıkma niyetiyle kasıtlı bir şekilde programı hazırladığını ifade etmiştir.²²⁵ AIHM davada, başvurucunun nefret söylemini yayma amacı değil kamuoyunu bilgilendirme amacı güttüğü kanısındadır. Mahkeme başvurucunun programda Yeşil Ceketliler'in ifadelerini dengelemeye çalıştığını ve cezalandırılması için gösterilen gerekçelerin özellikle başkalarının haklarının koruma amacıyla orantısız olduğunu kabul etmiş ve 7'ye karşı 12 oyla ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.

Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou birleşik karşı oy görüşünde, röportajın birkaç saat sürmesine rağmen en kaba sözlerin olduğu kısımların bırakılarak röportajın beş dakikaya indirildiğini, bu durumda en azından röportajda ifade edilen beyanların onaylanmadığına dair bir beyanın mutlaka eklenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Irksal azınlıkların korunmasının, haber verme hakkından daha hafif bir ağırlığa neden olamayacağını belirten yargıçlar, böyle duyarlı bir konu hakkında Danimarka Mahkemeleri'nin takdir yetkisi dahilinde hareket ettiklerini bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini görüşünde olduklarını ifade etmişlerdir.²²⁶

Bir diğer birleşik karşı oy görüşü olan Yargıçlar Gölcüklü, Russo ve Valticos ise dava konusu olan beyanların Danimarka televizyonlarında yorumcunun önemli bir reaksiyonu olmaksızın yayınlanmasının sadece yabancılara karşı değil özellikle siyahi insanlara karşı ırk düşmanlığını tahrik edici nitelikte olduğunu ifade etmişlerdir. İzleyicilerin bu röportaja sağlıklı bir tepki verileceğini düşünen yayının, aslında işsizlik ve yoksulluk çeken vatandaşlar tarafından yabancıları günah keçisi ilan edebilecek nitelikte olduğunu, yayından sorumlu olan başvurucunun ise sunduğu bu görüşlere karşı olduğunu belirtecek hiçbir ifade kullanmayarak bu görüşleri dengelemediğini belirtmişler ve Danimarka yargı organlarının ılımlı olan bu yaptırımlarının ifade özgürlüğünü ihlal etmediğini savunmuşlardır.²²⁷ Ayrıca Yargıçlar Gölcüklü ve Valticos ek karşı görüşlerinde ırkçılığa karşı başvurucunun bu denli sessiz kalmakla birlikte kusurlu hareket ettiğine güçlü bir şekilde inandıklarını,

²²⁵ A.g.k., §28.

²²⁶ Jersild v. Danimarka Davası, Yargıçlar R. Ryssdal, R. Bernhardt, A. Spielmann ve A. N. Loizou'nun karşı oy görüşü.

²²⁷ Jersild v. Danimarka Davası, Yargıçlar F. Gölcüklü, C. Russo ve N. Valticos karşı oy görüşü.

bu nedenle devlete yüklenen tazminatın bütünüyle haksız olduğunu ifade etmişlerdir.²²⁸

AİHM Jersild başvurusunda özellikle başvuru tarafından güdülen amaç unsuru üzerinde durmuş ve röportajın içeriğini ifadenin bağlamı unsuru altında incelemiştir. Dava, karşı oy görüşleri ve Mahkeme'nin tavrıyla birlikte değerlendirildiğinde, özellikle ırkçılığın yayılması ve yabancı/göçmen kişilere olan nefreti tahrik edici ifadelerde medyanın sorumluluğun yüksek olduğu, bu nedenle bu tür nefret söylemlerinin yanlış olduğunu belirtmeden yayınlanmasının, ifade özgürlüğüne yapılacak olan müdahaleyi meşru kılabilceği söylenebilir. Başvurucunun ırkçı nefret söyleminin, göçmenlere karşı olumsuz tavırların yanlış olduğu ve röportajda aktarılan ifadeler katılmadığını belirtmesinin daha yerinde olacağını görüşleri bu nedenle daha isabetlidir.

Nefret söyleminin 10. madde kapsamında incelendiği bir diğer karar *Balsyte-Lideikiene v. Litvanya*²²⁹ başvurusudur. Bu davada bir yayınevinin sahibi olan başvuru, “*Litvanya 2000 Takvimi*”ni yayınlamıştır. Başvuru takvimin içinde yer alan bazı tarihlerle birlikte “*Yahudi yanlısı politikalar uygulayarak Litvanyalılara ve Litvanya ulusuna karşı yeni infazlar başlattı.*”, “*Polonyalıların savaş koşullarında etnik temizlik yapmanın yolu buydu.*” ifadeleri ile birlikte agresif milliyetçilik ve ırkçılık ifadeleri nedeniyle hem uyarı niteliğinde idari cezaya çarptırılmış hem de takvimin satılmayan kopyalarına el konulmuştur.

AİHM ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin üçlü testi uygulamış, demokratik toplumda gereklilik şartı üzerinde başvuruyu ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Mahkeme müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaç olup olmadığı konusunda, başvuru ifadelerinin ulusal nefreti ve yabancı düşmanlığını teşvik eden aşırı milliyetçilik ideolojisine varabileceğini, bu gibi durumlarda taraf devletlere tanınan takdir payının göz önüne alındığını belirtmiş ve davanın koşullarında başvuranın aleyhine alınan tedbirlerin acil bir sosyal ihtiyaç olduğu konusunda taraf

²²⁸ Jersild v. Danimarka Davası, Yargıçlar F. Gölçüklü ve N. Valticos ek karşı oy görüşü.

²²⁹ Balsyte-Lideikiene v. Litvanya, Başvuru No: 72596/01, 4 Kasım 2008.

devletin takdir payını aşmadığına karar vermiştir.²³⁰ Müdahalenin orantılılığı konusunda yaptırımın ağırlığını dikkate alan AİHM, yayına müsadere tedbiri uygulanmasının nispeten ciddi olarak değerlendirilebileceğini belirtmiş ancak başvurucuya para cezası uygulanabilecekken sadece uyarı cezası verilmesinin en hafif idari cezalardan biri olduğunu, bu nedenle cezanın izlenen meşru amaç ile orantısız olmadığını ifade etmiştir.²³¹ AİHM, yerel mahkemenin ileri sürdüğü gerekçelerin müdahaleyi haklı göstermek için yeterli ve ilgili olduğunu belirtmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Karar incelediğinde bu davaya ilişkin olarak demokratik toplumda gereklilik şartı altında Mahkeme'nin, yaptırımın ağırlığını dikkate aldığı görülmektedir. Bu durum, nefret söylemi konusu olsa dahi AİHM'nin bütün davadaki olguları ve şartları incelemesi sayesinde mümkün olmaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine dair kararı yerindedir.

AİHM, cinsel yönelim temelinde nefret söylemini konu alan önemli bir kararı *Vejdeland vd. v. İsveç*²³² davasında vermiştir. Mahkeme'nin cinsel yönelim temelli nefret söylemini ilk kez bu davada inceleme imkânı bulmuş olması, nefret söyleminin gündemde olan bu konu hakkında tavrında belirleyici olduğundan önem arz etmektedir. Davanın konusu, başvurucuların bir ortaokuldaki öğrencilerin okul dolaplarına eşcinsellik karşıtlığı içeren yüze yakın broşür dağıtmaları nedeniyle yerel mahkeme tarafından ulusal veya etnik bir gruba karşı tahrik yaptırımının uygulanmasıdır. İfade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını AİHM'ye taşıyan başvurucular dağıttıkları broşürlerde, eşcinselliğin sapkınlık olduğunu, toplumun özü üzerinde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahip olduğunu ve eşcinsellerin günümüz vebalıları olduklarını ifade etmişlerdir.

Mahkeme dava incelenmesinde, 10. madde kapsamında üçlü testi uygulamış, demokratik toplumda gereklilik başlığı altında başvurucuların dağıttıkları broşürlerdeki ifadelerin ciddi ve önyargıları ifadeler olduğunu ancak broşürde yer alan

²³⁰ A.g.k., §80.

²³¹ A.g.k., §84-85.

²³² *Vejdeland vd. v. İsveç*, Başvuru No: 1813/07, 9 Şubat 2012.

ifadelerle bu bireylere karşı nefret dolu eylemlerde bulunmayı doğrudan önermediklerini ifade etmiştir.²³³ AİHM bu ifadesinin ardından nefreti kışkırtmak için şiddet eylemlerine çağrı yapılmasının gerekmediğini, hakaret, alay konusu veya belirli nüfus gruplarına iftira şeklindeki saldırıların ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme cinsel yönelime karşı ayrımcılığın ırk, köken veya renk temelli ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır.²³⁴ İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığını inceleyen Mahkeme, söz konusu eylemin yerel devlet düzenlemesinde iki yıla kadar hapis cezası taşınmasına rağmen para ve denetimli serbestlik cezasına çarptırılmalarının ağır bir yaptırım olmadığını belirtmiştir.²³⁵ Bu sebeplerle demokratik bir toplumda başkalarının itibarının ve haklarının korunması için ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ulusal makamlar tarafından makul görülebileceğine ve 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Vejdeland vd. davasıyla ilgili olarak yargıç Villeger'in da katıldığı Yudkivska'nın mutabık görüşünde, AİHM'nin cinsel yönelim temelli nefret söylemine karşı izlediği yaklaşımı eleştirilmiştir.²³⁶ Yudkivska görüşünde Mahkeme'nin henüz cinsel yönelim temelinde nefret söylemini ele almamış olmasına rağmen bu türdeki bir nefret söyleminin 10. madde kapsamında korunmayan nitelikte kabul edilebileceğini belirtmiştir. Nefret söyleminin uluslararası hukukta henüz kabul edilmiş bir tanımı olmamasına rağmen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (97) 20 sayılı tavsiye kararında yaptığı tanımın davaya uygulanabileceğini ifade eden yargıç, AİHM'nin uyguladığı yaklaşımı, şiddete yol açma tehdidine kadar nefret söyleminin korunduğu Amerikan yaklaşımına benzetmiştir. Yudkivska, Amerikan yaklaşımındaki şiddete yol açma tehdidi eşiğinin çok yüksek olduğunu belirtmiş, siyasi ve tarihi geçmişinden dolayı Avrupa'nın böyle bir lükse sahip olmadığını, eşcinsellerin AIDS gibi hastalıkların yayılmasının sorumluları olarak tutulmalarının AİHS'nin değerleri ile uyuşmadığını ifade etmiştir.²³⁷ Yargıç Yudkivska ayrıca cinsel yönelim temelli nefret

²³³ A.g.k., §54.

²³⁴ A.g.k., §55.

²³⁵ A.g.k., §58.

²³⁶ Vejdeland vd. v. İsveç Davası, Yargıç Villeger'in da katıldığı Yudkivska'nın mutabık görüşü.

²³⁷ Vejdeland vd. v. İsveç Davası, Yargıç Villeger'in da katıldığı Yudkivska'nın mutabık görüşü, §6.

söylemini ifade özgürlüğünün koruma alanı dışına çıkarmadığı için AİHM'nin bu konuda sağlam bir yaklaşımı gösterme fırsatını kaçırdığını da belirtmektedir.

Nefret söylemi konusunda 17. maddenin ortaya çıkardığı ve çıkarabileceği sorunsalları göz önünde bulundurarak Mahkeme'nin başvuru 10. madde kapsamında değerlendirmesi ve kararı isabetlidir. Ayrıca söz konusu karar, Mahkeme'nin ırkçı, inanç temelli veya etnik nefret söylemi dışındaki diğer nefret söylemlerine olan yaklaşımını ve bu nefret söylemleri söz konusu olduğunda nasıl bir yöntem izleyeceğine örnek teşkil etmesi bakımından da önem arz etmektedir.

İnanç temelli nefret söyleminin 10. madde kapsamında değerlendirildiği örneklerden bir tanesi *İ.A. v. Türkiye*²³⁸ başvurusudur. Davada "*Berfin*" isimli yayın evinin sahibi olan başvuru 1993 yılında yayınladığı "*Yasak Tümceler*" isimli kitabında yer alan ifadeleri nedeniyle para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucunun yayıncısı olduğu kitabın içerisinde "*Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz.*" gibi İslam dinini ve bu dinin peygamberi sayılan kişiyi aşağılayıcı ifadeler yer almaktadır.

AİHM, davayı demokratik toplumda gereklilik başlığı altında incelemeye almış, dini inançlar ve ahlaki görüşlere karşı saldırılar söz konusu olduğunda Avrupa'da tek bir anlayışın olmadığını, ahlak ve din çerçevesindeki aşağılayıcı ifadeler bakımından taraf devletlerin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalelerde daha geniş takdir yetkisi sahip olduklarını belirtmiştir.²³⁹ Mahkeme mevcut davada onur kırıcı veya şok edici ifadelerin yanı sıra Müslümanların peygamberine yapılan çirkin bir saldırının söz konusu olduğunu, Türk toplumunda dini öğretilerin eleştirilmesi bir derece hoş görülse de başvuru 10. madde kapsamında yayınladığı kitaptaki ifadelerin karşısında bu insanların haksız ve ağır saldırıların hedefi olduklarını hissedebileceklerini ifade etmiştir. Son olarak, Türk devleti tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil sosyal ihtiyaç kıstasını sağladığını ve yaptırımın meşru amaçla orantılı olduğunu belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

²³⁸ *İ.A. v. Türkiye*, Başvuru No: 42571/98, 13 Eylül 2005.

²³⁹ *A.g.k.*, §25.

Bu davaya ilişkin olarak yargıçlar Costa, Cabral Barreto ve Jungwiert'in karşı oy görüşlerinde söz konusu yayının sadece 2000 kopyasının basıldığını, bu sayının azlığının ve toplum üzerindeki sınırlı etkisinin değerlendirilmediğini ifade etmişlerdir.²⁴⁰ Kitaptaki söz konusu ifadelerin sarsıcı olduğunu ve Müslümanları kızdırabileceğini kabul eden yargıçlar, sadece bu beyanlara dayanarak bir kitabı tamamıyla itham etmenin yayıncısına cezai yaptırım uygulamak için bir dayanak olmadığı görüşündedirler. Yargıçlar son olarak, düşüncenin geleneklere uyumluluğuna ve yeknesaklığına çok fazla vurgu yapan ve basın özgürlüğüne ilişkin çekişken bir anlayış yansıtan AİHM içtihadının yeniden gözden geçirilme vaktinin geldiğini ve mevcut davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kanısında olduklarını ifade etmişlerdir.²⁴¹

Bu davaya ilişkin olarak kitapta yer alan ifadelerin, Müslümanlara karşı nefret söylemi sayılabilecek niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Mahkeme'nin demokratik toplumda gereklilik şartı altında yaptığı incelemesi ve yayında geçen ifadelerin bağlamını dikkate alındığında davada 10. maddenin sınırlandırma rejimini gerekleriyle birlikte yerine getirildiği ifade edilebilir.

10. madde ile nefret söylemi ilişkisini AİHM yaklaşımıyla özetlenecek olursa; Mahkeme önüne gelen başvuruda 10. madde kapsamında ifade özgürlüğüne devlet tarafından müdahale yapıldığını tespit ettiğinde, bu müdahalenin meşruluğunu üçlü test ile incelemektedir. Mahkeme içtihadı incelendiğinde üçlü test bağlamında müdahalenin yasayla düzenlenmesinin ve meşru amaç şartlarının genellikle tartışma konusu olmadıkları tespit edilmiştir. Bu bağlamda ihtilaf konusu genellikle demokratik bir toplumda gereklilik şartıdır.

AİHM üçlü testin son aşaması olan demokratik toplumda gereklilik kapsamında müdahalenin gerekliliğini titizlikle incelemekte, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar verse dahi müdahalede veya niteliğinde ağırlık bulursa ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmektedir. Mahkeme 10. madde uygulamasında davanın bütün koşullarını inceleme imkânı bulmakta, başvuruçunun

²⁴⁰ A.g.k., §2.

²⁴¹ İ.A. v. Türkiye Başvurusu, Yargıçlar Costa, Cabral Barreto ve Jungwiert'in karşı oy görüşü, §8.

güttüğü amacı, ifadenin içeriğini ve bağlamını da göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Nefret söylemi gibi karmaşık bir kavram için 10. madde incelemesi, 17. maddenin kullanımına göre bu nedenlerle daha sağlıklı bir yaklaşım sağlamaktadır.

2.3. AİHM’NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Tezin ikinci bölüm başlığı altında AİHM’nin nefret söylemine olan yaklaşımı açıklanmaya çalışılmıştır. Mahkeme nefret söylemi söz konusu olduğunda 17. madde ve 10. maddeyi ikili bir yöntem olarak kullanmaktadır. Ancak nefret söylemi kararları incelediğinde AİHM’nin hangi şartlar altında hangi maddeyi kullanarak karar verdiğine ilişkin herhangi bir sistematigi ya da yöntemi izlediği tespit edilememektedir. Bu durum da Mahkeme’nin nefret söylemi konusunda hangi yaklaşımı sergilemesi gerektiği sorunsalını ortaya çıkarmaktadır. AİHM yaklaşımına göre, bir taraftan nefret söyleminin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması şartları altında incelenerek korunmaması diğer taraftan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte Sözleşmenin altında yatan değerlerle uyuşmaması nedeniyle kabul edilemezliği bulunmaktadır. Pratik açıdan bakıldığında Mahkeme’nin nefret söylemi kararlarına 10. madde veya 17. madde uygulaması halinde önemli bir fark yaratmayacağı düşünülebilir. Her halükârda nefret söylemi AİHM nezdinde korunmayan bir söylemdir. Ancak bu iki yaklaşım arasında bazı farklar ve her iki maddenin kullanılmasının avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır.

17. madde uygulaması doktrinde de sıklıkla eleştirilmektedir. Doktrinde bir görüş Mahkeme’nin nefret söylemi konusunda 17. maddeyi uygulaması halinde kişilerin ifade özgürlüğüne dayanarak yaptığı başvuruların kabul edilmeyeceğine, böylelikle nefret söyleminin Sözleşme ile korunmadığına ilişkin güçlü bir mesaj verileceğini düşünmektedir. Diğer bir deyişle, bireylerin veya bir grubun AİHS’nin temel değerlerini ve insan haklarını göz ardı eden faaliyetlerde bulunulması 17. maddenin uygulanması ile engellenmekte, bu bağlamda 17. madde “*Güvenlik*

Kanalı”²⁴² oluşturmaktadır. Bu görüş, 17. maddenin ihtiyatlı ve sistematik bir kullanımının nefret söylemi biçimlerine karşı kullanılabileceğini savunmaktadır.²⁴³ Bununla birlikte Mahkeme’nin nefret söylemine ilişkin henüz bir sistematik oluşturmaması ve 17. maddeyi dört farklı şekilde nefret söylemi içeren başvurulara uygulaması endişe vericidir. Keza 17. madde uygulanması halinde giyotin etkisi yaratmakta ifade özgürlüğüne henüz başvuru aşamasında ket vurulmaktadır.

Doktrinde yer alan diğer görüş ise demokratik bir toplumu savunmak, insan onuru ve eşitlik gibi değerlerin korunması ve geliştirilmesi için 17. madde kullanımının gerekli olmadığını savunmaktadır.²⁴⁴ Bu görüşe göre, 10. maddede yer alan sınırlandırma şartları, hakkın kötüye kullanım maddesinin uygulanmasına gerek kalmaksızın yeterli korumayı sağlayabilmektedir. AİHM’nin nefret söylemi konusunu 10. madde kapsamında değerlendirmeye alması sonucunda bu söylem 10. maddenin 1. fıkrası ve sonraki 2. fıkrasındaki ispat gereklilikleri ile korunmaya devam etmektedir.²⁴⁵ İkinci görüşe göre, nefret söylemi söz konusu olduğunda ifadenin içeriği, bağlamı, başvurucunun niyeti, ifadenin etkisi, müdahalenin orantılılığı gibi bir olayın tüm olgusal ve yasal unsurları dikkate alınmalıdır.²⁴⁶

Mahkeme’nin 17. maddeyi tutarsız bir şekilde kullanması, maddenin ifade özgürlüğü konusunda çok geniş kapsamlı sonuçlarının olması, 10. maddede yer alan ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için zaten hali hazırda katı bir sistemin göz ardı edilerek karara varılması ve davanın tüm koşullarının incelenmediği böyle bir yaklaşım sergilemesi doktrin tarafından eleştirilmektedir.²⁴⁷

Mahkeme ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde yaptığı gibi davanın bütün koşullarını -ki bunlar başvurucunun güttüğü amaç, ifadenin içeriği ve bağlamı, yaptırımın ağırlığı ve meşru amaç ile müdahalenin orantılılığı gibi faktörlerdir-

²⁴² Azad Mustafa Bejou, *a.g.m.*, s. 7.

²⁴³ Françoise Tulkens, “Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihadı”, *içinde İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*, Avrupa Konseyi, Eylül 2012, s. 264.

²⁴⁴ Hannes Canine, Dirk Voorhoof, *a.g.e.*, s. 77.

²⁴⁵ David Keane, *a.g.m.*, s. 656.

²⁴⁶ Eric Barendt, *a.g.e.*, s. 6-23; Ayrıca bkz. Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982.

²⁴⁷ Paulien Elsbeth de Morree, *a.g.e.*, s. 92-93.

inceleyerek karara varmalıdır.²⁴⁸ AİHM'nin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda dikkate aldığı birçok önlem, nefret söylemi konusu olsa dahi devletlerin ifade özgürlüğüne yapacağı müdahaleleri daha derin ve titizlikle inceleme fırsatı yaratmaktadır. Nefret söylemi gibi tehlikeli bir söylemin varlığına rağmen bu durumda yapılması gereken, ifade özgürlüğü gibi önemli ve Sözleşmenin yapıtaşı niteliğini taşıyan bir özgürlüğe yapılan devlet müdahalesinin tüm koşullarıyla değerlendirilmesidir.²⁴⁹ Oysa 17. maddenin davanın henüz kabul edilebilirlik aşamasında uygulanması ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin detaylı incelenmesine engel olmaktadır.²⁵⁰

17. maddenin kullanımı başlığı altında açıklanmış olduğu üzere madde davanın yüzeysel düzey ve bağlamda incelenmesine yol açmaktadır. Oysa 10. madde uygulaması başlığında açıklandığı üzere Mahkeme sınırlandırma rejiminin yanında birçok unsuru da birlikte kullanarak karara varmaktadır. Örneğin Mahkeme'nin Jersild başvurusuna ilişkin kararında, başvurucunun ırkçı nefret söylemlerini direkt olan söyleyen değil, röportajı yapan yayıncı rolünde olduğu ve ifadeleri röportaj sırasında dengelediği sonucuna ulaşması AİHM'nin başvuruyu 10. madde kapsamında incelemesi sayesinde gerçekleşmiştir. Diğer taraftan eğer 17. madde kapsamında dava ele alınmış olsaydı, Mahkeme muhtemelen ifadenin içeriğini ve bağlamını dikkate almaksızın röportajda geçen ırkçı nefret söylemleri nedeniyle, dengeleme süreci ve orantılılık unsurlarının incelemesini yapmadan Jersild'in başvurusunu kabul edilemez bulacaktı.

İfade özgürlüğüne getirilen yaptırımın hapis cezası olması halinde Mahkeme, 10. madde sınırlandırma şartlarına büyük bir önem vererek başvuruyu incelemeye almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme'nin kötüye kullanım yasağını uygulaması halinde göz ardı edilen önemli bir diğer unsur ise orantılılık şartıdır. AİHM, 17. maddeyi uygulandığı davalarda devletin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin orantılılığını genellikle incelememektedir. 17. madde kapsamında değerlendirilen Kühnen başvurusunda Mahkeme, başvurucunun üç yıldan fazla hapis cezası almış olmasını

²⁴⁸ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, **a.g.e.**, s. 80; Erhan Tanju, **a.g.e.**, s. 227.

²⁴⁹ Mehmet Yüksek, **a.g.e.**, s. 138.

²⁵⁰ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 92.

değerlendirmemiştir. Kühnen davasındaki nefret ve şiddet dikkate alındığında müdahalenin meşru olduğu düşünülse dahi Mahkeme'nin, müdahalenin orantılılığını incelemesi daha isabetli olacaktır. Bu nedenle 17. madde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığına yeterli cevap verememektedir.

Orantılılığın 17. maddenin uygulanmasıyla ihmal edilmesi, Mahkeme'nin orantılılık ilkesinin önemini defalarca vurguladığı dava içtihadına da aykırı görünmektedir.²⁵¹ Keza Mahkeme'nin nefret söylemi konulu davalarda, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaç olduğunu kabul etmekle birlikte yaptırımın ağırlığı nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar verdiği görülmektedir. Örneğin, *Mehmet Cevher İlhan v. Türkiye*²⁵² başvurusunda Mahkeme dava konusu yayının nefret söylemi varlığını tespit etmiş olmasına rağmen devlet yaptırımını -iki yıl bir ay hapis cezası- orantısız olarak bulmuş ve müdahalenin amaçlanan hedeflerle makul bir şekilde orantılı olmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.²⁵³ Görüldüğü üzere nefret söylemi konusu dahi olsa AİHM, başvuruyu ancak 10. madde dahilinde incelemeye alıp tüm unsurları değerlendirdiğinde sağlıklı karara varabilmektedir. Oysa 17. madde uygulaması söz konusu olsaydı, Mehmet Cevher İlhan başvurusunda nefret söyleminin varlığı tespit edildikten sonra kabul edilemezlik kararı verilecek, böylece Mahkeme hapis cezasının ağırlığını değerlendirme fırsatı bulmadan demokratik bir toplumda gereklilik şartını ve orantılılık ilkesini göz ardı edecekti.

Takdir payı konusu ise nefret söyleminin 17. madde kapsamında değerlendirilmesi bakımından bir diğer sorunsalı yaratmaktadır. AİHM birçok davada kendisinin ulusal makamların yerine geçerek karar vermediğini, ancak devlet tarafından yapılan müdahalenin Avrupa denetimine tabi tutularak değerlendirildiğini ve bu denetlemeyi yaparken de devletlerin takdir paylarını göz önünde bulundurduğunu açıkça ifade etmiştir.²⁵⁴ Nefret söylemi konusunda ise AİHM devletlerin takdir paylarının daha geniş olduğunu ifade etmektedir.²⁵⁵ Mahkeme'nin 17. maddeyi nefret söylemine uygulaması halinde ise bu takdir marjının Avrupa

²⁵¹ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, **a.g.e.**, s. 70.

²⁵² Mehmet Cevher İlhan v. Türkiye, Başvuru No: 15719/03, 13 Ocak 2009.

²⁵³ **A.g.k.**, §46.

²⁵⁴ Olsson v. İsveç (No. 1), §67.

²⁵⁵ Lehideux ve Isorni v. Fransa, §47.

denetimi ile birlikte değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda kötüye kullanım yasağının uygulanması, taraf devletlerin müdahalelerini yeterince haklı gösterme ihtiyaçlarını ortadan kaldırmakta ve Mahkeme'nin sınırlamaların ikna edici bir şekilde uygulanmasına yönelik rolü önemli ölçüde azalmaktadır.²⁵⁶ AİHM'nin 17. maddenin uygulanmasıyla devletlerin takdir payını değerlendirmemesi, devletlerin bu konuda aşırı sınırlamalara gidip ifade özgürlüğünü ihlal etmesi riskini de taşımaktadır. 17. maddenin nefret söylemine uygulamasının devletlerin takdir payını genişletmesi tehlikesi, ifade özgürlüğü ve nefret söylemi gerilimi açısından endişe vericidir.

Mahkeme'nin tutarsız olarak davrandığı hatta çifte standart uyguladığı bir diğer husus Holokost inkârı ve terörizm ile şiddete teşvik konularıdır. Mahkeme'nin Holokost inkârına yönelik tavrı -17. maddenin kullanım türlerinde açıklandığı üzere- belirli bir tutarlılık içerisinde kötüye kullanım yasağının başvuruya uygulanması şeklindedir. Özellikle Türkiye ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşanan terör eylemleri ile ilgili davalarda ise Mahkeme ifadeleri 10. madde kapsamında değerlendirmekte hatta bazı durumlarda devlet müdahalesini demokratik bir toplum için gerekli görmeyerek ihlal kararı dahi verebilmektedir.²⁵⁷ Holokost inkârı ve şiddete teşvik ile terörizm konularının her ikisi de demokratik sistemin temellerini ve değerlerini zayıflatmaya çalışırken, Holokost inkârının 17. madde kapsamında değerlendirilirken terör eylemleri ya da şiddete teşvik ile alakalı davalarda ifadelerin 10. madde kapsamında değerlendirmesi Mahkeme'nin tutarsız davranışının göstergesidir. Demokrasinin savunulması kapsamında teröre ve şiddete teşvik konularında kötüye kullanım yasağının devreye girmesi gerekmiyorsa Holokost inkârı için de gerekmemektedir. Doktrinde de bu durum, bir ifadenin şiddet çağrısı tespitine ancak ifadenin bütünlüklü olarak değerlendirilmesi sonucunda ulaşılabileceği ve ön bir kabulde ifadelerin kategorik olarak tehlikeli sayılmasının AİHM içtihadı içinde çelişkiye yol açtığı şeklinde eleştirilmektedir.²⁵⁸ Mahkeme demokrasinin

²⁵⁶ Ivan Hare, "Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards", **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, Oxford Press, 2009, s. 78.

²⁵⁷ Incal v. Türkiye (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 22678/93, 9 Haziran 1998; Erdoğan ve İnce v. Türkiye, Başvuru No: 25067/94 ve 25068/94, 8 Temmuz 1999; Halis Doğan (No. 2) v. Türkiye, Başvuru No: 71984/01, 25 Temmuz 2006; Bahçeci ve Turan v. Türkiye, Başvuru No: 33340/03, 16 Haziran 2009.

²⁵⁸ Osman Serkan Gülfidan, **a.g.e.**, s. 119.

savunulmasını ve korunmasını, 10. madde kapsamında ikna edici ve yeterli gerekçelerle sağlayabilmektedir. Bu durumda 17. maddenin kullanılması nefret söylemi içtihadının bölünmesine neden olmaktadır.

Yapılan incelemelerle birlikte Mahkeme'nin nefret söylemi konusunda 17. maddeyi kullanma eğiliminin yüksek olduğu söylenebilir. Doktrinde bir görüş, 17. madde ve 10. madde kullanım ayrımını nefret söylemi mağdurlarının yok edilme amacına dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, 17. madde kapsamında yer alan ifadeler etnik köken, ırk, din gibi konularda kişilerin dışlanmalarını kapsarken 10. madde kapsamına alınan ırk, etnik, cinsel yönelim gibi konularda nefret duygusu olmakla birlikte bu kişiler karşı toplumdan dışlama veya bu kişileri yok etme amacı yoktur.²⁵⁹ Bu görüş, nefret söyleminin temelinde bireylerin toplumdan dışlanmaları, ayrımcılığa maruz bırakılmaları ve nefret söyleminin nefret suçunun bir adımı olması gerekçeleriyle isabetli değildir. Doktrindeki bu görüşün gerekçelerine dayanılarak 17. ve 10. madde ayrımının yapılması mümkün değildir. Aksi takdirde nefret söylemi olan konuların kendi içlerinde ağırlık derecelerinin olduğunun ve bir nefret söylemi türünün diğerine nazaran daha ağır geldiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu durum ise AİHM tarafından Vejdeland başvurusu ile cinsel yönelimin en az diğer nefret söylemleri kadar tehlikeli olduğu görüşüne aykırılık teşkil etmektedir.

AİHK'nin ve AİHM'nin 17. maddenin uygulanması için açık kriterler belirlememeleri Mahkeme içtihadının analizinin yapılmasını özellikle zorlaştırmaktadır.²⁶⁰ Bununla birlikte Mahkeme'nin son dönemlerde 17. maddenin kullanımını artırması ve kapsamını genişletmesi de bir diğer zorluğu ortaya çıkarmaktadır. Holokost inkârı, dini nefret söylemi, şiddete teşvik gibi konularda ise Mahkeme'nin birbirinden farklı yöntemler izleyerek karar vermesi de ikna edici değildir. Mahkeme'nin söz konusu bu tutarsız ve belirsiz yaklaşımı nefret söyleminin 17. madde kapsamında mı yoksa 10. madde kapsamında mı değerlendirileceğini öngörülemez hale getirmiştir. Sonuç olarak, AİHM'ye hak ihlaliyle başvuruda

²⁵⁹ Cengiz Gül, Seher Çakan, **a.g.m.**, s. 390.

²⁶⁰ Paulien Elsbeth de Morree, **a.g.e.**, s. 64.

bulunacak kişiler kötüye kullanım maddesinin kendi davalarında rol oynayıp oynamayacağını öngöremez hale gelmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde kötüye kullanım yasağının nefret söylemi konusundaki eksi ve artılarını, maddenin yarattığı tehlikeler nedeniyle nefret söylemi konusuna uygulanmamasın daha isabetli olacağı ve nefret söylemi içtihadının bölünmesine gerek olmaksızın 10. madde kapsamında gerekli korumanın sağlanabildiği açıklanmaya çalışılmıştır. Yukarıda açıklanan gerekçelerle birlikte AİHM'nin nefret söylemine ilişkin ikili sistem uygulaması isabetli değildir. Bununla birlikte taraf devletlerin nefret söylemine ilişkin yasal düzenlemeler yapmalarının Mahkeme'nin 17. madde uygulamasını zayıflatacağı ve başvuruları 10. maddede yer alan sınırlandırma rejimine göre değerlendireceği öngörülebilmektedir. Bu nedenle taraf devletlerin, uluslararası organizasyonların nefret söylemine ilişkin tavsiyelerine uyarak hem nefret söyleminin cezalandırılmasını sağlayacakları hem de AİHM'nin nefret söylemi içtihadına yön verecekleri ifade edilebilir.

Çalışmanın bu kısmında nefret söylemine ilişkin AİHM içtihadını inceleyerek eleştiriler ve öneriler sunulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise Türkiye'de nefret söylemi mevzuatı incelenerek, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan nefret söylemi konulu bireysel başvuru kararları, AİHM'nin nefret söylemi içtihadı ve yaklaşımıyla karşılaştırılmaya çalışılacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU

KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ

Nefret söylemi, uluslararası alanda sıklıkla tartışıldığı gibi Türkiye bakımından da gündemde olan bir konudur. Türkiye’de yaşayan bireyler belirli bir gruba ait özellikleri taşımaları nedeniyle toplumdan dışlanabilmekte ve nefret söylemine maruz bırakılabilmektedir. Keza Türkiye’de yaşayan bireyler nefret söylemi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği itirazlarını Anayasa Mahkemesi’ne taşımaya da başlamışlardır. Nefret söyleminin toplumsal ve bireysel zararları göz önüne alındığında, ülkemiz açısından bu konuya ilişkin çalışmaların yürütülmesi ve çözümler üretilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın bu başlığı altında öncelikle nefret söylemine ilişkin Türkiye’deki mevzuat ele alınarak konu hakkındaki düzenlemelere ilişkin görüşler sunulacak, ardından nefret söylemi nedeniyle hak ve özgürlüklerinin ihlali itirazlarını Anayasa Mahkemesi’ne taşıyan kişilerin bireysel başvuru kararlarına yer verilerek Mahkeme’nin nefret söylemine ilişkin yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

3.1. NEFRET SÖYLEMİNE İLİŞKİN TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT

Nefret söylemi, Türkiye açısından da literatüre yeni kazandırılmış bir kavramdır. Türk hukukunda nefret söylemine ilişkin olarak yasal bir tanım yapılmamış olmakla birlikte, nefret söylemiyle bağlantılı ya da ilişkili birtakım yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Tezin bu başlığı altında AİHM yaklaşımıyla karşılaştırmak adına öncelikle Anayasa’da yer alan ifade özgürlüğü ve kötüye kullanım yasağı incelenecek, ardından Türk Ceza Kanunu ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu’ndaki nefret söylemiyle ilgili düzenlemelere yer verilecektir.

3.1.1. Türk Anayasası Kapsamında Nefret Söylemi

Türk Anayasası'nda, AİHS'de de olduğu gibi nefret söylemine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğü ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Anayasa bakımından ele alınıp nefret söylemine uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa'da ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak çok sayıda madde bulunmakla birlikte çalışma kapsamında temel düzenlenme niteliğinde olan ve Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin düzenlendiği 13. maddeye ve hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlendiği 14. maddeye yer verilecektir.

İfade özgürlüğü ve sınırlandırma rejimi Anayasa'nın 26. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Madde 26

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

(Mülga fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.)

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılması sayılmaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”²⁶¹

Maddenin ilk fıkrasında AİHS'de olduğu gibi ifade özgürlüğüne yer verilmiş, ikinci fıkrada ise ifade özgürlüğünün hangi meşru amaçlara dayanılarak

²⁶¹Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 26. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 13.05.2020.

sınırlandırılabilir. Maddenin ikinci fıkrası ile AİHS'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki meşru amaçlar karşılaştırıldığında, 26. maddenin AİHS'nin 10. maddesiyle paralel bir yapıda olduğu söylenebilir.²⁶² Bu bağlamda AİHS'nin 10. madde ile Anayasa'nın 26. maddesindeki sınırlama ölçütleri büyük ölçüde uyumludur.²⁶³

Anayasa'nın 26. maddesi, ifade özgürlüğüyle ilgili olarak düzenlenmiş genel bir hüküm niteliğindedir.²⁶⁴ Bununla birlikte Anayasa'nın başkaca maddelerinde ifade özgürlüğünün özel kullanım türlerine yer verilmiştir. Bilim ve sanat özgürlüğü 27. maddede, basın özgürlüğü 28. maddede, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ise 34. maddede düzenlenmiştir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün nefret söylemi bağlamında sınırlandırılması aynı zamanda 27., 28. ve 34. maddeler ile bağlantılı olabilecektir.

Anayasanın 26. maddesi ifade özgürlüğünü ve hangi meşru amaçlarla sınırlandırılabilirini düzenlemekle birlikte, söz konusu hakların sınırlandırılmasının sınırı 13. maddede yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kenar başlığı altında genel bir hükümle düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından genel hüküm niteliğinde olan 13. madde şöyle düzenlenmiştir:

“Madde 13

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”²⁶⁵

Söz konusu maddede Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sadece düzenlendikleri maddelerde yer alan sebeplerle ve sadece kanunla sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması yalnızca kanun ile yapılabilen ve anayasanın ilgili maddesindeki

²⁶² Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 368.

²⁶³ Özcan Özbey, **a.g.m.**, s. 100.

²⁶⁴ Halit Yılmaz, **a.g.e.**, s. 93.

²⁶⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 13. maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 13.05.2020.

sebepler dışında başkaca bir sebeple sınırlandırma yapılamamaktadır. Bu bağlamda 13. madde, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin güvencesi niteliğindedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının; kanunla yapılması, ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da düzenlenmiş maddelerinde öngörülen meşru amaca dayandırılması, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olması, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olması, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaması ve son olarak ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.²⁶⁶ İfade özgürlüğü bağlamında konuyu ele alacak olursak, Anayasa’nın 13. maddesine göre ifade özgürlüğü hakkının özüne dokunulmaksızın ve 26. maddede yer alan şartlara uyularak bu özgürlüğün sınırlandırılması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelere ilişkin önüne gelen başvurularda, 13. madde kapsamında müdahale için öngörülen sınırın aşıp aşılmadığını incelemektedir.²⁶⁷

Nefret söylemi söz konusu olduğunda AİHM’nin 17. maddeyi de uygulayarak karar verdiği, çalışmanın ikinci bölümünde açıklanmıştı. Bu bağlamda, kötüye kullanma yasağının Anayasa kapsamında nefret söylemine uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir. AİHS’nin hakkın kötüye kullanım yasağına ilişkin 17. maddesine benzer bir düzenleme, Anayasa’nın 14. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması şeklinde yer almaktadır. Maddeye göre;

“Madde 14

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

²⁶⁶ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 138.

²⁶⁷ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, s. 110.

*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*²⁶⁸

AİHS'nin 17. maddesi ile Anayasa'nın 14. maddesi karşılaştırıldığında, 14. maddenin nispeten daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir.²⁶⁹ Bununla birlikte 14. madde kapsamında ifade özgürlüğün sınırlandırılması hususu doktrinde tartışmalıdır. Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan faaliyetler ibaresinin, ifade fiilinin dışında kalan davranışları kapsadığını savunan ilk görüşe göre, şiddete teşvik dışında kalan nefret söylemleri 14. madde kapsamında değerlendirilemez olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe göre, nefret söylemi türlerinin salt düşünce açıklaması olması faaliyet niteliğini sağlamamaktadır.²⁷⁰ Bu nedenle Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Faaliyet kavramını dar yorumlayan bu görüşün, daha özgürlükçü ve demokratik bir yaklaşım sergilediği ifade edilmektedir.²⁷¹

Öte yandan faaliyet kavramının geniş yorumlanması halinde ise düşüncelerin söz, yazı vb. yollarla açıklanmasının ve yayılmasının faaliyet kapsamında sayılabileceği ifade edilmektedir.²⁷² Bu bağlamda nefret söylemi içeren ifadeler ikinci görüşe göre Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilmektedir. Anayasa'da düzenlenen 13. ve 26. maddeler, ifade özgürlüğünün korunması ve sınırlandırılması bakımından yerinde düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle daha özgürlükçü ve demokratik bir yaklaşım sergilediği ifade edilen birinci yaklaşımın görüşleri daha isabetlidir.

Anayasa bakımından nefret söylemi konusunda genel bir değerlendirme yapılacak olursa, Anayasa'da AİHS'de de olduğu gibi nefret söylemine ilişkin bir tanımın ya da açık bir ifadenin bulunmadığı ifade edilmelidir. Anayasa'nın 13., 26. ve

²⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 14. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 13.05.2020.

²⁶⁹ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, s. 161.

²⁷⁰ Yalçın Şahinkaya, **a.g.e.**, s. 95.

²⁷¹ Osman Can, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", **içinde Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 396.

²⁷² Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, s. 162; Osman Can, **a.g.e.**, s. 395 vd.

14. maddelerinde nefret söylemine ilişkin bir tanım bulunmamakla birlikte, bu maddelerin içeriğinin nefret söyleminin sınırlandırılmasına elverişli olduğu söylenebilir.²⁷³ Hakkın kötüye kullanılması yasağının nefret söylemine uygulanmasında yaratacağı olumsuz etkiler nedeniyle, Anayasa'nın 14. maddesinin nefret söylemine uygulanması isabetli olmayacaktır. Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağının Anayasa'da düzenlenme şekli itibarıyla nefret söylemine uygulanma potansiyelinin bulunması da göz ardı edilmemelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konularında hakkında kötüye kullanılması yasağını AİHM'nin uyguladığı şekliyle gündeme getirmesi söz konusu olabilecektir. Öte yandan ifade özgürlüğünün düzenlendiği 26. maddede yer alan başkalarının şöhret veya haklarının korunması kapsamında nefret söylemlerinin bir sınırlama sebebi olarak Anayasa'daki sınırlama rejimi altında yasaklanmasına izin verildiği söylenebilir. Bu nedenle nefret söylemi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün -sınırlandırma şartlarının da yerine getirilmesiyle- sınırlandırılabilirliğinin mümkün olduğu ifade edilmelidir.

3.1.2. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Nefret Söylemi

Türk Ceza Kanunu, nefret söylemi ile bağlantılı birtakım hükümler içermektedir. Çalışmanın bu başlığı altında nefret söylemi ile bağlantılı olan bu maddelere yer vererek, TCK'de düzenlenen suçlar ile nefret söylemi ilişkisi ve farklılıkları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda yapılan inceleme, nefret söylemiyle yakından ilişkili olan suçlar bakımından öncelik sırası ile işlenecektir.

3.1.2.1. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi nefret söylemi tanımının yapılmadığı ancak nefret söylemiyle şüphesiz en çok ilişkili maddesidir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı madde şöyle düzenlenmiştir:

²⁷³ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, s. 163.

“Madde 216

(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”²⁷⁴

Söz konusu maddede toplamda üç farklı suçun düzenlendiğini görülmektedir. Suçun oluşması için hedef alınan halkın belirli bir kesimi ibaresi fıkralarda; sosyal sınıf, ırk, mezhep, din, cinsiyet, bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesim gibi sayılı gruplar şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle maddede açıkça belirtilmemiş olan siyasi, ideolojik düşünce farklılıkları ile farklı cinsel yönelime sahip gruplar madde kapsamı dışında yer almaktadır. Günümüzde nefret söylemine en çok maruz kalan gruplar arasında yer alan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin madde kapsamına alınmaması; hem AİHS’ye ve AİHM içtihadına aykırılık oluşturmakta hem de Türkiye’de yaşayan farklı cinsel yönelime sahip bireylerin 216. maddede yer alan suçlara karşı korunamamalarına yol açmaktadır.

Maddenin ilk fıkrasında yer alan suçun işlenmesi bakımından, bir topluluğa karşı kin ve düşmanlığı tahrik etmek tek başına yeterli görülmemekte, bununla birlikte tahrik fiilinin aynı zamanda kamu güvenliği bakımından açık ve yakın tehlikeyi ortaya çıkarması şartı aranmaktadır. 216. maddenin gerekçesinde bu tipte olan tehlike suçları ile ifade özgürlüğü arasında açık ve mevcut bir yakın tehlikenin varlığının aranması gerekliliği ifade edilmiştir.²⁷⁵ Söz konusu açık ve yakın tehlike şartı doktrinde ifade özgürlüğünün korunması bakımından getirilmiş olumlu bir adım olarak görülmektedir. Ancak getirilen bu şart, nefret söyleminin cezalandırılabilirliği bakımından tartışma

²⁷⁴TCK 216. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 14.06.2020.

²⁷⁵ Mustafa Albayrak, **Bilimsel Görüşler: Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Dairesi Kararları Işığında Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap**, 12. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 950-952.

yaratmaktadır.²⁷⁶ Kamu güvenliği bakımından açık ve mevcut tehlikenin tespiti yapılması zor olduğu gibi; bu unsurun her dava ve koşula da uygulanması mümkün değildir.²⁷⁷ AİHM içtihatlarında nefret söylemi, Mahkeme tarafından doğrudan bir zarar olarak kabul edilmekte, bu nedenle ifadenin açık ve yakın bir tehlike yaratmasına gerek duyulmaksızın sınırlandırılabilceği vurgulanmaktadır. Bu konuda her ne kadar AİHM kendi içerisinde tutarsız bir yaklaşım sergilese de TCK'nin 216. maddesinin 1. fıkrasında yer alan açık ve yakın bir tehlike şartının nefret söylemi bağlamında gerekli olmadığı söylenebilir. Keza nefret ve ayrımcılık, dilde başlayarak topluma yayılmakta ve normalleştirilmektedir.²⁷⁸

Doktrinde, 216. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenen fiilin halkın ırk, din mezhep, sosyal sınıf veya bölge bakımından farklı bir kesiminin diğer kesime karşı alenen tahrik edilmesinin, nefret söylemi şeklinde ortaya çıkan bir suç tipi olduğuna dair görüşler bulunmaktadır.²⁷⁹ Bu görüşlere göre, kanun koyucu doğrudan söylemin kendisini cezalandırmaktadır. Nefret söyleminin bu madde ile birlikte açıkça düzenlenmemesine ve tahrik bakımından aranan açık ve yakın tehlike şartına katılmamakla birlikte doktrinde yer alan bu görüşe katıldığımızı ifade etmek isteriz.

Doktrindeki bir başka görüş ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu ortaya çıkaracak düşünce açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini zira bu suçun, halkın bir kesimine karşı şiddeti ve hoşgörüsüzlüğü ortaya çıkaran söylemlerle işlendiğini savunmaktadır.²⁸⁰ Ancak doktrindeki bu görüş, nefret söyleminin tespit edilmesindeki zorluklar ve ifade özgürlüğünün aşırı sınırlandırılmasındaki tehlikeler nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması koşulları altında incelenmesi gerektiğinden sakıncalar barındırmaktadır.

²⁷⁶ Elif Çelik, **a.g.m.**, s. 226.

²⁷⁷ Ulaş Karan, “Nefret Suçları ve Nefret Söyleminin Türkiye Yasalarında Karşılığı”, **içinde Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed. Aylin Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s. 236.

²⁷⁸ Diğer görüşler için bkz. Yalçın Şahinkaya, **a.g.e.**, s. 104 vd.

²⁷⁹ Özge Apiş, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 338.

²⁸⁰ Aras Türay, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 312-313.

216. maddenin 2. fıkrasında, halkın bir kesimini fıkrada sayılan farklılıklara dayanarak aşağılamak suç olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşabilmesi için aranan tek şart aşağılama fiilinin alenen yapılmasıdır. Bunun dışında 216. maddenin 1. fıkrasında yer almayan cinsiyet farklılığına ise bu fıkrada yer verilmiştir. Dolayısıyla cinsiyet temelli olarak halkın bir kesimini aşağılamak 216. maddenin 2. fıkrası gereğince bir suç niteliğindedir. Doktrinde bazı yazarlar maddenin 2. fıkrasında yer alan cinsiyet ifadesinin cinsel tercihi de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.²⁸¹ Ancak kanun koyucular maddenin koruduğu kişiler hakkında sınırlı sayıda türe yer vererek niyetlerini ortaya koymuştur. Cinsel tercih ifadesi, cinsiyet kelimesinin kapsamına girmemekte ve numerus clausus şekilde sayılmış olan bu türler arasında sayılmamaktadır. Bu nedenlerle TCK 216. maddesinin 2. fıkrasının cinsel yönelime sahip bireyleri korumadığı söylenebilir.

2. fıkrada göze çarpan bir diğer değişiklik ise 1. fıkrada aranan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike şartının 2. fıkrada aranmamasıdır. Bu durumda da kanun koyucu nefret söylemiyle ilişkili bir konuda söylemlerin doğrudan yaratabileceği zarar üzerinde durmuş ve başkaca bir sonuca gerek olmaksızın aşağılama fiilinin cezalandırılması gerekliliği üzerine düzenleme yapmıştır. 1. fıkrada düzenlenen halkın belirli bir kesimini kin ve düşmanlığa tahrik etme fiilinin ağırlığı göz önüne alındığında, 2. fıkradaki aşağılama fiilinde dahi aranmayan mevcut ve yakın tehlike şartının 1. fıkrada yer alması tutarsızdır. Keza tahrik suçunun ayrıca mevcut ve yakın tehlike içermesi gerekli değildir.

Son olarak 216. maddenin 3. fıkrasında ise halkın belirli bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin doğru uygulamayı bulması halinde inanç temelli nefret söylemine karşı cezai bir yaptırım öngördüğü söylenebilir. Ancak fıkranın devamında aranan kamu barışını bozmaya elverişlilik şartı, maddenin uygulanmasında birtakım zorluklar yaratabilmektedir. Keza kamu barışını bozmak ifadesinin tespitinin yapılması bir zorluğu, kamu barışını bozmaya “*elverişli*” gibi belirsiz bir ifadenin kullanılması ve suçun gerçekleşmesi bakımından aranması ise diğer zorluğu oluşturmaktadır.

²⁸¹ Yalçın Şahinkaya, **a.g.e.**, s. 105.

Halkın bir kesimini aşağılama (216/2) ile dini değerleri aşağılama (216/3) suçlarının da doktrinde nefret söylemi kapsamında düzenlendiği ifade edilmektedir. Doktrindeki bu görüşe göre, aşağılama fiili tek başına bir suç teşkil eden fiil olarak düzenlenmekte ve nefret söylemi şeklinde ortaya çıkmaktadır.²⁸²

TCK'nin 216. maddesi kapsamında nefret söylemi konusuna genel bir değerlendirme yapılacak olursa; maddenin nefret söylemine yakın bir düzenleme içerdiğini ancak fıkralarda yer alan suç fiillerinin oluşması için aranan şartların tartışmalı olduğu söylenebilir. Madde her ne kadar nefret söylemini tam olarak düzenlemese de 216. maddenin nefret söylemi türlerinin tamamını kapsayacak şekilde düzenlenmesi nefret söylemi mağdurlarının korunması bakımından daha yerinde olacaktır.

3.1.2.2. Hakaret Suçu

Hakaret ve nefret söylemi zaman zaman birbiri ile karıştırılan iki kavramdır. Hakaret genellikle bireylerin itibarlarını korumayı amaçlamakta ve suç unsuru olarak nefret savunusu bulundurması gerektirmeyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Nefret söylemi ise isminden de anlaşılacağı üzere nefret unsurunu barındırmak zorundadır.

Hakaret ile nefret söylemini birbirinden ayıran bir diğer özellik ise hakaret söz konusu olduğunda belirli bir bireyin hedef alınması ve bu kişinin onur veya şerefi ile tahkire maruz kalmasıdır.²⁸³ Nefret söyleminde ise mağdurlar belirli bir gruba ait olmaları ve bu grubun özelliklerini taşımaları nedeniyle nefret söylemine maruz kalırlar. Bununla birlikte nefret söylemi belirli bir bireye hakaret edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Ancak bu durumda dahi konu bu bireye hakaret değil bu bireyin mensubu olduğu, belirli bir özellik paylaştığı topluluğa ve bu topluluğun üyesi olan bireye hakarettir.²⁸⁴ Nefret söylemi bu bakımdan bireysel gibi görünen ancak toplumdaki belirli bir grubu aşağılamaya, dışlamaya ve hoşgörüsüzlüğe yönelik söylemleri içerir.

²⁸² Özge Apiş, **a.g.e.**, s. 338-339.

²⁸³ Ergin İlker Yavuz, **a.g.e.**, s. 97-98.

²⁸⁴ Elena Mihajlova, Jasna Bacovska, Tome Shekerdjiev, **a.g.e.**, s. 36.

Tüm farklılıklarına rağmen nefret söylemi, hakaret suçunun konusunu oluşturabilmekte, diğer bir deyişle nefret söylemi ve hakaret suçu zaman zaman örtüşebilmektedir.²⁸⁵ Hakaret suçu TCK'nin 125. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 125

(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) (1) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”²⁸⁶

Hakaret suçu düzenlemesi ile korunan hukuki değer bireyin şerefi ve sosyal saygınlığıdır. Keza madde gerekçesinde de bu fiilin cezalandırılmasının altında korunan değer, kişinin şeref ve haysiyeti, toplum içindeki itibarı, saygınlığı ve namusu olarak ifade edilmiştir.²⁸⁷ Kanun maddesinde suçun mağduru bakımından “bir kimse” ifadesi kullanıldığından mağdur için herhangi bir özellik aranmadığı

²⁸⁵ Ulaş Karan, “Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret”, s. 113.

²⁸⁶ TCK 125. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 14.06.2020.

²⁸⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 503.

anlaşılmaktadır.²⁸⁸ Hakaret ve nefret söylemi farkı bağlamında bu noktada nefret söylemi mağdurlarının belirli bir gruba mensup olmaları ya da belirli bir özellik taşımaları nedeniyle bu söyleme maruz kaldıklarının hatırlatılması gerekmektedir.

Halkın bir kısmını aşağılama suçu (216/2) ile hakaret suçu arasındaki fark ise mağdur bakımından ortaya çıkmaktadır. Hakaret suçunda mağdur belirli veya belirlenebilir bir veya birden fazla kişi iken, halkın bir kesimini aşağılama suçunda belirsiz sayıda kişiler suçun mağdurudur.²⁸⁹

Hakaret suçunun 125. maddede düzenlenme şekliyle nefret söyleminin bir diğer bağlantısı, maddenin 3. fıkrasının b bendiyle kurulmaktadır. Maddenin 3. fıkrasının b bendinde hakaret suçunun; dini, siyasi, sosyal ve felsefi inançların açıklanması dolayısıyla hakarete maruz kalan bireylere karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda inanç temelli nefret söylemi ile siyasi nefret söylemi b bendi kapsamında hakaret suçu ile örtüşebilmektedir. 125. maddenin 3. fıkrasının b bendi ile birlikte hem dini, sosyal, siyasi, felsefi inanç ve düşünce açıklamalarına üstü kapalı bir koruma sağlanırken hem de bu düşüncelere karşı hakaret suçunun işlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Nefret söylemi ile hakaret suçu arasındaki bir ilişkinin olabileceği kabul edilmekle birlikte, hakaret suçuyla bireysel ya da belirli sayıda kişinin mağdur edildiğinin, nefret söyleminin ise aslında belirli özellikler taşıyan bir grubun tüm üyelerine karşı gerçekleştirildiğinin ifade edilmesi gerekir.

3.1.2.3. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Nefret ve ayrımcılık suçu, TCK'nin Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümünün 122. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

²⁸⁸ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 471; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 599.

²⁸⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **a.g.e.**, s. 597.

“Madde 122

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

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engellenen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”²⁹⁰

Nefret ve ayrımcılık suçuyla korunmak istenen hukuki değer, nefrete dayanan ayrımların yapılmasıyla bazı bireylerin yasaların sağladığı hak ve özgürlüklerden yoksun bırakılmalarının önüne geçilmesidir.²⁹¹ Bununla birlikte aynı zamanda kamu barışının korunması da amaçlanmaktadır.

Maddede düzenlenen suç, ancak nefret saiki ve doğrudan kast ile işlenebilir bir suç şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında suçun oluşabilmesi için aranan nefret türleri sayılı haldedir. Bu nedenle maddenin lafzına göre 1. fıkarda sayılmayan -örneğin cinsel yönelim- nefret türleri nedeniyle gerçekleştirilen fiil ile suçun oluşabilmesi mümkün görünmemektedir. Kanun koyucuların bu suçun oluşması için aranan nefret saiklerine sınırlı sayıda yer vermesi doktrinde, ceza normu tekniği açısından suç tanımını daha belirgin hale getirmesi olarak anlaşılabileceği yorumunu getirmiştir.²⁹² Ancak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve yükümlülükleri gereği maddenin ayrımcılık türlerinin sayılı şekilde düzenlenmemesi yönündeki görüşler²⁹³ bu bağlamda daha isabetlidir.

Söz konusu maddede dil, renk, ırk gibi sınırlı sayıda farklılıklardan kaynaklanan nefret ibaresine yer verilerek ayrımcılığın nefret saikiyle işlenmesi düzenlenmiştir.²⁹⁴ Doktrinde nefret suçunda farklılık veya bir gruba mensubiyet

²⁹⁰ TCK 122. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 14.06.2020.

²⁹¹ Özge Apiş, **a.g.e.**, s. 410.

²⁹² Yalçın Şahinkaya, **a.g.e.**, s. 108.

²⁹³ Bkz. Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, s. 164.

²⁹⁴ Nurten Öztürk, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 93.

nedeniyle ayrımcılığa maruz kalma vurgusunun yapıldığı, nefret söyleminde ise açık bir şekilde düşmanlığı ve hoşgörüsüzlüğü ortaya çıkarma, artırma ve yayma durumunun söz konusu olduğu ifade edilmektedir.²⁹⁵ Bu nedenle doktrinde söz konusu maddenin nefret suçuna ilişkin bir düzenleme gibi görünmesine rağmen aslında ayrımcılığın nefret ile işlenmesini içerdiğine ve maddenin nefret suçunu düzenlemediğine dair eleştiriler bulunmaktadır.²⁹⁶ Bu görüşlere göre ayrımcılık ve nefret suçları birbirinden farklı olgular olmakla birlikte; ayrımcılık, nefret suçları için verimli bir zemin yaratan bir husus olarak görülmektedir.²⁹⁷ Bu nedenlerle TCK 122. maddesiyle hem nefret suçunun uluslararası standartlarda düzenlenmediği hem de nefret söylemi ile alakalı olmadığı ifade edilmelidir.

3.1.3. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu Kapsamında Nefret Söylemi

Türk mevzuatında nefret söylemi ile bağlantılı olabilecek düzenlemelerden bir diğeri 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu’nda bulunmaktadır. Kanunun yayın hizmeti ilkeleri başlıklı 8. maddesinin nefret söylemi ile bağlantılı olabilecek 1. fıkrasının b bendi şöyledir:

“Madde 8

(1) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkrafta yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri;

b) Irk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturmaz.”²⁹⁸

6112 sayılı kanunun yukarıda yer alan bentleri incelendiğinde nefret söylemine ilişkin doğrudan bir tanım yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu madde nefret söyleminin görünüş biçimleri ve türleri bakımından birtakım düzenlemelerde bulunduğu ifade edilmelidir. Maddenin 1. fıkrasının b bendi yayın

²⁹⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **a.g.e.**, s. 480; Ayrıca bkz. Nurten Öztürk, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

²⁹⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Uğur Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 7-56.

²⁹⁷ Hakan Ataman, **a.g.e.**, s. 67.

²⁹⁸ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu 8. Maddesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>, 17.06.2020.

hizmetlerinin toplumda nefret duygusunu oluşturmak amacıyla yapılmasının önüne geçmektedir.

Günümüzde özellikle medyanın nefret söyleminin yayılmasındaki etkisi büyük önem taşımaktadır. Nefret söylemleri her gün insanların evlerine özellikle de yayın yoluyla kolayca girebilmektedir. Bu bakımdan nefret duygularının yayılmasının önüne geçilmesini sağlayan bu düzenleme, nefret söylemi açısından önemli bir nitelik taşımaktadır. 1. fıkranın b bendinde sayılan nefret oluşturabilecek türlerin TCK'nin 216. maddesinde yer alan düzenlemeyle paralel olduğu görülmektedir. Cinsel yönelim ya da engellilik veya diğerk nefret söylemi türlerinin sayılmamış olması maddenin düzenlenmesi bakımından önemli bir eksikliktir. Bununla birlikte kanun düzenlemesinin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (97) 21 sayılı Medya ve Hoşgörü Kültürünün Tanıtımı konulu kararına uygun şekilde yapıldığı ifade edilebilir.

3.2. BİREYSEL BAşVURU KARARLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAşIMI

Nefret söylemi, Anayasa Mahkemesi için de yeni bir kavramdır. Mahkeme içtihadı incelendiğinde nefret söylemine ilişkin karar sayısının az olduğu tespit edilmiştir.²⁹⁹ Mahkeme önüne gelen başvurularda taraflar nefret söylemi iddialarına bazen hiç yorumda bulunmazken bazı başvurularda ise birtakım tespitlerde bulunmaktadır. Mahkeme'nin başkaca kararlarında nefret söylemine ilişkin yaptığı söz konusu bu yorum ve çıkarımlar da en az nefret söylemi kararları kadar önem arz etmektedir.

Çalışmanın bu başlığı altında Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığı kriterlere de yer verilerek nefret söylemi konulu iki karar incelemesinde bulunulacaktır. Ardından Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında nefret söylemine ilişkin yaptığı

²⁹⁹ 16.09.2020 tarihi itibarıyla nefret söylemi aramasında toplam 51 adet karar bulunmuştur. (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=nefret+s%C3%B6yl%20emi>, 16.09.2020.

tespitlere yer verilerek, Mahkeme'nin nefret söylemine yaklaşımı açıklanmaya çalışılacaktır.

3.2.1. Sinem Hun Başvurusu³⁰⁰

Sinem Hun bireysel başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemine ilişkin olarak değerlendirme yaptığı ilk karardır. Başvurunun konusunu, bir internet haber sitesinde bir şampuan markası reklamında geçen ırkçı ve cinsiyetçi nefret söylemleri nedeniyle, başvurucunun bu habere ilişkin bir dernek adına yaptığı başvuruya istinaden hakkında “*Kamhi ile sapkınların avukatından suç duyurusu*” başlıklı bir haber yapılması karşısında, kendisine karşı cinsel yönelim temelli nefret söyleminde bulunularak kişi dokunulmazlığı ile manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır. Başvurucu, söz konusu haber nedeniyle kendisine karşı hakaret ile halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarının işlendiği iddialarıyla suç duyurusunda bulunmuş, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi ve Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne yaptığı itirazın da reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi öncelikle davayı kabul edilebilirlik yönünden incelemiş ve hakaretin nefret söylemi kullanılarak yapıldığı iddiasını içeren başvurular bakımından ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olmasının yeterli olduğu kanısına varmıştır. Başvurucunun manevi varlığının korunmasına yönelik şikayetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ifade ederek başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.³⁰¹ Mahkeme ayrıca cinsel yönelim temelli nefret söyleminin ırk, köken ya da renk temelli nefret söylemleri kadar ciddi bir olgu olduğunu kabul etmiştir.³⁰²

Mahkeme esas bakımından yaptığı incelemede ise konuya ilişkin manevi varlığın korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri, ifade ve basın özgürlüğünün önemi, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmaması ve çatışan haklarda adil dengenin

³⁰⁰ Sinem Hun Başvurusu, Başvuru No: 2013/5356, 08 Mayıs 2014.

³⁰¹ A.g.k., §34.

³⁰² A.g.k., §32.

kurulması gibi AİHM'nin uyguladığı kriterlere yer vermiş ve Mahkeme kararlarına atıfta bulunmuştur. Ayrıca Mahkeme, basın yoluyla işlenen her türlü hakaret suçlarına ilişkin konularda nefret söylemi veya şiddet çağrısı yapılmadığı sürece kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesinden kaçınılması gerektiği görüşündedir.³⁰³

Anayasa Mahkemesi, şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında adil dengenin kurulmasında, haberin yapılmasında kamu yararının önemi, ifadenin içeriği, hedef alınan kişinin özellikleri gibi ölçütleri uyguladığını ifade etmiştir. Haberin içeriğinde yer alan “*Siyonist uşakları yine teröre saldırdı.*” ifadesi ile başvurucunun hedef alınmadığının açık olduğunu ifade eden Anayasa Mahkemesi, “*sapkınların avukatı*” ifadesinde yer alan sapkın ibaresinin doğrudan derneğe yöneltildiğini, bu nedenle sapkın ifadesi ile başvurucu arasında doğrudan bir bağlantı kurulmadığını belirtmiş ve başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması kapsamında şeref ve itibara saygı hakkının ihlal edilmediğine oy çokluğu ile karar vermiştir. Kararda, bireysel başvuruya konu edilen ifadelerin başvurucu yönünden nefret söylemi niteliğini taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadelere karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı, bu nedenle adli makamlarca çatışan haklar arasında kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceği de belirtilmiştir.³⁰⁴

Anayasa Mahkemesi hakimi Osman Alifeyyaz PAKSÜT karara katılmamış ve karşı oy yazısında başvuru konusu haberin eleştirinin ötesinde, başvurucunun avukatlığını yaptığı ve farklı cinsel yönelimli kişileri temsil eden Kaos GL adlı derneğin üzerinden, sapkınların avukatı nitelemesiyle aşağılama ve itibarsızlaştırma amacının bulunduğunu ifade etmiştir. Sapkınların avukatı ifadesinin başvurucunun üstlendiği avukatlık görevi nedeniyle yıldırma, savunma görevinden vazgeçirme gibi sonuçları doğurabileceğine işaret eden Hakim Paksüt, nefret söylemine muhatap olan bir grubun avukatı olduğu için hakaret içerikli ifadelerin hedefi olduğuna değinmiş bu

³⁰³ A.g.k., §55.

³⁰⁴ A.g.k., §61.

nedenle Anayasanın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁰⁵

Anayasa Mahkemesi Sinem Hun kararında, nefret söylemi konusundaki kriterler bakımından AİHM içtihatlarına uygun tespitlerde bulunmuş ancak bu kriterlerin uygulanması konusunda eksik hareket etmiştir. Başvuruya ilişkin haber sitesinde cinsel yönelim temelinde nefret söylemlerinin bulunduğunu kabul eden Mahkeme'nin, yapılan bu haberlerle cinsel yönelime sahip kişilerin avukatlığını yürüten başvurucunun itibarının zedelenmesine neden olduğunu kabul etmemesi isabetli değildir. Ancak bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin kriterler bakımından AİHM içtihatlarına uygun davranması, cinsel yönelim temelli nefret söyleminin ciddi bir olgu olduğunu kabul etmesi ve nefret söylemi söz konusu olduğunda kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesini kabul etmesi bakımından bu karar önem arz etmektedir.

3.2.2. Kaos GL Derneği Başvurusu³⁰⁶

Başvurunun konusu, Sinem Hun kararında olduğu gibi bir internet haber sitesinde yapılan haberde kullanılan ifadelerin nefret söylemi niteliği taşıması gerekçesiyle yapılan şikâyetin kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ile sonuçlanması neticesinde şeref ve itibarın korunması ve etkili başvuru hakkı ile eşitlik hakkının ihlal edildiği iddiasıdır. Başvurucu Kaos GL Derneği, eş cinsel kadın ve erkeklerin eşcinsel varoluşlarını gerçekleştirme, toplumsal barış, huzur ve refahın gelişmesine katkıda bulunma amacı taşıyan bir dernektir.

Başvuru konusunu oluşturan haber yukarıda incelemiş olduğumuz Sinem Hun davasında da yer alan haberdur. “*Habervaktim.com*”da yer alan “*Kamhi ile Sapkınların Avukatından Suç Duyurusu*” başlıklı haberde başvuru derneği “*Kaos GL isimli sapkınların derneği*” ifadesinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuştur. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı

³⁰⁵ Sinem Hun Başvurusu Karşı Oy Yazısı, Osman Alifeyyaz Paksüt, §6-9.

³⁰⁶ Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2014/18891, 23.05.2018.

verilmesi üzerine itirazda bulunulmuş, Ankara 8. Sulh Ceza Hakimliği'nin kararıyla itiraz reddedilmiştir. Başvurucu, 26.11.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi uygulanacak uluslararası hukuk başlığı altında BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi maddeleri ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne değinmiş, ardından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'nin nefret söylemi ile düzenlenmelerine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin nefret söylemi ile yaklaşımıyla ilgili olarak şiddeti, nefret veya nefret eylemlerinin teşviki ve tahrikini ya da şiddeti yücelten veya meşrulaştıran ifadeleri nefret söylemi kapsamına aldığı tespitinde bulunmuştur.³⁰⁷

Anayasa Mahkemesi dava konusunu oluşturan cinsel yönelim temelli nefret söylemi ile ilgili olarak AİHM'nin bir ifadenin nefret söylemi olarak nitelendirilmesi için şiddet ya da suça yönlendirmenin zorunlu olmadığına, ifade özgürlüğünün sorumsuzca kullanılarak toplum bir kesimini aşağılayan ifadeler konusunda da devletlerin harekete geçmelerinin beklendiğine ilişkin Vejdeland kararına³⁰⁸ atıfta bulunmuştur. Mahkeme başvurunun incelemesinde Sinem Hun kararında olduğu gibi nefret söylemi konusunda ceza muhakemesi yolunun tüketilmiş olmasının yeterli olduğu kanısıyla başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve esas yönünden incelemeye geçmiştir.

Başvurunun esas incelenmesinde ifade ve basın özgürlüğü ilkelerine yer veren Mahkeme, bu özgürlüklerin önemini vurgulamış ve sınırlandırma rejimlerini açıklamıştır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması amaçlarındaki başkalarının şöhret ve haklarının korunması şartını değerlendiren Mahkeme, bireyin şeref ve itibarının kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün parçalarını oluşturduğunu, devletin bireyin şeref ve itibarına karşı üçüncü kişi müdahalelerini önlemekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır.³⁰⁹ Basın özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini

³⁰⁷ A.g.k., §26.

³⁰⁸ Bkz. Vejdeland vd. v. İsveç kararı.

³⁰⁹ Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu, §42.

belirten Anayasa Mahkemesi, bu özgürlüğün kullanılırken kamusal bir tartışmanın amacı güdülüp güdülmediğinin, ifadenin içeriğinin, ifade sahibinin önceki davranışlarının ve haberin yayımlandığı dönemde ülkede meydana gelen olayların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³¹⁰

Mahkeme, nefret söyleminin cezalandırılmasını oluşturan temelin, toplumda halihazırda dezavantajlı konumda bulunan gruplara yönelik nefreti artırarak söylemlerin şiddet eylemlerine dönüşmesi tehlikesine engel olmak olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, bir ifadenin nefret söylemi olarak nitelendirilebilmesi için ifadenin yöneldiği gruba karşı şiddet eylemlerini teşvik etme tehlikesinin makul bir şekilde ortaya konması halinde mümkün olabileceği kanısındadır.³¹¹

Başvurunun konusunu oluşturan sapkın ifadesinin sözlük anlamını, haberde kullanılış biçimiyle birlikte ele alan Mahkeme, haber içeriğinin derneğin ne kendisine ne de faaliyetlerine ilişkin olduğunu, ilgili ifade konusunda kamusal tartışma yararının olmadığını bu nedenle basın özgürlüğünün dar yorumlanacağını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca sapkın ifadesi ile derneğin isminin açıkça yer almasının, ifadenin şiddete yöneltme bakımından tehlikeyi ağırlaştıran bir unsur olarak nitelendirmiştir. Bununla birlikte başvuru dernekten haberdar olmayan kişilerin derneğin faaliyet alanına ve sapkın kelimesinin yöneldiği kesime ilişkin fikirlerin oluşmasını zorlaştırdığını ifade eden Mahkeme, internet haberinin altında yer alan yorumları da değerlendirerek tartışma konusunun başka bir yöne doğru gittiğini, bu durumun derneğin hedef gösterilme riskini azalttığını ifade etmiştir.

Şikâyet konusunu oluşturan ifadenin nefret söylemi boyutuna ulaşmadığını ifade eden Mahkeme, sorumlu kişiler hakkında ceza yargılaması yürütülmesini gerekli kılacak derecede nefret ve şiddete yöneltme tehlikesini içermediğine kanaat kılmış ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

³¹⁰ A.g.k., §43-44.

³¹¹ A.g.k., §46.

Yukarıda Sinem Hun kararında da açıklanmış olan gerekçelere dayanarak Kaos GL Derneği başvurusu konusunda Anayasa Mahkemesi isabetli bir karar verdiği söylenemez. Anayasa Mahkemesi nefret söylemi ile ilgili uluslararası hukukta yer alan düzenlemelere yer vermesine rağmen, bu ilkelerin uygulanmasında eksik hareket etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM'nin nefret söyleminin oluşması için şiddeti teşvik etme şartını aramadığına ilişkin kararına açıkça atıfta bulunurken, kararında şiddete yöneltme tehlikesi şartını araması çelişkilidir. Öte yandan Mahkeme'nin, haber sitesinin cinsel yönelime yönelik olumsuz haberlerin sürekli yapıldığını göz ardı etmesi ve derneğin tanınırlığına ilişkin olarak tespitlerde bulunması isabetli değildir. Dava konusunu oluşturan haber yılında sadece cinsel yönelimleri nedeniyle öldürülen 12 birey ve diğer hak ihlaline uğrayan birçok insan bulunmaktadır.³¹² Mahkeme'nin, haberin yapıldığı dönem içerisinde ülkede yaşanan olayları da göz önünde bulundurmadığı, sapkın ifadesinin TDK'de yer alan şekliyle kullanılıp ülkede cinsel yönelime sahip olan kişilere karşı kullanılış biçimiyle ele alınmadığı ifade edilebilmekle birlikte, cinsel yönelime sahip kişilerin haklarını korumaya çalışan başvuru derneğe ve cinsel yönelime sahip kişilere yapılmış olan nefret söylemine karşı 17. maddenin ihlal edildiğine dair karar verilmesi daha isabetli olacaktır.

Anayasa Mahkemesi nefret söylemine dair bu kararların dışında nefret söylemi konusuyla bağlantılı olan davalarda da birtakım tespitlerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi nefret söyleminin genel kabul görmüş bir tanımının olmadığı kanısındadır. Nefret söyleminin mantıklı veya normal görülebilecek ifadelerin de altında yatabileceğinin farkındalığına sahip olan Mahkeme, nefret söyleminin diğer ifadelerden ayırt edilmesini sağlayan ölçütlerin AİHM ve diğer mahkemelerin içtihatları ile uluslararası metinlerle belirlenebileceği kanısındadır.³¹³

Mahkeme nefret söyleminin kapsamını; bir grubun veya grubun üyelerine yönelik nefreti teşvik eden, bu kişilerin gruba ait özellikleri nedeniyle

³¹² 2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu, Yayına Hazırlayanlar: Hayriye Kara vd., Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Ağustos 2013, s. 6, (Çevrimiçi) https://outrightinternational.org/sites/default/files/hak_ihlali-son-1.pdf, 27.06.2020.

³¹³ Fetullah Gülen Başvurusu, Başvuru No: 2014/12225, 14.07.2015, §38.

aşağılanmalarına veya toplumsal olumsuzlukların nedeni olarak görölmelerine neden olan, bu grubun üyelerine karşı baskı, dışlama ve şiddeti meşru gösteren ifadeler olarak belirlenmektedir.³¹⁴

Mahkeme demokratik toplumda nefret söylemi ve şiddet çağrısı içeren ifadelerin meşru amaç ile araçlarla ve ölçülü olmak kaydıyla yaptırım uygulanmasının ve önlenmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda nefret söylemi söz konusu olduğunda kişilere hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesini olumsuz olarak karşılamadığını birçok kararında tekrar etmektedir.³¹⁵ Anayasa Mahkemesi ayrıca nefret söylemi söz konusu olduğunda devlet otoritelerinin, müdahalelerinde geniş bir takdir payına sahip olduğu görüşündedir.³¹⁶ Mahkeme bu görüşüyle birlikte terör ve şiddeti teşvik ile nefret söylemi dışında kalan ifadelere yapılan müdahalelerin demokrasiye zarar verdiğini ve demokrasiyi tehlikeye attığı kanısındadır.³¹⁷

Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi ile alakalı bir diğer tespiti ise insanlık onuru üzerinedir. Nefret söyleminin başkalarının insanlık onuruna karşı bir saldırı öngördüğünü ifade eden Mahkeme, ifade özgürlüğü ile insanlık onuru arasında adil bir dengenin sağlanmaya çalışılmasının söz konusu olmadığını, keza insanlık onuru söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün artık düşünülemeyeceğini ifade etmiştir.³¹⁸ Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğünü ortadan kaldıran bu etki sebebiyle nefret söylemi çok dar yorumlanması gereken bir husustur.

Çalışmanın bu kısmında Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konulu iki kararına ve diğer kararlarındaki nefret söylemine ilişkin tespitlerine yer verilmeye çalışılmıştır. Bir sonraki başlık altında ise Mahkemesi'nin nefret söylemine karşı yaklaşımı değerlendirilecek ve konuya ilişkin eleştiriler sunulacaktır.

³¹⁴ **A.g.k.**, §41; Ayrıca bkz. Durmuş Tezcan vd., **İnsan Hakları El Kitabı**, 8. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 512 vd.

³¹⁵ Emin Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/2602, 23.01.2014, §50, §79.

³¹⁶ Fatih Taş Başvurusu, Başvuru No: 2013/1461, 12.11.2014, §98, Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/9343, 04.06.2015, §75.

³¹⁷ Zübeyde Füsün Üstünel vd. Başvurusu, Başvuru No: 2018/17635, 26.07.2019, §113.

³¹⁸ Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2016/79283, 17.04.2019, §32.

3.3. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN NEFRET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Nefret söylemi konusu, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında az sayıda yer almakla birlikte bu kararlar, Mahkeme'nin yaklaşımına ilişkin önemli örnekler teşkil etmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda nefret söylemi konusunda verdiği kararlarına ilişkin tespitlere ve değerlendirmelere bu başlık altında yer verilecektir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında, nefret söylemi tanımına ilişkin olarak AK Bakanlar Komitesi'nin nefret söylemi kararlarına, BM belgelerine ve diğer uluslararası belgelere atıfta bulunmaktadır. Mahkeme nefret söylemine ilişkin AİHM içtihadına ise sıklıkla başvurmaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin, nefret söylemi tanımında ve ölçütlerinde AİHM ve uluslararası metinlerdeki standartları ve gelişmeleri takip ettiği ifade edebilir.

Nefret söyleminin söz konusu olduğu davalarda, ifade ve basın özgürlüğü ile başkalarının haklarını kapsama alan manevi varlığın korunması hakkı arasında adil dengenin sağlanması gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, bu dengenin sağlanmasında Anayasa ve AİHM içtihatlarında yer alan sınırlandırma ölçütlerini uygulamaktadır. Mahkeme, nefret söylemi konulu iki kararında da ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarının yanı sıra ifadenin bağlamı, ifadenin sahibi ve konumu gibi ölçütlere de yer vermiştir. Mahkeme'nin bu bağlamda AİHM standartlarını uyguladığı ifade edilebilmekle birlikte, yukarıda açıklanan iki karar incelemesinde de ifade edildiği üzere bu ölçütlerin uygulanmasında eksik hareket ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, nefret söylemi konusunun önemini ve tehlikesini kararlarında sıklıkla vurgulamasına karşın, değerlendirme yaparken cinsel yönelim temelli nefret söylemine maruz kalan bireylerin durumlarını ve ülkede yaşanan nefret suçu mağdurları oluşlarını göz ardı etmesi nedeniyle isabetli kararlar vermemiştir. Keza her iki davanın konusu olan cinsel yönelim temelli nefret söylemi Türkiye'de büyük bir sorun arz etmekte, nefret suçu mağdurlarının önemli bir bölümünü cinsel

yönelim temelli bireyler oluşturmaktadır.³¹⁹ Öte yandan Mahkeme'nin cinsel yönelim temelli nefret söyleminin de en az diğer nefret söylemi türleri kadar önemli ve tehlikeli bir husus olduğunu kabul etmesi önem arz etmektedir.

Mahkeme nefret söylemi içeren ifadeler söz konusu olduğunda hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesine karşı olmadığını birçok kararında dile getirmiştir. Bu durum, Mahkeme'nin nefret söyleminin toplumda yaratabileceği tehlike sonuçlarını öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme'nin nefret söylemi konusuna önem verdiğinin anlaşılmasına yardımcı olan bir diğer bakış açısı ise nefret söylemi konulu bireysel başvurularda ceza muhakemesi yolunun tüketilmesinin yeterli olduğunun kabul edilmesidir. Bireysel başvuruda bulunacak olan kişiler bu bağlamda hukuk muhakemesi yoluna gitmeden yalnızca ceza muhakemesi yolunu tüketerek bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir.

AİHM'nin nefret söylemi ile şiddete teşvik konularındaki tutarsızlığına benzer bir tutarsızlık Anayasa Mahkemesi kararlarında görülmektedir. Her iki Mahkeme de nefret söyleminde şiddet unsurunun gerekli olmadığını ifade ederken kararlarında şiddete teşvik unsurunu aramışlardır.³²⁰ Nefret söyleminin yaratabileceği sonuçlar için somut bir şiddete teşvik aranması gerekli değildir. Keza nefret söylemi ilk başta mantıklı görülebilen ifadelerin altında yatabilen, eylemlere dönüşerek nefret suçlarını oluşturabilen, dezavantajlı grupların haklarını ihlal eden önemli bir konudur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şiddete teşvik konusunda tutarsız hareket ederek karar vermesini örnek alması isabetli değildir.

Nefret söylemi söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi, devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir payına sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu tespitin hem olumlu hem de olumsuz birtakım sonuçları bulunmaktadır. Nefret söylemine karşı devletin müdahalede bulunarak bu söylemleri engellemesi ve

³¹⁹ Bkz. 2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu, Yayına Hazırlayanlar: Hayriye Kara vd., Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Ağustos 2013, (Çevrimiçi) https://outrightinternational.org/sites/default/files/hak_ihlal-son-1.pdf, 27.06.2020.

³²⁰ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Gündüz v. Türkiye, §51, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu, §46.

dezavantajlı grupların haklarının korunması bakımından devlet otoritelerinin geniş takdir payına sahip olması olumludur. Ancak bu durum diğer taraftan devlet otoritelerinin nefret söylemi adı altında ifade özgürlüğüne yapılacak olan müdahalelerde aşırı sınırlamaya gitmesi tehlikesini de doğurabilecektir.

Anayasa Mahkemesi nefret söylemi konusuna ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ile manevi varlığın korunması arasında adil bir denge kurulması kapsamında yaklaşmaktadır. Bu bağlamda AİHM'nin nefret söylemine karşı tutumu ile Anayasa Mahkemesi'nin tutumunu karşılaştırıldığında ise hakkın kötüye kullanılması yasağının henüz Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde olmadığı görülmektedir. AİHM'nin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile nefret söylemine ilişkin kararlarına yapılan eleştiriler bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin bu tavrı gösterip gösteremeyeceği şu an için öngörülemez niteliktedir. Öte yandan Anayasa'nın 14. maddesinin nefret söylemine uygulanmasının elverişli olduğu ve Mahkeme'nin bireysel başvuru kararlarında nefret söylemi konularında söz konusu maddeye dayanarak karar vermesi muhtemeldir.

Türk mevzuatı bağlamında nefret söylemi tanımının henüz yapılmamış olması ve bu söylemin tespit edilmesinin zorluğu nedeniyle konunun akıbeti henüz belirsizliğini korumaktadır. Ancak Mahkeme'nin uluslararası standartları takip ediyor ve kararlarında ilkesel olarak yer veriyor oluşu önemli bir gelişme olarak görülmelidir. Mahkeme'nin nefret söylemine yaklaşımında eksik olarak değerlendirdiği; ifadenin bağlamı konusunun ve ifadenin söylendiği zamandaki Türkiye ile dünyada yaşanan olayların takip edilmesi ve değerlendirilmesi halinde Anayasa Mahkemesi'nin yeni kararlarında ifade özgürlüğü ve nefret söylemi gerilimi ile manevi varlığın korunması hakkı kapsamında adil dengenin etkin ve etkili bir şekilde kurulması mümkün olacaktır.

SONUÇ

Nefret söylemi pek çok sosyal bilim alanının konusuna giren, toplumda hoşgörüsüzlüğü yayan ve teşvik eden, toplum içinde kutuplaşmalar yaratan tehlikeli ve zararlı bir söylemdir. İnsanlar iş, okul, ev, sosyal medya ve televizyon gibi birçok yerde nefret söylemine maruz kalmakta ve bu söylemin etkilerini kümülatif bir şekilde diğer jenerasyona aktarmaktadır. Söylemlerin eylemlere dönüştüğü, hatta yaygınlaşan nefret söyleminin hukuka aykırı eylemleri teşvik ettiği savının haklılığı hem ülkemizde hem de dünyada ayrımcı söylemlerin ve nefret söyleminin uzantısı olarak gerçekleşen nefret suçlarındaki artışla görülmektedir.

Nefret söylemi, bireyin sırf bir gruba ait bir özelliği taşıması dolayısıyla maruz kaldığı, taşıdığı özellikler nedeniyle toplumdan dışlanmasına ve ötekileştirilmesine yol açan; söylemin faillerini şiddete yönlendirebilen ve mağdurlarına toplumda istenmedikleri mesajını ileten bir söylemdir. Bu bağlamda nefret söyleminin sosyolojik ve psikolojik birçok sonucu bulunmaktadır. Nefret söylemine maruz kalan insanlar sessizleştirilmekte, dışlanmakta, düşmanlık nesnesi olarak görülmekte ve küçük düşürülmektedirler. Oysa her bireyin kendini var edebildiği, güven ve ayrımcılık görmeden yaşayabildiği bir topluma ihtiyacı bulunmaktadır. Nefret söylemi mağdurlarının toplum içinde en çok zarar gören bireyler olduğunu göz önüne alarak, bu söyleme karşı hukuki temelin hem ülkemizde hem de uluslararası alanda oluşturulması gerekmektedir.

Nefret söyleminin yıkıcı etkilerinin sadece cezalandırma yoluyla son bulmayacağı görüşleri bu bağlamda isabetlidir. Sosyal bilimlerin ortaklaşa çalışmasıyla nefret söylemine karşı toplumun bilinçlendirilmesi ve bu söylemin altında yatan nedenlere inilerek çözüm üretilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte günümüzde artan nefret suçlarının temelinde yatan bu söylemin, hukuksal bir tanımının yapılmasının zaruri olduğu ve cezalandırılmasının hukukun caydırıcı yaptırımlarıyla birlikte toplum içinde farkındalığı artıracak göz önünde bulundurulmalıdır.

Nefret söylemi uluslararası ortaklaşa tanıma sahip bir kavram değildir. Bununla birlikte Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi pek çok uluslararası yapı içinde tanımlanmaya, bu söylemle mücadele konusunda devletlerin hukuki altyapılarının kurulması tavsiye edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde ise henüz nefret söylemi konusunda bir tanım yapılmamış olmakla birlikte, bu kavram yargı kararlarında yer edinmeye başlamıştır.

Ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin çalışmalarını takip etmenin güncel sorunlara çözüm üretmek bağlamında yol gösterici olduğu kanaatinden yola çıkarak çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemine olan yaklaşımı ele alınmıştır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemi konusunda özgün bir yaklaşım sergileyerek kendisini bağlayıcı bir tanım yapmaktan kaçındığı söylenebilir. Mahkeme kararlarında her ne kadar Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (97) 10 sayılı kararındaki nefret söylemi tanımına atıfta bulunsa da AİHM'nin her davayı kendi koşulları içinde değerlendirmesi nedeniyle belirli bir nefret söylemi tanımını kabul etmediği görülmektedir.

AİHM için nefret söylemi, AİHS'de sağlanan korumalardan hiçbir zaman yararlanamayacak bir söylemdir. Ancak Mahkeme nefret söyleminin Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanamamasını ikili bir sistem uygulayarak gerçekleştirmektedir. Mahkeme'nin ilk yöntemi hakkın kötüye kullanılması ile nefret söylemini AİHS korumasından çıkartmaktır. Mahkeme'nin bu yöntemi, nefret söylemiyle mücadele konusunda sadece güçlü bir mesaj vermesi bakımından yararlıdır. Bunun dışında 17. maddenin amacının genişletilerek ve dört farklı yorumla birlikte nefret söylemine uygulanması karmaşıklığa yol açmaktadır. 17. madde uygulanmasıyla birlikte ifade bağlamının değerlendirilmemesi, müdahalenin ve yaptırımın orantılılığı, devletlerin takdir yetkisi konusunda ortaya çıkardığı problemler nedeniyle Mahkeme'nin bu yaklaşımı isabetli değildir.

Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ile nefret söylemi geriliminde uyguladığı diğer yöntem ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılması altında nefret söyleminin AİHS'nin sağladığı korumadan yararlanamamasıdır. Mahkeme ifade özgürlüğüne verdiği önem nedeniyle bu özgürlüğe yapılan devlet müdahalelerini 10. maddeyi kullanarak daha

sıkı bir denetime tabi tutmaktadır. Böylece ifadenin söylendiği zaman ve koşullar daha detaylı değerlendirmekte ve devlet müdahalesinin ağırlığı ve orantılılığı daha yoğun bir şekilde göz önünde bulunmaktadır. AİHM'nin nefret söylemi gibi belirsiz ve üzerinde uluslararası konsensüs oluşmamış bir kavram için ifade özgürlüğünün sınırlandırılması koşullarını uygulaması bu nedenlerle daha yerindedir. Nefret söyleminin taraf devletler tarafından tanımlanmasının bu söylemle mücadele konusunda olumlu bir etkisinin olacağını öngörmekle birlikte aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yön verebileceği söylenebilir. Keza nefret söyleminin sınırlarının belirlenmesi, bir suça dönüştürülmesi halinde cezalandırılmasının gerçekleşmesi ancak taraf devletlerin bu konu hakkında yasal düzenlemeler getirmeleriyle mümkün olabilecektir.

Nefret söyleminin tanımlanmasını güçleştiren etmenlerden birisi de bu kavramın bazen konuşmaların alt metninde yer alarak veya insanlara ilk bakışta mantıklı gelebilen ifadeler olarak karşımıza çıkabilmesidir. Bu nedenle nefret söyleminin tespit edilmesinde birtakım güçlükler bulunmaktadır. Nefret söyleminin cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne vereceği zarar ihtimali ise bu bağlamda diğer bir sorunsalı oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde devletlerin nefret söylemi adı altında bireylerin ifade özgürlüğüne ağır sınırlandırmalar getireceği öngörülmektedir. Ancak hukukçular tarafından yasal çerçevesi iyi çizilmiş, toplumda nefret söylemine maruz kalabilecek bireylerin tamamını kapsayıcı biçimde koruyan ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından katı çizgileri olan bir düzenleme yapılması imkânsız değildir. Keza devlet tarafından nefret söylemi adı altında ifade özgürlüğüne getirilecek ağır sınırlandırmalar şu an için birer varsayım, nefret söylemi nedeniyle toplum içi kutuplaşma ve nefret suçlarının artması ise birer olgu niteliğindedir. Bu nedenle devletlerin bu yıkıcı etkiye sahip söylem bakımından en kısa sürede harekete geçmeleri önem arz etmektedir.

Türk hukuku bakımından konu ele alındığında ise Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konusunu sadece ifade özgürlüğünün sınırlandırılması kapsamında değerlendirmesi; diğer bir deyişle AİHM'nin ikili sistemini kullanmaması isabetlidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin nefret söylemi konusunda uluslararası gelişmeleri nazara alması önem arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu kapsamında nefret

söylemi konusuyla yakından ilişkilendirilebilecek düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu düzenlemelerin nefret söylemine yönelik olarak yeterli caydırıcılık etkisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.

Türk mevzuatında nefret söyleminin tanımının ve yasal çerçevesinin oluşturulması gerek adli gerek cezai yaptırımların öngörülmesi, uluslararası standartların takip edilerek uluslararası belgelerdeki konuya ilişkin tavsiyelere uyulması halinde yukarıda eleştirilerde bulunduğumuz belirsiz konuların açıklığa kavuşmasının sağlanacağını ve nefret söylemine karşı etkin, etkili bir hukuki korumanın oluşturulacağını öngörmekteyiz.

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa

: **Bilimsel Görüşler: Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Dairesi Kararları Işığında Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap**, 12. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Altıkat, Abdurrahim

: “Nefret Söylemi Olarak Halkın Bir Kesimini ve Halkın Bir Kesiminin Dini Değerlerini Aşağılama Suçları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Isparta, 2014.

Altıparmak, Kerem

: **Kutsal Değerler Üzerine Tezler ve İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007.

Apiş, Özge

: **Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Ataman, Hakan

: “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İncoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 47-80.

- Atar, Yavuz : **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Bakırcıoğlu, Önder : “Freedom of Expression and Hate Speech”, **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol. 16, Issue: 1, 2008-2009, s. 1-49.
- Barendt, Eric : **Freedom of Speech**, Second Edition, Oxford Press, 2005.
- Bejou, Azad Mustafa : “Hate Speech in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Inclusion or Exclusion Approach?”, (Çevrimiçi) https://www.academia.edu/35951683/Hate_Speech_in_the_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_Inclusion_or_exclusion_approach, 24.03.2020.
- Bezirgan Arar, Yurdagül; Bilgin, Nuri : “Gazete Haber Başlıklarında Öteki’nin İnşası”, **Kültür ve İletişim**, C. 12, S. 2, 2009, s. 133-157.
- Bıçak, Vahit : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, Güz 2001, s. 56-77.
- Boyle, Kevin : “Nefret Söyleminin Kontrolü: Uluslararası Standartlar Türkiye’den Neler İstiyor?”, Ç. Suzan Bölme, **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed. Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s. 63-70.

Bozkurt, Enver; Kanat, Selim; Bektaş, Sezercan : **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, 3. Bs., Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.

Bulut, İlhan : “Nefret Saiki ile İşlenen Suçlar”, **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara, 2014.

Buyse, Antoine : “Dangerous Speech: The ECHR, Violence and Free Speech”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 63, Issue 02, April 2004, s. 491-503.

Buyse, Antoine : “The Limits of Freedom of Expression An Abuse of Rights Perspective: Article 10 and 17 ECHR”, **Shaping Rights in the ECHR**, Ed. Eva Brems and Jannake Gerards, New York, Cambridge University Press, 2013.

Bychawska Dominika Sinaïarska, : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, Ç. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

Can, Osman : “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **İçinde Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 369-428.

Cannie, Hannes; Voorhoof, Dirk : “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. 29/1, 2011, s. 54-83.

Cannie, Hannes; Voorhoof, Dirk : “The Abuse Clause in International Human Rights Law: an Expedient Remedy Against Abuse of Power or an Instrument of Abuse Itself”, **içinde Bullying and the Abuse of Power**, Ed. K. Vanhoutte vd., Oxford, Inter-Disciplinary Press, 2010, s. 117-124.

Çağiran, Mehmet Emin : **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Çam, Olcay; Çuhadar, Döndü : “Ruhsal Hastalığa Sahip Bireylerde Damgalama Süreci ve İçselleştirilmiş Damgalama”, **Psikiyatri Hemşireliği Dergisi**, C. 2., S. 3, 2011, s. 136-140.

Çamak, Sultan : “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Özel Sayı, 2015, s. 1067-1090.

Çeçen, Anıl : **İnsan Hakları**, 5. Bs., Astana Yayınları, Ankara, 2020.

- Çelik, Elif : “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2013, s. 205-240.
- Çetin, Fethiye : “Yargı Söylemi ya da Hukukun Hakikati”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 125-136.
- Çomu, Tuğrul; Binark, Mutlu : “Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi”, **içinde Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 199-216.
- De Morree, Paulien Elsbeth : **Rights and Wrongs Under the ECHR**, Utrecht, Intersentia, School of Human Rights Research Series, Vol. 78, 2016.
- Demirbaş, Timur : “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 2693-2701.
- Doğan, İlyas; Demirdal, M. : “İfade Özgürlüğü”, **içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ed. İlyas Doğan, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 257-280.
- Doğan, İlyas : **İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Astana Yayınları, 2013.

- Doğan, İlyas : **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Bs., Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- Doğru, Osman; Nalbant, Atilla : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, Avrupa Konseyi, 2013.
- Dondurucu, Zeynep Benan : “Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter’da İncelenmesi”, **Erciyes İletişim Dergisi**, C. 5, S. 4, Temmuz 2018, s. 513-534.
- D’souza, Tanya; Griffin, Laura; Shackleton, Nicole; Walt, Danielle : “Harming Woman With Words: The Failure of Australian Law to Prohibit Gendered Hate Speech”, **UNSW Law Journal**, Vol. 41(3), 2018, s. 1-36.
- Erdoğan, Mustafa : **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. Bs., Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.
- Ersoy, Uğur : “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 7-56.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 25, Şubat 2016, s. 11-29.
- Frowein, Jochen A. : “How to Democracy From Itself”, **içinde The Progression of the International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human**

Rights, Ed. Yoram Dinstein, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 163-178.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Göktepe, Hüseyin : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, S. 25, Şubat 2016, s. 169-211.

Göregenli, Melek : “Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık”, **içinde Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 23-37.

Grimm, Dieter : “Freedom of Speech in A Globalized World”, **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, Oxford Press, 2009, s. 11-22.

Gül, Cengiz; Çakan, Seher : “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1, 2018, s. 365-410.

Gülfidan, Osman Serkan : **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye**

Kullanma Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013.

Hare, Ivan : “Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards”, **Extreme Speech and Democracy**, Ed. Ivan Hare, James Weinstein, Oxford, Oxford Press, 2009, s. 62-80.

İnceoğlu, Asuman Aytekin : “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 103-120.

İnceoğlu, Yasemin; Sözeri, Ceren : “Nefret Suçlarında Medyanın Sorumluluğu: Ya Sev Ya Terk Et Ya Da...”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 23-37.

İnceoğlu, Yasemin : “Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi”, **İçinde Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 75-92.

Kalabalık, Halil : **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Kalabalık, Halil : **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

- Karaçay, Ece : “Yeni Medya Ortamında Kadına Yönelik Haberlerde Nefret Söylemi”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı İletişim Bilimleri Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2018.
- Karadağ, Nergis : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamı Bakımından Cinsel Azınlık Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Kamu Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2007.
- Karadeniz, Serra : “Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, 2012.
- Karan, Ulaş : “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 81-102.
- Karan, Ulaş : “Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret”, **İçinde Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar Mecralar Tartışmalar**, Ed. Mahmut Çınar, İstanbul, Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2013, s. 95-125.

- Karan, Ulaş : “Nefret Suçları ve Nefret Söyleminin Türkiye Yasalarında Karşılığı”, **İçinde Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed. Aylin Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s. 231-243.
- Karan, Ulaş : “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, s. 146-173.
- Karan, Ulaş : **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- Keane, David : “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 25/4, 2007, s. 641-663.
- Koca, Mahmut; Üzülmüş İlhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Kulaksızoğlu Mercan, Nergis : Nefret Suçları”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı İnsan Hakları Hukuku (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2015.
- Küzeci, Elif : “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 71, 2007, s. 174-200.

Lazarova Trajkovska, Mirjana : **Freedom of Expression Through the Practice of the European Court of Human Rights**, The Association of Journalists of Macedonia, Skopje, July 2017.

Lillian, Donna L. : “A Thorn By Any Other Name: Sexist Discourse As Hate Speech”, **Discourse & Society**, Vol. 18(6), s. 719-740.

Macovei, Monica : **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmaad10ifade.pdf>, 24.03.2020.

McGonagle, Tarlach : “The Council of Europe Against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges”, **MCM (2013)005**, Belgrade, s. 1-40, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168059bfce>, 27.03.2020.

Mihajlova, Elena; Bacovska, Jasna; Shekerdjiev Tome : **Freedom of Expression and Hate Speech**, Polyesterday, Skopje, December, 2013.

Mir, Joan Barata; Bassini, Marco : “Freedom of Expression in the Internet: Main Trends of the Case Law of the European Court of Human Rights”, **içinde Internet and**

Constitutional Law, Ed. Oreste Pollicino and Graziella Romeo, Routledge, 2016. s. 71-93.

Oetheimer, Mario : “Protecting Freedom of Expression the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law”, **Cardozo J. Of Int’l & Com. Law**, Vol. 17:427, 2009, s. 427-443.

Oran, Baskın : “Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu, Nefret Söylemi”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnCEOğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 39-45.

Ördek, Kemal : “Türkiye’de Trans Bireylere Yönelik Nefret Suçları”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnCEOğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 307-324.

Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız Pınar : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Özbey, Özcan : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 1, 2013, s. 93-146.

Özkan Duvan, Ayşe : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No. 2, 2017, s. 17-80.

Öztürk, Nurten : **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Richardson-Self, Louise : “Woman Hating: On Misogyny, Sexism and Hate Speech”, **Hypatia**, Vol. 33, No. 2, December 2017, s. 256-272.

Schauer, Frederick : **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge University Press, 1982.

Sedols, Robert Karlis : “Hate Speech As Limitation to Freedom of Expression”, **Riga Graduate School of Law (Bachelor Thesis)**, Riga, 2018.

Showalter, Anne E. : “Resolving the Tension Between Free Speech and Hate Speech: Assessing the Global Convergence Hypothesis”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 26:377, s. 377-415.

Şahin, Kemal : **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Şahinkaya, Yalçın : **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2016.

- Talimciler, Ahmet : “Ötekine Yönelik Nefretin Fark Edilmediği ya da Kanıksandığı Alan: Türkiye Futbol Medyası”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 247-287.
- Tanju, Erhan : **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancaktar, Oğuz; Önok, Rifat Murat : **İnsan Hakları El Kitabı**, 8. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok R. Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Todorov, Tzvetan : **On Human Diversity**, Ç. Catherine Porter, London, Harvard University Press, 1993.
- Tulkens, Françoise : “Les Relations Entre le Négationnisme et Les Droits de l’Homme. La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l ‘Homme”, **içinde Law in the Changing Europe**, Vilnius Mykolo, Romerio Universietas, 2008, s. 425-445.
- Tulkens, Françoise : “Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtiadı”, **içinde İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi, Eylül 2012, s. 259-274.

Türay, Aras : **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Uslu, Cennet : “Nefret Söylemi Versus İfade Hürriyeti”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, Ekim 2013, s. 185-202.

Uyar, Lema : **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 145, 2006.

Van Drooghenbroeck, Sébastien : “L'Article 17 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est-il indispensable?”, **Revue Trimestrielle des Droits de l'homme**, Vol. 12, No. 46, 2001, s. 541-566.

Van Noorloos, Marloes : **Hate Speech Revisited: A Comparative and Historical Perspective on Hate Speech Law in the Netherlands and England & Wales**, Intersentia, 2011.

Vande Lanotte, Johan : **Handboek EVRM**, Oxford, Intersentia, 2005.

- Villiger, Mark E. : “AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü”, içinde **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Ele Alınmış Makaleler**, Avrupa Konseyi, Eylül 2012, s. 297-304.
- Weber, Anne : **Manual on Hate Speech**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, September 2009.
- Yaman, Erkan; Güngör, Halime : “Damgalama (Stigma) Ölçeği’nin Geliştirilmesi, Geçerlilik ve Güvenirlilik Çalışması”, **Değerler Eğitim Dergisi**, C. 11, S. 25, Haziran 2013, s. 251-270.
- Yardım, Müşerref; Dalkılıç, Muhammed Mücahid : “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobyaya: L’express Dergisi Örneği”, **MEDİAD**, Haziran, C. 1, S. 1, 2018, s. 89-109.
- Yavuz, Ergin İlker : “İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi”, **Melikşah Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Kayseri, 2015.
- Yazıcı, Pınar : “Dini Temelli Nefret Söylemi Ekseninde İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2014.

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

Yusuflı, Shahriyar : “Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi” **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, 2015.

Yüksek, Mehmet : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 25, Şubat 2016, s. 115-161.

Çevrimiçi Kaynaklar

2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu, Yayına Hazırlayanlar: Hayriye Kara vd., Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Ağustos 2013, (Çevrimiçi) https://outrightinternational.org/sites/default/files/hak_ihlal-son-1.pdf, 27.06.2020.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları, Nefret Söylemi İbaresini Geçen Kararları, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=nefret+s%C3%B6ylemi>, 16.09.2020.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, 07.04.2020.

Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, (Çevrimiçi), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0, 12.03.2020.

Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation No. (2010) 5 of the Committee of the Ministers to Member States on Measure to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity”, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/09000016805cf40a>, 12.03.2020.

Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec (2019)1 of the Committee of Ministers to Member States on Preventing and Combating Sexism”, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168093b26a>, 13.03.2020.

Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech”, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/1680505d5b>, 27.03.2020.

Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation No. R (97) 21 of the Committee of the Ministers to Member States on the Media and the Promotion of A Culture of Tolerance”, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168050513b>, 12.03.2020.

Council of Europe Gender Equality Strategy, **Combating Sexist Hate Speech**, s. 2, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680651592>, 27.03.2020.

Council of Europe, “Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of Abuse of Rights”, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf, 07.04.2020.

Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, Concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed Through Computer Systems, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/168008160f>, 27.03.2020.

Denmark Penal Code, (Çevrimiçi) https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf, 04.03.2020.

European Commission Against Racism and Intolerance, “ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech”, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>, 13.03.2020.

European Commission Against Racism and Intolerance, “ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination”, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aae>, 13.03.2020.

European Convention on Human Rights, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 29.03.2020.

Free World Centre, **Hate Speech Explained: A Toolkit**, London, 2015, (Çevrimiçi) <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/'Hate-Speech'-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>, 17.03.2020.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss770m.htm>, 27.03.2020.

Gender Equality Unit, **Background Note in Sexist Hate Speech**, Council of Europe, 2016, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059ad42>, 27.03.2020.

İnsan Hakları Ortak Platformu, **Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi: Genel Tavsiyeler, Türkiye Taraf Devlet Raporu**, Ankara, Ece Matbaası, 2010, s. 33, (Çevrimiçi) <http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2008/03/CERD-Kitap-Yorum-Rapor.pdf>, 27.03.2020.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi) ua.mfa.gov.tr/files.ashx?79579, 09.03.2020.

No Hate Campaign Movement, (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign>, 27.03.2020.

ODIHR, **Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses**, Poland, 2006, (Çevrimiçi) <https://www.osce.org/odihr/26759?download=true>, 17.03.2020.

Parliamentary Assembly, “Recommendation 1805 (2007) Blasphemy, Religious Insults and Hate Speech Against Persons on Grounds of Their Religion”, (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en>, 13.03.2020.

Parliamentary Assembly, “Resolution 1510 (2006) Freedom of Expression and Respect For Religious Beliefs”, (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17457&lang=en>, 13.03.2020.

Parliamentary Assembly, “Resolution 1728 (2010) Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity”, (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17853&lang=en>, 13.03.2020.

Parliamentary Assembly, “Resolution 2144 (2017) Ending Cyberdiscrimination and Online Hate”, (Çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23456&lang=en>, 13.03.2020.

Parliamentary Assembly, “Resolution 2275 (2019) The Role and Responsibilities of Political Leader in Combating Hate Speech and Intolerance”, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27636&lang=en>, 13.03.2020.

Pyramid of Hate, (Çevrimiçi) <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf>, 17.03.2020.

Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, 14.06.2020.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, 17.02.2020.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 13.05.2020.

United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, s. 2, (Çevrimiçi), [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech)

[20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOP
SIS.pdf](#), 27.03.2020.

Venice Commision, Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, 17-18 October 2008, (Çevrimiçi)

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e), 26.03.2020.

Venice Commission Original Website, <https://www.venice.coe.int/>, 26.03.2020.

Venice Commission, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in A Democratic Society, 2010, (Çevrimiçi)
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(2010\)047-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(2010)047-e), 26.03.2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

Almeida Azevedo v. Portekiz, Başvuru No: 43924/02, 23 Ocak 2007.

Bahçeci ve Turan v. Türkiye, Başvuru No: 33340/03, 16 Haziran 2009.

Balsyte-Lideikiene v. Litvanya, Başvuru No: 72596/01, 4 Kasım 2008.

Belkacem v. Belçika, Başvuru No: 34367/14, 24 Haziran 2017.

Bîrsan v. Romanya, Başvuru No: 79917/13, 2 Şubat 2016.

Ceylan v. Türkiye (No. 2), Başvuru No: 46454/99, 11 Ekim 2005.

D.I v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 26551/95, 26 Haziran 1996.

Erbakan v. Türkiye, Başvuru No: 59405/00, 6 Temmuz 2006.

Erdoğan ve İnce v. Türkiye, Başvuru No: 25067/94 ve 25068/94, 8 Temmuz 1999.

F.P. v. Almanya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 19459/92, 29 Mart 1993.

Féret v. Belçika, Başvuru No: 15615/07, 16 Temmuz 2009.

Garaudy v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 65831/01, 24 Haziran 2003.

German Communist Party v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 250/57, 20 Temmuz 1957.

Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 8406/78 ve 8348/78, 11 Ekim 1979.

Gündüz v. Türkiye, Başvuru No: 35071/97, 4 Aralık 2003.

Halis Doğan (No. 2) v. Türkiye, Başvuru No: 71984/01, 25 Temmuz 2006.

Handyside v. İngiltere, Başvuru No: 5493/72, 07 Aralık 1976.

Hizb Ut Tahrir vd. v. Almanya, Başvuru No: 31098/08, 12 Haziran 2012.

Incal v. Türkiye (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 22678/93, 9 Haziran 1998.

İ.A. v. Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13 Eylül 2005.

Jersild v. Danimarka (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 15890/89, 23 Eylül 1994.

Karataş v. Türkiye, Başvuru No: 23168/94, 8 Temmuz 1999.

Kasymakhunov ve Saybalatov v. Rusya, Başvuru No: 26261/05 ve 26377/06, 14 Mart 2013.

Kühnen v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 12194/86, 12 Mayıs 1988.

Lawless v. İrlanda (No. 3), Başvuru No: 332/57, 1 Temmuz 1961.

Le Pen v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 18788/09, 20 Nisan 2010.

Lehideux ve Isorni v. Fransa, Başvuru No: 24662/94, 23 Eylül 1998.

Leroy v. Fransa, Başvuru No: 36109/03, 2 Ekim 2008.

Lingens v. Avusturya, Başvuru No: 9815/82, 8 Temmuz 1986.

M'Bala M'Bala v. Fransa, Başvuru No: 25239/13, 20 Ekim 2015.

Maraïs v. Fransa (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 31159/96, 24 Haziran 1996.

Mehmet Cevher İlhan v. Türkiye, Başvuru No: 15719/03, 13 Ocak 2009.

Nachtmann v. Avusturya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 36773/97, 9 Eylül 1998.

Norwood v. Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 23131/03, 16 Kasım 2004.

Olsson v. İsveç (No. 1), Başvuru No: 10465/83, 24 Mart 1988.

Orban vd. v. Fransa, Başvuru No: 20985/05, 15 Ocak 2009

Paksas v. Litvanya (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 34932/04, 6 Ocak 2011.

Pavel Ivanov v. Rusya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 35222/04, 20 Şubat 2017.

Perinçek v. İsviçre (Büyük Daire Kararı), Başvuru No: 27510/08, 15 Ekim 2015.

Rebhandl v. Avusturya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 24398/94, 16 Ocak 1996.

Remer v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 25096/94, 6 Eylül 1995.

Roj TV A/S v. Danimarka, Başvuru No: 24683/14, 17 Nisan 2018.

Schimanek v. Avusturya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 32307/96, 1 Şubat 2000.

Seurot v. Fransa (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 57383/00, 18 Mayıs 2004.

Soulas v. Fransa, Başvuru No: 15948/03, 10 Temmuz 2008.

Sürek v. Türkiye (No. 1), Başvuru No: 26682/95, 8 Temmuz 1999.

The Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26 Nisan 1979.

Vajnai v. Macaristan, Başvuru No: 33629/06, 8 Temmuz 2008.

Vejdeland vd. v. İsveç, Başvuru No: 1813/07, 9 Şubat 2012.

W.P. vd. v. Polonya (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 42264/98, 2 Eylül 2004.

Walendy v. Almanya (Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 21128/93, 11 Ocak 1995.

Willem v. Fransa, Başvuru No: 10883/05, 16 Temmuz 2009.

Witzsch v. Almanya (No. 1) (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 41448/98, 20 Nisan 1999.

Witzsch v. Almanya (No. 2) (Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No: 7485/03, 13 Aralık 2005.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Emin Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/2602, 23.01.2014.

Fatih Taş Başvurusu, Başvuru No: 2013/1461, 12.11.2014.

Fetullah Gülen Başvurusu, Başvuru No: 2014/12225, 14.07.2015.

Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2014/18891, 23.05.2018.

Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/9343, 04.06.2015.

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2016/79283, 17.04.2019.

Sinem Hun Başvurusu, Başvuru No: 2013/5356, 08.05.2014.

Zübeyde Füsün Üstünel vd. Başvurusu, Başvuru No: 2018/17635, 26.07.2019