

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

TARİHSEL SÜREÇTE VE ABD YÜKSEK MAHKEMESİ
İLE AİHM KARARLARINDA İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Rashad JAHANGIROV

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ

İZMİR – 2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Tarihsel Süreçte ve ABD Yüksek Mahkemesi ile AIHM kararlarında İfade Özgürlüğü Sınırlandırması” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih/....../.....

Rashad

JAHANGIROV

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Tarihsel Süreçte ve ABD Yüksek Mahkemesi İle AIHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Rashad JAHANGIROV

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Programı

Bu tez ifade özgürlüğünün bir kavram olarak oluşması ile oluşum sürecinin tarihsel ve doktrinel perspektifini, aynı zamanda ABD Yüksek Mahkemesi ve AIHM kararları ışığında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması koşullarını kapsamaktadır. Tez iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ifade özgürlüğünün geçirdiği tarihsel süreç, kavramın pozitif hukuka aktarılması ve ifade özgürlüğü üzerine oluşturulan tezlerin argümanları incelenmektedir.

İkinci bölümde ise 20. yüzyıldan itibaren ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ABD Yüksek Mahkemesi ve AIHM kararları kapsamında değerlendirilmektedir. Tezde iki ayrı coğrafyadaki en büyük iki mahkemenin kararlarının zamanla sınırlandırmayı nasıl şekillendirdiği, özgürlüğün sınırlarının nasıl çizildiği, nefret söylemi, dine hakaret kavramı ve pornografi ile çatışma noktalarında bu iki mahkemenin kriterlerinin belirlenmesi konusunda özgürlüğün son noktasını nasıl belirlediği incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: ABD Yüksek Mahkemesi, AIHM, İfade Özgürlüğü.

ABSTRACT
Master's Thesis
Restrictions of Freedom of Expression
In The Historical Process and In The
Decisions of The US Supreme Court And ECHR
Rashad JAHANGIROV

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

This thesis covers the historical and doctrinal perspective of freedom of expression as a concept, as well as the restriction of freedom of expression in the light of the decisions of the US Supreme Court and ECHR. The thesis consists of two parts. In the first part, the historical process of freedom, the forms of expression developed in this historical process, the transfer of the concept to positive law and the arguments of the theses on freedom of expression are examined. In the second part, restrictions on freedom of expression since the 20th century are evaluated within the scope of the decisions of the US Supreme Court and ECHR. In this thesis, we examine how the verdicts of the two largest courts in two separate geographies shape the limitation in time, how the limits of freedom are drawn, how these two courts set the ultimate in determination of criteria in terms of hate speech, the concept of blasphemy and conflict with pornography.

Keywords: US Supreme Court, ECHR, Freedom of Expression

**TARİHSEL SÜREÇTE VE ABD YÜKSEK MAHKEMESİ İLE AİHM
KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

**BİRİNCİ BÖLÜM
TARİHSEL SÜREÇTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

1.1. ANTİK ÇAĞ	4
1.1.1. Düşünce Özgürlüğü	7
1.1.2. Siyasal İfade	9
1.2. ORTA ÇAĞ, REFORMASYON VE RÖNESANS	10
1.2.1. Reform ve Rönesans Dönemi	11
1.2.2. Sanatsal ve Bilimsel İfade	13
1.2.3. Reform Sonrası Dönem	15
1.2.3.1 John Milton, Areopagitica ve Sansür	16
1.2.4. Bilgi Edinme Özgürlüğü	19
1.2.5. Hoşgörü (Tolerans) kavramı	21
1.3. ÖZGÜRLÜK KAVRAMININ POZİTİF HUKUKA GEÇMESİ	29
1.3.1. Aydınlanma Çağında Düşünce Özgürlüğü	29
1.3.2. Spinoza'da Düşünce Özgürlüğü	30

1.3.3. Avrupa’da Devrimlerin Sonucu Olarak Özgürlüklerin Pozitif Anayasa Hukukuna Aktarılması	32
1.3.4. Amerika’da Devrimlerin Sonucu Olarak Özgürlüklerin Pozitif Hukuka Aktarılması	34
1.4. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE MODERN BAKIŞ AÇILARI	36
1.5. DEMOKRASİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	39

İKİNCİ BÖLÜM

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI NOKTASINDA 3 ÖRNEK: NEFRET SÖYLEMİ, DİNE HAKARET KAVRAMI VE MÜSTEHCENLİK

2.1. NEFRET SÖYLEMİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	42
2.1.1. Amerika’da Nefret Söylemi, Açık ve Mevcut Tehlike Kavramı	45
2.1.2. AİHM İçtihatlarında Nefret Söylemi	47
2.2. DİNE HAKARET KAVRAMI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	51
2.2.1. Avrupa’da Dine Hakaret Kavramı	52
2.2.1.1. “Charlie Hebdo” Örneği	55
2.2.1.2. AİHM Kapsamında Dine Hakaret Kavramı	57
2.3. MÜSTEHCENLİK, FEMİNİZM VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	62
2.3.1. ABD Federal Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Pornografi	64
2.3.2. AİHM Kapsamında Müstehcenlik ve Genel Ahlak	66
SONUÇ	70
KAYNAKÇA	75

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
p.	Page no
s.	Sayfa no



GİRİŞ

Çalışmamızın konusu ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Bu konuyu seçmemizdeki temel amaç pozitif hukuk metinlerinde ve doktrinlerde geniş tartışmalara neden olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını, sınırlandırmadaki çizginin belirlenmesini, belirlenme kriterlerini, özgürlük üzerine olan tezleri ve argümanları incelemektir. Düşünme yetisi olmadan insan fert olarak mevcut olamaz. Kendini ifade etmeden de düşünme bir anlam ifade etmemektedir. Düşünme ve ifade özgürlüğü modern dünyada, anayasaların hak ve özgürlükler kataloğuna giren ve 1. nesil haklarda yer alan, ancak ne doktrinde ne de pozitif hukukta hala sınırlarının belirlenmesi konusunda konsensüse varılmamış ilkelere birisidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde ilk olarak ifade özgürlüğünün geçtiği tarihsel süreci inceleyeceğim. Antik Çağ'dan itibaren özgürlük ve tartışmanın ortaya çıkması, Sokrates'in savunması, Anaksagoras'a karşı dine hakaret yargılanmasının gerçekleşmesi, "*parrhesia*" kavramının oluşması aktüel ifade özgürlüğünün tarihi perspektiften ilk belirtileri idi. Dinin baskın olmadığı ve din kurumlarının otoriterleşmediği tarihlere kadar ifade, özgürleşmeye doğru kültürel açıdan evrim geçirmekteydi. Kiliselerin Avrupa'da otorite kazanması, toplum ahlakının da kiliseler tarafından belirlenmesine sebep oldu. Kilisenin kendi değerlerini zoraki olarak uygulaması, özgür ifadenin bastırılmasına ve "engizisyon" gibi insanlık dışı uygulamalarla sadece inançlarından dolayı bireylerin mahkum edilmesine sebep olmuştur. Kilisenin gücünün zayıflaması, protestan hareketi, reform ve rönesans dönemleri, basın kurumlarının yayılması, matbaaların aktüelleşmesi zaman ile özgür ifadeyi de oluşturmaya başladı.

Protestan hareketi, kilisenin otoritesinin sarsıldığı ilk noktalardan idi. Protestan hareketinden itibaren ifade özgürlüğü doktrinde felsefi boyutları ile incelenmeye başladı. Sansür uygulamalarına karşı John Milton'un eleştiri denemesi, Mill'in literatüre getirdiği gerçeklik, zarar, fikirlerin pazaryeri argümanları, Spinoza'nın düşünme üzerine denemeleri özgürlüğün teşekkülünde önem arz eden hususlardır. Özellikle İngiltere'de kitap basma sanatının gelişimi, daha sonrasında devlet erkinin kitaplara uygulamaya çalıştığı sansür uygulamaları yeniden tartışmaları kiliseden uzaklaştırarak "devlet-birey" konumuna geri getirmiştir.

İfade özgürlüğünün pozitif hukuka aktarılması yine ilk olarak İngiliz hukuku ile ilgilidir. ifade özgürlüğü ilk olarak Parlamento üyelerine tanınmıştı. Parlamentodaki konuşma ve tartışmalar koruma altındaydı. Yani bu açıdan ifade özgürlüğü 17-nci yüzyılda hala sınıfsal ehemmiyet taşımaktaydı. Antik Çağ'da sadece "iyi" insanların konuşmada özgür olmaları gibi 17. yüzyıl İngilteresi'nde de sadece Parlamento üyeleri konuşmakta özgürdü. Aydınlanma hareketi, 18. yüzyıl devrimleri nihayetinde özgürlüğün Fransız ve Amerikan Anayasa'larına aktarılmasına neden oldu. Amerika'da ifade özgürlüğünün Anayasa'ya aktarılmadan önce, 1789 tarihli kongrede James Madison'un da dediği gibi insanlar konuşma, yazma veya duygularını açıklama haklarından yoksun bırakılamaz veya kısıtlanamaz ve özgürlüğün en büyük siperlerinden biri olan basın özgürlüğü dokunulmaz olacaktır¹.

. Çalışmamızın ikinci bölümü ise pozitif hukukta yer alan ifade özgürlüğü ve sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli tartışmaları ve yargı kararlarını ele almaktadır. Bu tartışmalar ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve AİHM içtihadı kapsamında incelenecektir. Her iki kurum güncel dünyada en geniş kitleye hitap eden mahkeme nitelikli kurumlardır. İfade özgürlüğünün çatışma noktaları olarak özgürlüğün önüne üç kavram koyulmuştur. İlki nefret söylemidir. Nefret söylemi, nefret yasaları, nefret suçları ile ifade özgürlüğü arasında adil dengenin kurulması, pozitif hukukun üstesinden gelmeye çalıştığı hususlardandır. Savaşların neticesinde hassasiyetlerin oluşması, bazı kişi gruplarının aşağılanması ve tahrik edilerek kışkırtılması sonucunda şiddet eylemlerinin tetiklenebilirlik ihtimali bazı ülke hukuklarınca bu ifade şeklini kısıtlamaya mecbur bırakmıştır.

İfade özgürlüğünün karşısına koyulmuş ikinci kavram dine hakaret kavramıdır. Dine hakaret kavramı 20. yüzyıla kadarki Avrupa hukuk tarihinde geniş bir geleneğe sahip suç olarak nitelendirilebilir. Toplumun ahlakını dinin oluşturduğu inancının yıkılmasına kadar din ve dinin kutsal kıldığı değerler kanunlarla koruma altındaydı. Zaman ile bu dogmaların zayıflaması ve toplum ahlakının dinden uzaklaşması bu kavramın da özgürlük havuzuna girmesine neden oldu. Hristiyan çoğunluklu Avrupa devletleri dine hakareti bir suç olarak kanunlarından kaldırdılar. Ancak, Polonya, Yunanistan ve Finlanda gibi Avrupa devletleri hala bu kavramı güncel tutmaktadır.

¹ James H. Read, "James Madison", The First Amendment Encyclopedia, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1220/james-madison>, (01.04.2021).

Çalışmamızda bu kavram çerçevesinde AİHM kararları, Amerikan mahkemelerinin kararları, somut ve güncel “Charlie Hebdo” örneği ve diğer Avrupa devletlerinin bakış açıları değerlendirilecektir.

İfade özgürlüğünün karşısına koyulan üçüncü çatışma noktası ise müstehcenliktir. Sadece pornografi olarak algılansa da müstehcenlik şiddet içeren çağrışımları da ihtiva eden, iğrenç, tiksindirici ve edebe aykırı ifade şeklidir. Müstehcenliğin sadece yetişkin insanlara nazaran değerlendirilmesi yapılmaktadır. Çocuklara hitaben müstehcenliğin ise hiç bir devlet hukukunca ifade özgürlüğünden yararlanması mümkün değildir. Müstehcenlik kavramının mahkeme kararlarında incelenmesinden önce feminizm kapsamında kavramsal olarak müstehcenlik ile feminizmin anti-pornografi tezleri çalışmamızda yer alacaktır. Son olarak ise diğer çatışma noktaları gibi AİHM ve ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararlarını karşılaştırarak iki kurumun bakış açısı incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü kavramı olarak liberalizm, daha doğrusu klasik liberalizm öğretisi ile gelişmeye başlamış ve işlenmiş bir kavramdır. Ancak, liberalizm ortaya çıkmadan önce de bu kavram üzerine bir takım tartışmalar ve değerlendirmeler yapılmıştır.

1.1. ANTİK ÇAĞ

Eski Yunan ve Roma kaynaklarına nazaran bu kavram üzerine dolaylı da olsa çalışmaların olduğunu görmekteyiz. En önemli fark o dönemlere ait kaynaklarda kavramın adlandırılması bazen tartışma, bazen düşünce, bazen de söyleme özgürlüğü olmuştur. Birçok yazar ve filozof bu kavram uğruna eylemlerde bulunmuşlardır. Örneğin, Sokrates gibi bireyler bazı düşüncelerini ifade etmemektense yani susmaktansa ölmeyi üstün tutmuşlardır. Yani o dönemlerde mevcut kanaat bile şu anki, güncel anlamıyla ifade özgürlüğünün unsurlarını teşkil eden düşünme özgürlüğünün bir anlamı olabilmesi için onun düşündüğünü söyleme veya konuşma, ifade etme özgürlüğü ile birlikte olmasının gerekli olduğu yönündeydi³.

Tarihe baktığımızda düşünme ve tartışmanın bir özgürlük kavramı olarak oluşmasını borçlu olduğumuz kişilerin, Atinalılar ve İonialılar olduğunu görebiliriz⁴. Eski Yunan edebiyatı ve sanatı bildiğimiz üzere oldukça gelişmiş nitelikteydi. Dolayısı ile de sanat ve edebiyatın gelişmesi, belli bir olgunluğa ulaşması sadece konuşma, tenkit ve tartışma, aynı zamanda bu hususların özgür olduğu ortamın mevcut olması vasıtası ile gerçekleşebilirdi. Aynı zamanda retoriğin ve diyalektiğin oluşmaya başlamasının da eski çağa tesadüf etmesi, özgür ifade için ortam oluşturmaya başlamıştır. İfade özgürlüğü bir kavram olarak yükselmese de tartışma ve retorik bu kavramı yaymaya başlamıştır. Tarihin bu çağını 5. yüzyılın Aydınlanması olarak da

³ John Bury, Düşünme ve Konuşma Özgürlüğü, çev. Orhan Tekin, Maviçatı yayınları, İstanbul, 2017, s. 6.

⁴ Bury, s. 17, 18.

ifade etmek mümkündür⁵. Özgür düşüncenin beşiği olmuş İonia⁶ Avrupa biliminin ve felsefesinin de başlangıç noktası olmuştur. Modern dönemler istisna olmakla, gerek orta asırlarda, gerekse de eski dönemlerde genellikle bu tartışmalarda odak noktası ve merkezi din olmuştur. Tanrının varlığının sorgulanması ve din üzerine tartışmaların gerçekleştirilmiş olması müzakerelerin merkezini oluşturmaktadır. Yunanlıların diğer halklardan farkları daha seküler olmaları ve aynı zamanda kutsal kitaplarının olmaması idi. Bu hususun da uzantısı olarak antik Yunanda sınırlı da olsa tartışma ve tartışma üzerine özgürlük kavramı oluşa bilmiştir. Homeros'u bazen Yunanlıların kutsal kitabı olarak takdim etseler de bu kitap kutsal kitap mahiyetinden oldukça uzaktadır⁷.

M.Ö 5'nci asırda Atina devleti Yunanistan'da hem en güçlü, hem de sanat ve edebiyat anlamında en gelişmiş konuma erişmişti. Ergin bir demokrasi olan Atina'ya rehberlik etmiş Perikles'in ve onun sıkı arkadaşı Anaksagoras'ın da tartışma özgürlüğüne önemli katkıları ve bu özgürlük kavramının evriminde payları olmuştur. Anaksagoras halkın mukaddes kıldığı varlıklara inanmamakta ve bunu kendi derslerinde öğrencilerine açıkça aktarmaktaydı. İlk "blasphemy"⁸ kanunun kabul tarihi de onun yaşadığı döneme denk gelmektedir. Şu an tüm dünya mahkemeleri tarafından tartışılan 'blasphemy' veya dine hakaret kavramı ilk kez Perikles'in siyasi düşmanları tarafından Anaksagoras'a karşıt olarak kabul edilmiştir. Anaksagoras Mukaddes şeylere dil uzatma kanununun kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesine bakmayarak kendi inançlarını yaymaya ve ifade etmeye devam etmiştir. Onun düşüncesine göre meşru olmayan, kişisel ve parti menfaatleri için kötülüğü sembolize eden bu kanun onun susturulmasını engelleyemezdi. Nihayetinde Anaksagoras'a karşı mahkeme teşkil edildi ve o, Perikles'in nüfuzu sayesinde idam cezasından kurtularak sadece para cezasına mahkum edildi⁹.

Tartışma özgürlüğü açısından Yunan tarihinde diğer önemli süje tabii ki, filozof Sokrates olmuştur. Sokrates her zaman öğrencilerine tartışmanın ve otoriteye

⁵ Enrico Berti, "Ancient Greek Dialectic as Expression of Freedom of Thought and Speech", Journal of the History of Ideas, Vol. 39, No. 3, Pennsylvania, 1978, p. 349, 350.

⁶ Bury, s. 19.

⁷ Bury, s. 19.

⁸ Blasphemy – Literatürde dine, tanrıya ve kutsal nitelikte değerlere hakaret ihtiva eden ifadeler olarak tarifedilmektedir.

⁹ Bury, s. 22.

bağlı kalmamanın önemini aktarmaya eğilimli olmuştur. Eğer Atina zamanında gazete olsaydı, gazeteciler Sokratesi tehlikeli bir adam diye teşhir ederlerdi¹⁰. İdealist bir filozof olan Sokrates suçlamalara rağmen susmamış, hatta muhakemeyi bir şans olarak görmüştür. Şöyle ki, idam cezasına çarptırılacağına rağmen Sokrates uzun ve nitelikli bir savunma yaparak savunmasını bir tartışma alanına dönüştürmeyi başarmıştır. Suçlamaları kabul etmemiş, öldürüleceğini bilmesine rağmen, özür dileyerek cezadan muafiyet kazanabileceği olasılığına rağmen hayatının son anlarında bile özgürce konuşmayı daha üstün tutmuştur¹¹. Filozof, halkın istediği bir şekilde yargıcı üstün kılarak aklanmayı değil hakikatin bulunmasını ön plana çıkarmaya çalışmıştır¹². Filozof aynı zamanda savunmasının sonlarına doğru öldürülmesinin sadece Atinalılar adına kötü bir ün yaratacağını ve bir bilgeden mahrum kalacaklarını da söylemiştir¹³. Düşünme özgürlüğünün en eski savunması diyebileceğimiz bu konuşmada en önemli hususlar bireysel anlamda vicdanın ve tartışmanın sosyal önemidir¹⁴. Benzer durum Aristoteles'in de başından geçti ve idam cezasına çarptırılmadıysa da Aristoteles kutsal şeylere saygısızlık suçundan dolayı Atinadan ayrılmak zorunda bırakıldı.

Mukayeseli şekilde kavramsal boyutları inceleyecek olursak antik çağda ifade özgürlüğüne eş değer olabilecek, "*parrhesia*" kavramını incelemek gerekmektedir. Kanımca, bu kavramı muayyan bir kesime tanınmış, inançların dışı vurulabilmesi, doğru, dürüst ve samimi konuşmayı ihtiva eden, güncel ifade özgürlüğünden daha dar kapsamlı bir kavram olarak kısaca izah etmek mümkündür. "*Parrhesia*" kelimesinin konuşma özgürlüğü, özgür konuşma veya bazen dürüst konuşma gibi çevrilebilirse de bu kavram ile konuşma özgürlüğünü aynı nitelikte izah etmek doğru değildir.

Güncel anlamı ile konuşma veya ifade özgürlüğü, tabiatı gereği ile bir hak kavramıdır. Bu hakkı tanıyan kanunlar, vatandaşların her birine bu hakkın gereksinimlerini de aynı şekilde ve eşit derecede temin etmektedir. Devletin müdahalesini istisna eden negatif bir özgürlük kavramı olarak güncel ifade özgürlüğünün Antik Çağ'da Atina'da da aynı şekilde işlemesi söz konusu değildir¹⁵.

¹⁰ Bury, s. 24.

¹¹ Platon, Sokratesin Savunması, çev. Cüneyt Çetinkaya, Bordo-Siyah Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 24.

¹² Platon, s. 14.

¹³ Platon, s. 29.

¹⁴ Bury, s. 27.

¹⁵ Arlene W. Saxonhouse, Free Speech and Democracy in Ancient Athens, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 86.

Atina’da özgür konuşma her bireyin sahip olduğu bir değer değildi. *Parrhesia*’dan sadece iyi¹⁶ kişiler yararlanabilirdi¹⁷. İyi kişilerden ziyade *parrhesia*’nın konsept olarak güncel ifade özgürlüğünden esas hatları ile en önemli farkı bu kavramın hiç bir şekilde bireysellik boyutunun olmaması idi. Antik Atina’da bir imtiyaz olan ifade özgürlüğü, genel olarak oligarşi veya monarşinin düşünce karmaşıklığı içinde olan halka karşı kullandığı silah niteliğindeydi¹⁸. Düşünme bütün insanların ortak özelliğidir. Ancak düşünme ve onun ifade edilmesinin bir anlam taşıması için insanlardan oluşan toplumun mevcudluğu, bu toplum içinde ifade etmenin değer taşıması ve bu vasıta ile kamuoyu yaratma niyeti zaruri ehemiyet taşımaktadır. Tartışmanın istisna edildiği hali ile kendi-kendine düşünme, bunu ifade etmeme değer ifade etmemektedir¹⁹. *Parrhesia*’dan sadece devletin ve cemiyetin yararlarına nazaran ifadeler kullanmak için istifade edilmekteydi²⁰.

Tarih boyunca gördüğümüz üzere düşünce özgürlüğünün bastırılması hristiyanlığın bir otoriteye ulaşması ile başlamıştır. Antik zamanlarda düşünmenin ve tartışmanın önemli bir konumunun olduğunu görmek hiç de zor değildir. Eğitim görmüş Yunanlılar hep tolerans sahibi insanlardı, aklın dostuydu ve akıldan üstün hiç bir otorite tanımazlardı. Fikirler zorla değil, ispat ve kanıtlarla kabul ettirilirdi. Hiç kimseden Gökler Saltanatına küçücük çocuklar gibi inanıvermesini veya zekasını, hata etmezliği iddia edilen, bir otorite önünde secde ettirmesi istenmezdi²¹.

1.1.1. Düşünce Özgürlüğü

Düşünme ve düşünce antik çağda önem kazandığı ve ilk o zamanlarda oluşmaya başlayan bir kavram olduğu için bu dönemin bir alt başlığı olarak kaleme almanın daha doğru olacağını düşündüm. İnsanın davranışlarını şekillendiren husus

¹⁶ İyi – Ahlaki normları çiğnememiş, örneğin “erkek fahişe” olmamış, toplumda saygısı olan fertler olarak nitelendirilmektedir.

¹⁷ Saxonhouse, p. 98.

¹⁸ Max Radin, “Freedom of Speech in Ancient Athens”, The American Journal of Philology, Vol. 48, No. 3, 1927, p. 218.

¹⁹ Gerard Duprat, Düşünce Özgürlüğü ve Hoşgörü, çev. İsmail Yerguz, Burcu Çiçek Eken, Dost Kitabevi, Ankara, 2013, s. 121.

²⁰ Saxonhouse, p. 96.

²¹ Bury, 39.

onun kendi dünyasında yaratılan ve şekillenen düşüncelerdir, diğer geleneksel²² özgürlükler ise düşünceye verilen değerin neticesinde oluşturulmuştur²³. Düşüncenin iki evresi vardır. Bunlar oluşuma kadarki ve oluşumdan sonraki, yani artık ifade edilmeye hazır olan düşünce evresidir.

Öncelikle özgürlük perspektifini araştırmadan önce düşüncenin ne olduğunu muayyan etmek gerekmektedir. Düşünce, insanın bilme yetisinin karmaşık etkinliğine, bu etkinliğin ürünlerine, bunun devamı olarak önermeler ise ifadelere işaret etmektedir²⁴. Konumuz düşünce özgürlüğü olduğu için aktüel zamanımıza nazaran bu özgürlüğü düzenlenmesi tartışmalı bir husustur. Tartışmanın esas objesi, düşünmenin ifade özgürlüğü perspektifinden daha ilk evresinde olması ve dolayısı ile harici aleme, diğer insanlara daha hiç bir şekilde etki etmemesidir.

Düşünce, dahili bir işlemdir; ferdin fikri alanında bulunan ve daha açığa vurulmayan pasif ifadeler için harici alemde, diğer fertlere nazaran pozitif veya negatif etki ve sonuç doğurması, aynı zamanda başkalarına zarar verme kabiliyetinde değildir²⁵. Bu perspektiften düşünce özgürlüğünün iki kategorisi mevcuttur. Birincisi, daha sınırlı anlamda düşünme özgürlüğüdür ki, bu kapsamda düşünceler toplum, kamu için tehlike teşkil eden düşünceleri ihtiva ediyor olsa bile, daha kamusal alana aktarılmadığı, ifade edilmediği için kanunla sınırlandırma öngörmek de anlamsızdır. Bu konseptte bir anlayış olarak sınırlı, kapsamı itibarı ile ise sınırsız düşünce özgürlüğüdür²⁶. Bir başka deyişle, ifadenin daha düşünme aşamasında olması, o ifadenin daha şahsi ve mahremiyet alanında olmasını ihtiva eder. Bir düşünce kamusal alana aktarılan kadar hiçbir ölçütle kısıtlanmaya maruz kalmamaktır. Bazı pozitif hukuk metinlerinde, bu perspektiften düşünce ve ifade özgürlüğü farklı başlıklar altında ele alınmıştır. En güncel uluslararası hukuki metin olan AİHS²⁷ düşünce özgürlüğüne, inanç ve vicdan özgürlüğü ile beraber, ifade özgürlüğüne ise farklı bir başlıkta yer vermiştir.

²² Örnek: Toplanma ve Dernek Kurma özgürlüğü.

²³ İlhan F. Akın, Temel Hak ve Özgürlükler, Fakülteler Matbaası, Baskı: 3, İstanbul, 1971, s. 10 .

²⁴ İonna Kuçuradi, Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?, Düşünce Özgürlüğü Sempozyumu kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyalijsi Arkivi, Alman Kültür Merkezi ve Fransız Kültür Merkezi, AFA Yayınları, 1998, s. 24.

²⁵ Adnan Küçük, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 37.

²⁶ Akın, s. 152.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 9.

Düşünce özgürlüğünün bir kavram olarak gereksinimlerinden bir tanesi de bir kimsenin düşüncesini açıklanmaya zorlanmamasıdır. Yani, fert inançları çerçevesinde oluşturduğu kanaatleri kamusal alana aktarmak istememeyi tercih ediyorsa, devlet veya diğer kişiler ferdi bu düşüncelerini açıklamaya zorlayamaz. “Bu hürriyet, kişinin inandığı ve benimsediği düşünce ve kanaatlerini söylememe, kamusal alana aktarmama hakkını sağlamaktadır.”²⁸ İkinci kategori ise daha geniş bir anlamda tefsir edilen, normatif olarak ifade özgürlüğü kavramını pozitif hukukta düşünce özgürlüğü adlandırması ile tespit eden, dolayısı ile kanun boyutunda sınırlandırma öngören düşünce özgürlüğü kavramıdır.

1.1.2 Siyasal İfade

Retorik, inandırma yetisi olup konuşma vasıtası ile tezahür eden bir ifade olarak tanımlana bilir. Önceki başlıkta atıf yaptığım “*parrhesia*” kavramı kapsamında toplumsal ve siyasal değere sahip ifade şeklidir. Aristoteles retoriğin konuşmanın içeriğine, hitap ettiği kişilere ve mazmununa göre olmak üzere 3 tür olarak tasnif etmiştir. Bunlar politik söylev, adli söylev ve törensel söylev²⁹ şeklindedir. Aristoteles, retoriğin politik söylev kısmına esasen daha çok kamusal ehemmiyetli ifadeleri dahil etmiştir. Devlet erkinin idaresine etki sağlaya bilecek veya kamuoyunda bir rolü olan ifadeleri Aristoteles politik söylev olarak ifade etmiştir. İfade özgürlüğü kamuoyu veya toplumsal kanaat açısından iktidar ve vatandaş arasında bağı kuran araç, köprü veya vasıtaadır. Bu açıdan da politik içerikli ifadeyi önemli kılan husus ferdin toplumu kendi düşünceleri doğrultusunda iktidara etki etme ile yaşadığı toplumun gelişmesini amaçlamasıdır³⁰.

Güncel dünyamızda mukayeseli hukuka nazaran politik içerikli ifadeler daha çok korunma altına alınmaktadır. Bu tür ifadeler esasen basın vasıtası ile ifade edilmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi veya Avrupa pozitivizmi bazen istisnalar ederek, özgürlüğün demokrasiye dayanan argümanını esas alarak politik ifadelerin, siyasilerin, kamusal figürlerin, hususile de muhalif kişilerin

²⁸ Küçük, s. 41.

²⁹ Aristoteles, Retorik, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 44.

³⁰ Çiğdem Baloğlu, İfade Özgürlüğü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2006, s. 41.

ifadelerinin daha değerli kategoride olduğunu ve korunmasının daha çok önem arz ettiğini ifade etmektedir.

1.2. ORTA ÇAĞ, REFORMASYON VE RÖNESANS

Hristiyanlığın otoriteleşmesi, kiliselerin büyük söz ve güç sahibi olması onların insan hayatına müdahale alanlarını da arttırmıştır. Daha matbaaların yaygın bir şekilde ortaya çıkmasından yıllar önce bile, yeni yeni gelişen kilise, kendileri tarafından yayınlanmayan kitaplara tahkirle yaklaşmış ve “hakiki kitaplar” listesi hazırlayarak öteki adlandırdıkları eserleri yasaklamıştır.³¹

Orta çağ ifade özgürlüğü anlamında eski çağlara nazaran ilerlemek yerine gerilemiştir. Hristiyanlığın daha da aktüelleşmesi, hakim görüş karşıtı olanların cezalara çarptırılması tüm Avrupayı esir almıştır. Milan Fermanı ve ardından Büyük Konstantinin hristiyanlığı Roma İmparatorluğu’nun resmi dini olarak kabul etmesi neticesinde düşünce zincire bağlanmıştır. Özellikle Engizisyon mahkemelerinin teşkil edilmesi, “sapkın” adlandırılan kimselerin cezalandırması eylemleri, düşünceyi daha da bastırmaktaydı. Sapkınlığın anlamı üzerine Aziz Augustun’un tefsirine göre sapkınlık, “bazı dünyevi avantajların aşkıyla ve özellikle de şanı ve iktidarı için yeni ve sahte görüşlerin etkisinde kalarak görüşler icat etmek veya öyle fikirleri izlemektir”³². Anlaşıldığı üzere orta çağda sapkınlık, yani düşünce devamlı takiplere maruz kalmaktaydı.

“Engizisyon güneybatı Avrupa’da XIII. yüzyıldan itibaren görülmeye başlanan ve bilhassa Hristiyanlık’tan dönen, dini esaslara başkaldıran kimseleri, kısmen de Yahudi grupları yahut konvertoları³³ yok etmek maksadıyla kurulmuş, XIX. yüzyıl ortalarına kadar etkisini sürdüren Katolik kilise mahkemeleri ve adli kurumlar için kullanılmış bir terimdir.”³⁴

³¹ Robert Trager, Donna L. Dickerson, çev. A. Nuri Yurdusev, Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 44.

³² Jacqueline Martin-Bagnaudez, L’Inquisition, mythes et réalités, Desclee de Brouwer, Paris, 1992, s. 11-den aktaran Ahmet Hikmet Eroğlu, “Farklı İnancı Tehdit Olarak Algılamanın Sonucu: Engizisyon”, Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 20, s. 95.

³³ Literatürde Hristiyanlaşmış Yahudileri tanımlanma şeklidir. Latince kökenli “converso” kelimesinden gelmekte olup, dönüştürülme anlamına gelmektedir.

³⁴ Kürşat Demirci, “Engizisyonun Günümüze Hatırlattıkları”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s. 91.

Engizisyon mahkemelerinin öncesinde de daha bu resmi mahkemeler kurulmadan da bireysel olarak Hristiyanlar, heretiklere³⁵ baskı uygulamakta, onları kendilerinden uzaklaştırmaktaydı. Özellikle, farklı görüş ve dine mensup mensupların zoraki yol ile Hristiyanlaştırılması amacına hizmet eden bu hareketler bütünü sonucunda binlerce kişinin sadece görüşlerinden ve inançlarından dolayı acımasızca öldürülmesine neden oldu. 1184 yılında III. Lucius³⁶ tarafından Verona kentinde ilan edilmiş karardasapkınlarla mücadele, sorgulama ve araştırma kilisenin, bilhassa piskoposların yetkisi altında olmakla beraber, sapkın olduğu ihtimal edilen kişileri ihbar edecek vatandaşlara da silah yardımı tespit edilmiştir³⁸. Engizisyon en çok İspanya’da başarılı olmuştur. Prensip olarak engizisyon düzeni kurumsal olarak sübjektif değil, objektif yargılamayı, yani suçsuz kişilerin cezalandırılması pahasına tek bir suçlu kalmamasını benimsemiştir. Diğer bir husus ise kilise ateşte yakma kararlarını, insan öldürmekle itham edilmemesi adına kendisi vermemekteydi. İdam cezası düzeyinde suçlu buldukları kişileri “hidayete ulaşması imkânsız olan sapkın” olarak adlandırarak sivil yönetime teslim ediyorlardı. Dönemin tüm hükümetleri de sapkınlığı desteklememek adına o sıfatla teslim edilmiş tüm suçluları ateşte yakılma cezasına mahkûm etmiştir. Yani, Kilise idamların arkasındaki mercii olsa da toplumda karar verenin hükümet, sivil yönetim olduğu görülmektedir³⁹.

1.2.1. Reform ve Rönesans Dönemi

Reform döneminin ifade özgürlüğünün kültürel açıdan evrimsel döneminde önem arz etmesinde esas temeli hristiyanlığın ve bastırılmış düşüncenin bir nevi kurtulma şansının zamanla belirmeye başlamasıdır. Reform döneminden önce Avrupa’da sosyal ekonomik şartlar, aynı zamanda kilise-devlet mücadelesi, iki kuruluş arasında otorite savaşı, bu mücadelede kilisenin daha üstün konumda olması, aynı zamanda kilise otoritesinden baskılara maruz kalmış kişilerin yönetici devlet tarafında

³⁵ Dinden sapmış, hakim görüş, dolayısı ile de kilise karşıtı olan, kilise tarafından sapkın olarak nitelendirilen bireylerin tanımıdır.

³⁶ Encyclopaedia of Britannica, III Lucius. (<https://www.britannica.com/biography/Lucius-III>)

³⁸ Ahmet Hikmet Eroğlu, ” Farklı İnanıcı Tehdit Olarak Algılanmanın Sonucu: Engizisyon Terörü”, Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 20, Ankara, 2004, s.95.

³⁹ Bury, s. 48

iştirak etmesi reformun yükselmesini sağladı. Bunun yanı sıra, 1516 yılında Erasmus'un kutsal kitabı çevirmesi fikir alanında Rönesans'la başlayan hareketi güçlendirmiş ve dini bir reform için gerekli psikolojik ortamı hazırlamıştı⁴⁰.

Uzun yıllardır kilise, kendi hakim görüşü karşısında ilk kez küçük, zayıf nitelikte bile olsa çoğunluğun itirazı ile karşılaşmıştı. Düşünmenin, tartışmanın ve tenkitin gelişmesi özgürlük havuzunun da duvarlarını örmekteydi. Bu harekette en önemli isimlerden birisi tabii ki, Martin Luther King idi. Luther, Katolik Kilisesi'ne karşı 95 maddeden oluşan tezini 1517 yılında tamamlayarak Vittenberq Kilisesi'ne asması ile reform hareketi başlamıştır⁴¹. Daha çok endüljans ve benzeri uygulamaların tenkiti üzerine olan bu tez, bir süre sonra Almanya sınırlarını aşıp Avrupanın başka yerlerine de ulaşarak destek görmüştür. Roma merkezli kilisenin tenkitine odaklanmış bu tez yıllar sonra tartışma ve düşünceyi yeniden aktüelleştirmiştir.

“İfade hürriyeti, 16. yüzyıldaki Reformasyon döneminin ürünüdür. Muhalefet etmeye cesaret eden ve bu hakkı elde edenler Protestan harekete mensup kişilerdir.”⁴² kanımca protestan hareketi temelleri ile bunu kapsamış olabilir, ancak Luther belli bir güvenli konuma geldikten sonra eski fikirlerini terk ederek kendi dininin perpektifinden, hareketin yönü ve temel hatları katoliklerden çok da farklı olmayan konuma doğru evrildi. Luther inanç, tartışma, veya ifade özgürlüğü destekleyicisidir demek pek yanlış olur. Tam da bu noktada Luther sadece yıllardır kiliseye karşı çıkmayan, sessiz kalan halkın yapamadıklarını yaparak onların kahramanı oldu. Bir tartışma yarattı, ilk kez yolsuzlukları, usulsüzlükleri tenkit etti, eleştiri kapısını açtı. Ancak kurtuluş yalnız bizim dinimizdedir dogması protestanlarla katolikleri aynı kefeye koymaktadır⁴³. Sadece bu hareket sayesinde bir nevi kurtuluş imkanı, kapısı açıldı.

Rönesans dönemi, kilisenin ve din merkezli devletlerin engellerine rağmen Orta Çağ'ın bilim ve sanat perspektifinden bakıldığında en verimli dönemidir. Modern bilimin temelleri bu dönemde ortaya atıldı, kitap basma sanatı da bu dönemde

⁴⁰ Adnan Güriz, “Avrupada Reform Hareketi ve Mülkiyet Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 1-2, 1968 s. 245.

⁴¹ Murat Kaya, “Reformun Almanyada Ortaya Çıkışı”, Anasay Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, 2020, s. 173.

⁴² Mehmet Emin Akgül, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 1-42, 2012, s. 245.

⁴³ Bury, s. 62.

aktüelleşti. Özgürlük havuzu tartışmalar çerçevesinde daha da genişledi, tekmerkezli din yönünden idare zayıfladı. En azından hakim dini görüşün kendi dahilinde oluşan başka mezheplerin izi, devletlerin icraatlarına da etki etmeye başladı. Tolerans kavramı oluşturuldu, insanların özgürlüğe inancı arttı ve en önemlisi din özgürlüğü kavramı inanç özgürlüğü kavramına geçiş yapmaya başladı. Bu dönemde mevcut anlamı ile bir kısıtlama aracı olarak sansür uygulamaları oluşmaya başladı. Reform ve rönesans döneminde İngiltere’de oluşturulmuş sansür uygulaması olan “Index”⁴⁴ vasıtası ile kitaplar denetlenmeye maruz kalıyor ve belirlenmiş kriterlere uygun olmayankitaplar basılamıyordu. Bu dönemde bir kaç yazar susturularak muhakeme edilmişti. Bu kişilere örnek olarak Galileo’yu gösterebiliriz.

Rönesans dönemini kıyaslayacak olursak antik çağlar ile benzerlik olduğu barizdir. Birçok yazar antik çağlardan beslenmekteydi. Araştırmaların odak noktasını antik ve eski yazarlar teşkil etmekteydi, ancak Galileo’nun duruşması ile Sokrates’in duruşmasını karşılaştırdığımız zaman bile en salt hali ile farkı görmek mümkün olmakta⁴⁵. Antik Çağ her hali ile tartışmanın, düşüncenin daha özgür olduğu bir ortam vaad etmekteydi.

1.2.2. Sanatsal ve Bilimsel İfade

Sanatsal ifade Rönesansa kadar da mevcut olmuşsa da Rönesans dönemi ile beraber bu ifade biçimi Kilisenin baskılarına rağmen rağbet görmeye ve gelişmeye başladı. Sanatsal ifade ile alakalı hem kavramsal olarak, hem de kapsam olarak tartışmalar ve müzakereler mevcuttu. İfade özgürlüğü kapsamında ele alınan sanat özgürlüğü 1982 TC Anayasasının 27. maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi bazı aktüel pozitif hukuk metinlerinde de ayrıca bir hak olarak tespit edilmiştir..

Sanatsal ifade resim, çizim, müzik, şarkı, dans, şiir, tiyatro, edebiyat, tiyatro, fotoğraf gibi estetik ve sembolik ifadelerdir⁴⁶. “Sanat, bir yaratım süreci sonunda oluşan belli bir ifade biçimidir. Sanat aynı zamanda, toplumda var olan bir iletişim

⁴⁴ Encyclopaedia Britannica, Counter-Reformation.

<https://www.britannica.com/event/Counter-Reformation>, (01.01.2021).

⁴⁵ Bury, s. 69, 70.

⁴⁶ Farida Shaheed, “The Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity”, Human Rights Council Twenty-third Session, 2013, p. 5.

aracı ve düşünceyi açıklama biçimidir.”⁴⁷ Doktrinde farklılık arz etmesine sebep, bu ifadelerin, özellikle de dans gibi eylemsellik içeren ifade biçimlerinin bu özgürlük kavramı kapsamına alınıp-alınmaması konusudur. Batı, özellikle de Amerikan doktrini toplumsal değer niteliğinde olan sanatı ifade özgürlüğü ile korunma değerine sahip olduğunu savunmaktadır. Hatta, yazarın paragraflarla ifade etmek istediği yazılı bir eseri, dansçı vücudu vasıtası ile ifade edebilir şeklinde dansın bir ifade olduğu tasvir edilmiştir. Burada danstan kast edilen toplum içinde her hangi bir itiraz ihtiva eden, yazarın yazılara döktüğü cümleleri, vücudu vasıtası ile kamsual alana aktarmakla kendini ifade eden dans eylemlerinden bahsedilmektedir⁴⁸. Ancak, sanatsal ifadeleri temel esasları ile ifade özgürlüğü kapsamında düşünecek olursak, sınırlarının da ifade özgürlüğü kavramı ile paralelleştirilmesi ve aynı çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁹. Sanat vasıtası ile toplumsal kanaate etki etmeyi hedefleyen, toplumsal değer ihtiva eden, tenkit barındıran sanatsal ifadeler de ifade özgürlüğü ile koruma altında olmalıdır. Bu sınırlarda sinema, film ve tiyatro da değerlendirilebilir. Bunların eğlence yönünün mevcut olması aşıkardır ancak aynı zamanda güncel dünyada kamuoyuna etki edebilme bakımından da güçlü bir araç oldukları tartışmasız olgulardır⁵⁰. Sanatsal ifadeleri önemli ve değerli kılan ikinci husus da onun genel olarak ilk anlamıyla, doğrudan değil de ifade edilmek istenen kanaatin yan anlamı, yani kinaye ile ifade edilmesi, düşündürmesindedir. Yani, sadece ifade değil ifadenin şekli ve ona harcanan emek de bu ifadeleri daha değerli kılmaktadır. Örneğin bir ressamın eserine baktığımız zaman devrinin olaylarına tepki ve eleştiri ifade etme anlamlarının çıkarılması, o sanatçının sanatsal ifadesinin, ifade özgürlüğü ile korunma kapsamına girmesi sonucunu oluşturmaktadır⁵¹.

Sanatsal ifadede ikinci tartışmalı konu bazen siyasal ifadelerle çatışması konusudur. Aktüel dünyamızda karikatürler, basın ve ifade özgürlüğü vasıtası ile halka servis edilen eleştirel çizimler genellikle siyasi mesajlar aktarmayı amaçladığı için

⁴⁷ Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Ankara, 2011, s. 104.

⁴⁸ US Supreme Court decision, Miller vs. Civil City of South Bend, 1990, ss. 1085-1086, <https://casetext.com/case/miller-v-civil-city-of-south-bend>, (02.02.2021).

⁴⁹ Nilay Soydan, İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Devletin Takdir Marjı, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015, s. 65.

⁵⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Afa yayınları, Baskı: 4, İstanbul, 1998, s. 92.

⁵¹ Çağdaş Zarpılı, İfade Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2008, s. 8.

bazan yazarlar tarafından siyasal ifade havuzunda değerlendirilebilmektedir. Ancak kanımca bu ifade biçimi bir sanatın ve çizimin icra edilmesi sebebi ile sanatsal ifade tasnifine daha uygun olmaktadır. Sanatsal ifade biçimi ifade özgürlüğü ile koruma altına alınması gereken bir kavramdır. Örneğin, bir ressam kadın cinayetlerine vurgu yapmak için bir eser yaratabilir, bir şarkıcı ve şair birlikte haksızlıkların dile getirildiği parça yazıp besteleyebilirler. Bunlar edinilmiş bilginin, onun esasında oluşmuş düşüncenin dışavurumu, kamuya aktarılması, kamuoyuna etki etmeyi hedefleyen eylemlerdir.

Bilimsel ifade kavramının tartışılması esnasında yer vermemiz gereken kavramlardan bir tanesi de akademik özgürlük kavramıdır. Akademik özgürlük akademinin, bilim insanlarının vatandaşlık görevi kapsamında ülkesinin kanunları dışında hiçbir sansüre, kısıtlamalara tabii olmaksızın kendi alanında araştırmalar yaparak, kendi mesleğini icra etmesini içermektedir. Bilimin ve bu mesleği icra eden kişinin amaçladığı hedef hakikata varmaktır. Hakikate giden yolda uygulanan kısıtlamalar, en kötü ihtimalle hakikata varmayı engeller en iyi ihtimalle ise hakikate varılmasını geciktirir. Buradan varılması gereken sonuç akademi mensuplarına hususi imtiyazların tanınması değil, sadece bu kişilerin toplumdaki herkes gibi özgürlüklerinin gereklerinden yararlanabilmeleridir⁵².

1.2.3. Reform Sonrası Dönem

Reform dönemi din savaşları, din ve inanç özgürlüğünün oluşmasını sağladı⁵³. Reform sonrası dönem ise basın ve matbaanın teşekkülü dönemi olarak adlandırılabilir. Bu kapsamda ifade özgürlüğünün bir tezahür şekli olan basın özgürlüğünden ayrı kaleme almak istemedim. Çünkü ifade özgürlüğünün gelişmesinde basının oluşumu ve aynı zamanda da aktüelleşmesi süreci önemli bir konumdur. İfade özgürlüğü güncel anlamıyla iktidar ile vatandaşlar arasında bir köprü niteliği taşımakta olup reform sonrası dönemde de bu köprü fonksiyonlarını basın ve matbaa üstlenmiştir. Basın ve matbaaların oluşması aynı zamanda sansür uygulamalarını da beraberinde getirdi. Hala kilisenin otoritesinden

⁵² Baloğlu, s. 48.

⁵³ Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2000, s. 9.

kurtulamayan düşünce olabildiğince kısıtlamalara maruz kalmaktaydı. “İndex” olarak adlandırılan yasaklı listede bulunan kitapların basılma izinleri bulunmamaktaydı. Bunun beraberinde sansürün esasını koyan metin, Papa IV Aleksander’in 1501 yılında imzaladığı ruhsatsız kitapların basılmasını yasaklayan ferman idi. Fransa’da Kral II Henri ise ruhsatsız kitap basmanın ölüm cezasını beraberinde getiren bir suç olduğunu ilan etti⁵⁴.

1.2.3.1 John Milton, Areopagitica ve Sansür

17. yüzyıl İngiltere’inde basın muhtelif sebeplerle teşekkülü ilerlemekteydi. Bunun en önemli sebeplerinden bir tanesi de 1640 yılında “Habeas Corpus Act”-ın kabulüydü. Bu hukuki metin neticesinde 1641 yılında İngilizlerin Yıldızlar Kamarası (*Star Chamber*) ve bir nevi yargı kurumu olan mahkemenin işlevliği yürürlükten kalktı. Güncel olarak mevcut olan mahkemelere benzetebileceğimiz somut kurumun kuruluş amacı hem sosyal, hem de politik açıdan topluma mal olmuş kişilerin işlediği suçları araştırmak ve onların hareketlerini karara bağlamaktı. Aslında yazarlara göre ise bu kurum, krallığın topluma mal olmuş kişilere, özellikle de basına ve onların özgürlüklerine sansür uygulayan ve devamlı baskı aracı olarak kullanılan bir teşkilat haline dönüşmüştü⁵⁵. Yıldızlar Kamarasının faaliyetine son verilmesinin ardından bir yıllık süre içerisinde onun sorumlu olduğu görevleri İngiliz Parlamentosu icra etmeye başladı. Ancak, bunun da işlev açısından yetersiz olduğu barizdi.

Basın özgürlüğü kavramsal olarak hem ifade özgürlüğü açısından hem de bir kavram olarak bu özgürlüğün icrası adına önemli bir kurumdur. İngiltere’de o yıllarda basın üzerine hukuki metinlerin yürürlüğe girmesi ve bu düzenlemeler üzerine negatif boyutlarda toplumsal kanaatin oluşması, basın özgürlüğünün, dolayısı ile de ifade özgürlüğünün tekamülüne ciddi anlamda katkıda bulunmuştur. Yıldızlar Kamarası ile Kralın baskı aracı ortadan kalktı. Basın üzerinde kontrolü kaybettiklerini düşündüklerinden mütevellit 1643 yılında Lordlar ve Avam Kamaraları bunun üzerine basını düzenleyecek bir kanun metni hazırlayarak kabul etti ve yürürlüğe yeni bir

⁵⁴ Bury, s. 72.

⁵⁵ Encyclopaedia of Britannica, Habeas Corpus, <https://www.britannica.com/topic/habeas-corpus>, (01.08.2021).

düzenleme girmiş oldu. Döneminin bu çok tartışılan metni, yayın kurallarını, ihlallerini ve ihlallere göre uygulanacak yaptırımları düzenlemekteydi⁵⁶. Aslında bu kanun vasıtası ile sansür alanları genişletildi ve belli kurallar kapsamına alındı; devletin kitaplara ve basına müdahale alanları daha da arttırıldı⁵⁷. Basın mensupları ve yazarlar eskisi gibi sadece bir fikri ürettikten sonra değil, üretim sürecinde de denetim altında olacaklardı.. Peki bu kanun düzenlemesinin asıl amacı neydi?

- “1. Devletin basın üzerinde meşru tekeli oluşturmak ve lisans talep etme hakkını yaratmak. Yayından önce her metin denetlenmeye tabi tutulmaktaydı.
2. Devletin oluşturulmuş meşru tekele basının, yazarlardan oluşan kitlenin kayıtlı olduğu bir tüzel kişiliğinin yaratılması ve onların bilgilerine rahatça ulaşılabilmesi.
3. Devlete nazaran saldırgan içerikli fikirler içeren yayınların ve o fikirler ihtiva eden kitapların aranması, el konulması ve imha edilebilmesi, aynı zamanda saldırgan içerikli metinler üreten kişilerin tutuklanması, hapse atılması da devletin haklı icraatı olarak konumlandırılmıştı.”⁵⁸

Bu kanun düzenlemesinin ardından dönemin önemli filozoflarından olan John Milton, “Areopagitica” adlı eserini yayınladı. Bu eser hem mevcut kanunun tenkidini hem de basın özgürlüğü üzerine bir denemeyi ihtiva etmekteydi. Milton eski metinlere ve analogiye dikkati çekmekteydi. Öncelikle, Milton bu eserini kalem almanın kendi için bir sorumluluk teşkil ettiğini vurgulamakta, her özgürlüğü destekleyen, özgür toplum ve özgür devleti arzu eden her kişinin yapması gereken doğrunun bu olduğunu savunmaktaydı⁵⁹. Milton, eski Yunan ve Roma örnekleri üzerinde, hatta onlarda bile kısıtlama içeriklerinin sadece dini değerlere hakaret ve iftira, tehdit ile sınırlandırıldığını belirtmekteydi.

“Kitaplar ölü şeyler değildir, yaşam kaynağıdır, hatıradır, ebedidir, iyi bir kitabı mahvetmek hayatın ötesinde yaşamı öldürmek demektir.”⁶⁰

Milton eserinde eski uygulamalardan örnekler göstererek, atıflar yaparak sansürün, kısıtlamaların aslında İngiliz başrahiplerinin geleneklerinden beslendiğini ve bunun eski herhangi bir devlet tecrübesi, modern şehir veya kilise geleneğinin ürünü olmadığını ve sadece zorbalığı temsil etmiş sayılacağını belirtmektedir⁶¹. Yazar

⁵⁶ Alice Kirkland, *indexonensorship*, 2013.
<https://www.indexonensorship.org/2013/10/1695/>, (01.08.2021).

⁵⁷ Kevin R. Davis, *First Amendment Encyclopedia*,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1033/printing-ordinance-of-1643>, (01.15.2021).

⁵⁸ Wikipedia, *Licensing Order of 1643*,
https://en.wikipedia.org/wiki/Licensing_Order_of_1643, (01.16.2021).

⁵⁹ John Milton, *Areopagitica*, çev. Derman Kızılay, Pinhan Yayıncılık, 2013, İstanbul, s. 51.

⁶⁰ Milton, s. 55.

⁶¹ Milton, s. 62.

bu içerikte bir uygulamayı hipotetik örnek üzerinden doğmamış insanın yargılanması ile mukayese etmiştir.

Milton'un değindiği diğer bir konu ise hakikat tezidir. Aslında John Stuart Mill gibi tam olarak bir tez gibi incelememiş olsa da filozof kitabının büyük bir kısmında bu uygulamanın hakikate varma adına engelleyici bir faktör olduğunu vurgulamaktaydı. Yeni yasanın bilgi birikimlerini körelterek, bilgeliği ilerletecek keşifleri engellemekle aslında hakikati engelleyeceğini belirtmiş ve eski çağlara atıf yaparak bu hakikat eksikliğinin her zaman toplumlar adına büyük kayıplara neden olduğunu ve bu kaybın tamir edilşinin gayri-mümkün olduğunu ifade etmiştir⁶².

Lisans veya güncel ifade ile sansür uygulaması dünyada da güncel olarak bazı devletlerde fiilen mevcut olan bir icraattır. Bazen devletler, özellikle müdahaleci olarak tanımlaya bileceğimiz devletler okurun neyi okuyup, neyi okumayacağına da karar verebilmektedirler. “Kötü içerikli” kitaplar ve Milton'un dili ile söyleyecek olursak “beyhude işlerle meşgul olmaya yönlendirecek kötü kitaplardan” insanlar mahrum bırakılmamalı, kendileri içerik açısından iyiyi veyahut, kötüyü ayırt ederek okuma, okumama kararını ala bilmelidirler. Kendisi bile yazarken hali-hazırda mevcut lisans uygulamasının yürürlükte olmasının kendini ifade etmesine engel teşkil ettiğini, yazarken bazı şeylerden sakındığını, aynı zamanda yaratıcılığına mani olduğunu ve bu uygulamanın ehemmiyetsiz olduğunu ifade etmiştir⁶³.

“Ortaya koymağa çalıştığım gerçeğin altında yatan bir şey daha var; lisans uygulaması denizden doğru gelip limanlarımızı, kalelerimizi ve kıyılarımızı zaptedecek düşmanlardan çok daha büyük kayıp yaşatacak ve bizi çok daha büyük zarara sokacak. Lisans uygulaması en kıymetli mülkümüz sayılan hakikatin doğumunu yavaşlatacak, hatta engelleyecektir.”⁶⁴

Milton, hakikatin tanrıdan sonra gelen en yüce varlık olduğunu ve onun yönetilmeye, stratejiye, sansür gibi uygulamalara ihtiyacı olmadığını belirterek, eserini yönlendirdiği kuruma sansür uygulamasının kalkması teklifi ile ifade etme ve tartışma özgürlüklerinin yazarlara geri verilmesini talep etmektedir.

Milton'a göre sansür, suçlu bir ruhu daha vücuda gelmeden yargıç önüne getirmektir. Yaramaz bir fikri toplum içinde yaymayı hedefleyen bir düşünce biçimi o

⁶² Milton, s. 5.

⁶³ Milton, s. 71.

⁶⁴ Milton, s. 90.

kötülüğü sansür uygulaması olmasına rağmen yaymak için mutlaka bir vasıta bulacaktır. Sansür sadece üretilebilecek iyi kitapları, zihin ve gelişimin en önemli gıdalarını engellemeye hizmet edecektir⁶⁵.

İlave olarak da tabii ki, sansür uygulanmasında önemli olan diğer bir husus da sansürü uygulayacak ve neyin basılmasının sakıncalı olacağına karar verecek kişilerin kimliği hususudur. Yani, bu kişi her açıdan, her konuya objektif bakış açısı ile ve tarafsız bakmalı, entelektüel birikim açısından da ortalamanın üzerinde olmalıdır ki, bir kitabın dünya piyasasına sürdürülebilir olup-olmadığına karar verebilsin. Bir yazar için en kötü şey yarattığı bir fikrin onun iradesi haricinde bir kişi tarafından değiştirilmesi veya böyle talepte bulunulmasıdır. Milton, ele aldığı bu eleştirel eserinde bu seçilmiş kişinin adil olmayacağı, manen adil olsa bile zamanla zevkli olan okuma alışkanlığının köreleceği, onun ihtisasına hitap etmeyen alanlarda başvurulmuş kitapların kararının alınması aşamasında zorlanacağını, belki de çok iyi eserler ve işler çıkartabilecek kişilerin zamanını böylesine değersiz şeylerle harcayarak topluma zarar verilebileceğini ifade etmiştir⁶⁶.

1.2.4. Bilgi Edinme Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün unsurlarından biri olan bilgi edinme özgürlüğü basının, modern devletlerin ve idarenin, aynı zamanda idarenin anayasal gerekliliklerinin oluşturduğu bir özgürlüktür⁶⁷. Güncel dünyamızda gerek uluslararası metinlerde gerekse de yerel kanunlarda ifade özgürlüğünün kapsamında atıf yapılan bu hak toplumsal ve bireysel nitelik taşıya bilmektedir. Literatürde, bireysel boyutta ele alındığı zaman bu kavramı “bilgi edinme”, toplumsal nitelik taşıdığı zamanlarda ise “bilgilenme” özgürlükleri olarak gruplandıran yazarlara da rastlanmaktadır. Bilgilenmenin ister toplumsal, isterse de bireysel boyutta esas önemi, ifadenin şekillenmesi açısından kanaatin oluşması için bilgilenilmiş olma olgusunun mevcut olmasıdır⁶⁸.

⁶⁵ Milton, s 65.

⁶⁶ Milton, s 79.

⁶⁷ Yusuf Ziya Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 122, 2016, s. 109.

⁶⁸ Mehmet Ali Zengin, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 42.

Adnan Küçük'e göre bilgi edinme ifade özgürlüğünün üç unsurundan ilkidir ve bu hak düşüncenin oluşumundan önceki evreye hitap eder. Bu haklarını icra eden fertler edindikleri bilgi ile düşünür, kanaat sahibi olur ve kamusal alanda kendilerini ifade eder.

Bilgi edinmeyi iki boyutta ele almak gerekmektedir. Bunlardan birincisi ferdin kendisine ait olan bilgilere erişmesini kapsamaktadır. Bu, kavramın bireysel boyutudur. Kişinin kendine hitap eden, erişmesi gereken bilgilere erişmesine devlet müsaade etmeli, hatta bu hakkı temin etmelidir. İkincisi ve daha önemlisi ise yine demokrasiye ve toplumsallığa dayanmakta olup devletin vatandaşlarını bilgilendirmesine ilişkin sorumluluğunu içermektedir.

Bu hak vatandaşlar tarafından onların kendi hayatlarına etki edecek kararlarla ilgili, onların iradesini temsil ve icra eden devletin icraatları ile ilgili bilgileri talep etme hakkını ve talep edilen bilgilerin aktarılması ödevini de kapsamaktadır. Bilgi edinme hakkı esasında yönetimin gelişmesini amaçlamakla, idaredeki keyfiliklere son vermeyi, vatandaşların iradeleri ile kurdukları devlet erkinden hesap sorabilmesini ihtiva etmektedir⁶⁹. Bu hak, yani kamunun bilme hakkı veya devletin toplumu bilgilendirme yükümlülüğü İkinci Dünya Savaşının ardından kapalı kapılar ardında kalan bilgilerde devletin keyfilliğini kısıtlamak adına yaratılmış bir kavramdır⁷⁰. Kavramsal olarak literatüre Amerikan basın mensubu, Associated Press'in üyesi Kent Cooper'ın 1956 yılında yazmış olduğu çalışması ile geçmiştir⁷¹.

Bilgi edinme hakkının oluşumu dolaylı olarak devlet yönetiminin gizlilikten açık yönetime, bilhassa yönetimin şeffaflığı ilkesinin aktüelleşmesine de bağlanmaktadır. Bunu ilk icra eden İsveç devleti olmuştur. 1776 yılında İsveç'te basın özgürlüğüne ilişkin kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun akademik ve dini metinler hariç sansürü tamamen ortadan kaldırmaktaydı. Daha sonrasında ise 1810 yılında akademik ve dini metinlere ilişkin uygulanabilecek sansürün de ortadan kaldırılmasını kapsayan yeni anayasa ve kanun düzenlenmesi kabul edilmiştir⁷².

⁶⁹ Polater, s. 110.

⁷⁰ Uğur Gündüz, "Kamunun Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Edinme Yasasının Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi, İletişim Fakültesi Dergisi, İstanbul, s. 150, 151.

⁷¹ Encyclopaedia of Britannica, Kent Cooper, <https://www.britannica.com/biography/Kent-Cooper>, (01.16.2021).

⁷² Encyclopaedia of Britannica, Freedom of the Press Act of 1766, <https://www.britannica.com/topic/Freedom-of-the-Press-Act-of-1766>, (01.16.2021).

İdarenin belgeleri kamuya aktarma ödevi, vatandaşların bu vasıta ile bilgi edinme özgürlüklerini bir araç olarak kullanarak malumatları elde etmesi de bu hakkı pozitif hukuka aktarmıştır. Bu açıklık ilkesi kendinde iki tür açıklığı barındırmaktadır. Bunlardan ilki aktif açıklık. Yani, bireylerin erişimine devletlerin hiçbir engel olmaksızın bilgilere müracaat ederek edinmesini kapsayan açıklıktır. İkincisi, yani pasif açıklık ise kendinde devlet ehemmiyetli veya paylaşılması devlet erkinin tercihinde olan bilgileri ihtiva etmektedir. Devletin idare esnasında açık olması neden önemlidir? Çünkü açık olmamak, yani gizlilik bir güç belirtisidir; devletin idare faaliyetinden vatandaşları uzak tutmasıdır; devletle vatandaş arasına örülen duvardır⁷³. Devletlerin en azından ilke olarak gizlilikten açıklığa geçmesi ise 20. yüzyıldan itibaren gerçekleşmeye başlamıştır. Bunun temel nedenlerinden bir tanesi gerek teknolojik boyutlarda gerekse de ekonomik-sosyal hayatta mevcut gelişmeler olmuştur. Diğer bir neden ise sosyal devlet kavramının yerleşmesi ile devletlerin kamu hizmeti aracılığıyla sosyal kimliğe bürünmeleri⁷⁴ ve fertleri kendilerine yakın biçimde konumlandırmalarının yanı sıra bilgileri saklamak suretiyle onları aslında kendinden uzaklaştırmasının tezat teşkil etmesi şeklinde olmuştur.

1.2.5. Hoşgörü (Tolerans) kavramı

Tolerans ve dinsel hoşgörü kavramına ilişkin benzer metinlerin çok eski tarihlerde de mevcut olduğu ileri sürülebilir. Örneğin, Hind hükümdarı Asoka, M. Ö. üçüncü asırda birbirine düşman dinler olan Buddizm ile Brahmanizmin mücadelelerine son vermek için kendi ülkesinde her iki din mensuplarının eşit imtiyazla saygı ve itibar görececeklerini dair ferman kabul etmiştir⁷⁵. Ama felsefi bir kavram olarak tolerans, 15. yüzyılda Nicolaus Cusanus tarafından “*De Fidei*” adlı eserinde ileri sürülmüş ancak bu kavramın bir problem olarak geniş hatlarla ele alınması 16. yüzyılda Katolik ve Protestan mezhepleri arasında meydana gelen çekişmeleri takip eden dönemde olmuştur⁷⁶.

⁷³ Küçük, s. 19.

⁷⁴ Can Azer, Bilgi Edinme Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.

⁷⁵ Bury, s. 75.

⁷⁶ Yasemin Ölmez Atalay, “Felsefi Açıdan Tolerans ve Hoşgörü”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26.

Tolerans, onaylanmayan ya da aktif bir biçimde reddedilmeyen bir şeye karşı bir siyaset ya da eğilimdir. Kelime Latince, bir şeye katlanmanın temel manasını veren *tolerare* ya da *endure*, yani katlanmak, tahammül etmek sözcüklerinden gelmektedir. Toleransın herkesçe kabul edilen basit bir anlamı bulunmamaktadır⁷⁷.

Bu kavramın temelleri esasen dinsel hoşgörü üzerine atılmıştır. Yine tolerans prensibi de kilise uygulamaları vasıtasıyla oluşmaya başladı. Reform döneminin ardından Hristiyanlık dahilinde çok fazla mezhep ayrılıkları gelişmekteydi. Bu mezhepler farklı görüşleri kendinde barındırsa bile her bir farklı mezhep üyesi yine İsa'ya iman ediyordu. Çok kısa süreliğine olsa bile ilk kez 1649 yılında Maryland Katolik Kolonisinde Tolerans Kanunu kabul edildi ve bu kanun ile her mezhepten Hristiyanın inançlarını ifade etmesi için geniş bir tolerans havuzu oluşturuldu⁷⁸. İktidarın değişmesi bu tolerans döneminin de bitmesine neden oldu. Ancak dönemin ve bir ifade şeklini koruma altına alan din özgürlüğünün temellerini atan, aynı zamanda devrimin eseri olarak da adlandırılan hukuki metin “Act of Toleration”, 1689 yılında İngiltere’de hakim dini görüşe muhalif olan karşıt görüşlülerin⁷⁹ inanç özgürlüğünü tanıyan nitelikte ilk metindi⁸⁰. Willem tarafından kabul edilmiş bu hukuki metnin sayesinde Protestanlar pasif olarak entegre oldukları politik alana artık aktif ve resmi bir giriş yapmış oldular⁸¹.

Tolerans kavramı bundan sonra doktrinde de işlenmeye başlandı. klasik liberalizmin öncüsü, İngiliz filozofu John Locke da bu konu üzerine bir mektup yazarak değerlendirme yapmıştır. Locke döneminin düşünürlerinden ve metinlerinden farklı olarak tolerans kavramını daha geniş olarak düşünmüştür. Dönemin kanun nitelikli metinleri tolerans kavramının kapsamı içine sadece Hristiyanları alarak farklı mezheplere toleransı geliştirmeyi ve tespit etmeyi amaçlamıştır. Ancak Locke tolerans üzerine bir mektubunda Hristiyan olmayanlara da tolerans göstermeleri gerektiğine vurgu yapmaktadır. Tolerans üzerine mektup, sadece tolerans kavramını ortaya koymakla yetinmiyor, devleti, sınırlarının çizilmesi açısından tenkit ediyor, devletin

⁷⁷ Fikret Yılmaz, “John Locke’un Tolerans Anlayışına Bir Eleştiri”, Kesit Akademi Dergisi, Cilt 3, Sayı 8, 2017, s. 285.

⁷⁸ Bury, s. 79.

⁷⁹ Bazen bu kişiler literatürde nonkomformistler olarak da adlandırılmaktadırlar.

⁸⁰ Encyclopedia Britannica, Toleration Act.

<https://www.britannica.com/event/Toleration-Act-Great-Britain-1689>, (01.20.2021).

⁸¹ Laura Zwickler, “The Politics of Toleration: The Establishment Clause and the Act of Toleration Examined”, Indiana Law Journal, Vol. 66, Issue 3, 1991, p. 781.

din ile arasındaki sınır çizgisinin de önemli hatları ile gözetilmesi gerektiğini de ifade ediyordu. Yine belirtmek gerekir ki, bu mektupta da tolerans kavramına ilişkin din merkezli atıflar yapılmaktadır. Toleransı bir kavram olarak Hristiyanlıkla birleştirerek bunun aslında dinin temelleri gereği uyulması gereken bir prensip olduğuna ve hiç kimsenin tanrı, hükümdara itaat etmeye zorlanmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

“Din konularında başkalarından farklı olanlara hoşgörü, İsa’nın İncil’i ve insanoğlunun salim aklı için kabul edilebilir bir şeydir. Ama bununla birlikte, bazıları, kamu refahını ve kanunları kollamayı bahane ederek, ruhlarını zalim ve Hristiyan’ca olmayan gaddarlıkla boyamayabilir ve diğerleri de, din bahanesiyle, şehvetlerinin ve uçkur düşkünlüklerinin cezasız kalmasına çalışmayabilirler -sözün kısası, hiç kimse, kendisini ve başkalarını, hükümdara sadakat ve itaat yahut Tanrı’nın ibadetinde şefkat ve samimiyet mükellefiyeti altına sokamaz.”⁸²

Locke’un esas aldığı argümana göre, birisini cezalandırmakla değil tartışmakla onun dini inancını Hristiyanlığa yöneltmek daha doğru seçimdir. Düşünür, cezalandırılması ihtimalinde bile dâhilen bir kimsenin inanmadığı inanca zorlanmasının anlamsız olduğunu, dışavurum şekli farklı olsa bile kendi düşüncesinde değişikliğe uğramadan kendi değerlerini terk etmeyeceğini savunmaktadır. Onun için de filozof böylesine bir değişiklik arzu ediliyorsa, öncelikle tartışma yapılmalıdır diye belirtmiştir.

Genel hatlarıyla bu çok kısa eser, tolerans ödevinin bir nevi devletin ödevi olarak görmektedir. Devlet adlı kurumun hakim görüş karşıtı grupların toplanmasına tahammül göstermek gibi sorumlulukları vardır. Tenkit edenler bunun tehdit oluşturabileceğine ispat etme hususunda zorunludurlar. Her gün binlerce kişinin oluşturduğu kalabalıklar ve hakim görüş sahibi inançlıların toplanması esnasında hiçbir baskı ve kabalık uygulanmıyorsa, onların aksi konumunda olan kişilere de devlet aynı hoşgörüyü göstermek zorundadır. Bütün bunlara rağmen objektif ve güncel perspektiften bakmak gerekirse, Locke’un ele aldığı tolerans dini ve kavramsal olarak Hristiyan perspektifi bakımından toleranstır. Tanrıya inanmayanları yönetime karşı olanlardan farklı olarak tolerans çerçevesine koymamış, tolerans gösterilmesi gereken sükûlerin cezalandırılmasını tenkit etmemiştir⁸³.

Sorunlu kısımlarına rağmen Locke’un oluşturup geliştirdiği bu kavram sonradan ifade özgürlüğünün demokrasiye dayanan tezinin temelini teşkil etmiştir.

⁸² John Locke, Hoşgörü Üstüne Bir Mektup, çev. Melih Yürüşen, Liberte yayınları, Ankara, 2017, s. 25.

⁸³ Locke, s. 37, 61, 65.

Locke, dini devletten ayırmış ve insanların inançlarına göre cezalandırılmasının devletin değil Tanrının işi olduğunu belirtmiştir. Toplumda mevcut diğer bireylerin de görüşlerine saygılı olmanın önemini ifade etmiştir. Hoşgörüyeye dayanan tez bu kapsamda ele alındığında demokrasiye dayanan tezin bir tezahür şekli olmaktadır. Ancak, tabii ki ifade özgürlüğünün demokrasiye dayanan tezi ile hoşgörüyeye dayanan tezi esas hatları bakımından aynı değildir. Hoşgörüyeye dayanan tezin temel esası düşüncelerin ifade edilmesinin devletin müdahale alanının dışında konumlandırılması, bir teşkilat olarak devletin, bireylerin ifadelerine tahammülünün oluşturulması ve bu vasıta ile aynı zamanda din, vicdan özgürlüğünün de korunma altına alınmasını ifade etmektedir⁸⁴. Güncel manada hoşgörü kavramı artık din merkezli olmaktan uzaklaşmış ve daha çok nefret söylemleri , dine hakaret kavramları ve pornografi kapsamında ele alınmaktadır. Demokrasiye dayanan tez ise özellikle özgürlüğün sınırlandırması anlamında daha tartışmalı bir müzakere konusunu oluşturmaktadır. Demokrasiye dayanan tez, halk egemenliğini ifade etmesi açısından halkın değerlerine ve isteğine nazaran mı bir sınırlandırma kapsamı oluşturmak gerekir konusunu beraberinde getirmektedir. Eğer seçmenin ve halkın egemenliğini esas alacak olursak, o zaman seçmenin iradesine nazaran aktüel özgürlüğün de onların belirlediği bir şekilde veya onların seçtiği kişiler vasıtası ile halkın dolaylı iradesi ile sınırlandırmaya tabi tutulacağı düşünülebilir. Ancak, bu mantık ile ilerleyecek olursak o zaman çoğunluk isterse azınlığın oy hakkını elinden alabilme yetkisine sahip olacaktır ki, bu da rasyonel kendi kendini yönetme konseptine ve demokrasiya dayanan tezin prensibi olan eşit katılıma temelden aykırı olacaktır⁸⁵.

1.2.6. John Stuart Mill’de İfade Özgürlüğü ve Gerçeklik

19. yüzyılın önemli filozof ve entelektüellerinden olan John Stuart Mill hayatı boyunca yaptığı çalışmaların birçoğunda özgürlük konusuna özellikle de ifade özgürlüğüne önemli bir yer ayırmıştır. 1860’ta yayımladığı ‘*Özgürlük Üzerine*’ adlı çalışması aktüel sorunları ortaya koymaktadır. Döneminin sorunlarını ortaya

⁸⁴ Kemal Şahin, İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla, Semkin Yayıncılık, 2009, Ankara, s. 290.

⁸⁵ Frederick Schauer, İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme, çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, Ankara, s. 59.

koymakla beraber çözüm de üretmeye çalışan Mill, “zarar prensibi” ilkesi ve “gerçekliğin keşfedilmesi” argümanını ortaya koymaktadır. Çalışmalarının ilk safhalarında kısıtlama konusu ile alakalı olarak devlet faaliyetlerinin bir tür gece bekçiliğine indirgeyen klasik liberal doktrin Mill’in düşüncelerinin de temel çerçevesini oluşturmakla kalmamış, modern liberalizme giden yolda da sanki bir köprü rolünü üstlenmiştir⁸⁶. Düşünür belli bir zamana kadar kısıtlamanın bireysel ve toplumsal çıkarlara zıt olduğunu, kesinlikle zararlı olduğunu savunmaktaydı. Ancak zaman içinde aktüelleşen ‘ihtiyaç sahibi vatandaş kavramı’ Mill’in görüşlerine de ciddi bir şekilde etkide bulunmuştur. Bireysel olarak fertlerin çıkarlarının farkında olmadıkları özel durumlarda devletin müdahalelerinin meşruluğunu savunmaya başlamıştır. Mill prensip olarak devletin pasif rolünü terk ederek, sınırlı müdahalelere kapı aralamıştır⁸⁷.

‘Hürriyet Üstüne’ adlı çalışmanın ikinci bölümü ‘Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üstüne’ olarak adlandırılmaktadır. Bu bölümde düşünür ifade özgürlüğü ve onun sınırlandırılması konularına değinmiştir. “İfade özgürlüğünün ilk sistematik-felsefi müdafaası yapılmış olan ilk çalışma John Stuart Mill’in ‘Hürriyet Üstüne’ eseri olmuştur”⁸⁸. Kendisinin düşünce ve tartışma özgürlüğüne hususi yer ayırmasını düşünür gerçeklik argümanı ile temellendirmiştir. Mill, ifade özgürlüğünü gerçekliğin keşfedilmesinde ve diğer özgürlüklerin gerçekleştirilmesi yolunda bir araç olarak görmektedir⁸⁹. Gerçekliğin keşfedilmesi argümanı zaman içinde ABD hukukuna “fikirlerin pazar yeri” olarak dahil edilmiştir⁹⁰. “Fikirlerin pazar yeri” yaklaşımı gerçekliğin eninde sonunda kazanacağına inanmaya dayanmaktadır. Gelişmiş toplumlarda kamuoyunun rolü ve gücü oldukça önem arz eden bir husustur. Çeşitli kanaatlere destek sağlanmasının yararlı olduğunu savunan düşünüre göre aykırı olsa bile tüm düşüncelerin dile getirilmesi ve onlara destek sağlanması sağlam kamuoyunun oluşmasına büyük bir ölçüde olanak sağlayacaktır⁹¹.

⁸⁶ Bayram Yılmaz: John Stuart Mill’de İfade Özgürlüğü ve Siyasi Sistem Tartışması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 254.

⁸⁷ Bayram, s. 98.

⁸⁸ Norman P. Barry, "Hukuki ve Siyasi Açından İfade Hürriyeti", Liberal Düşünce, Sayı: 27, 2002, Ankara, s. 9.

⁸⁹ Bayram, s. 1.

⁹⁰ Bayram, s. 121.

⁹¹ Bayram, s. 123.

Düşünüre göre, “Bir kişi hariç bütün insanlık aynı görüşte olsa, tek bir kişi karşı görüşte olsa, insanlığın o kişiyi susturma hakkı, o kişinin gücü yetse insanlığı susturma hakkından fazla değildir.”⁹² Mill, herhangi bir düşüncenin dile getirilmesinin önlenmesini tüm insan ırkına karşı yapılan bir kötülük olarak nitelendirmektedir. Dile getirilmesi önlenmiş bu düşüncenin doğru veya yanlış olması önemli bir husus değildir. Tüm insanlık eğer düşünce doğru ise yanlışın yerine doğruyu koyma fırsatından, eğer yanlış ise bu tartışmanın sonucunda ortaya çıkacak olan açık algı ve onun bırakacağı iz gibi büyük bir yarardan mahrum bırakılmış olacaktır. Susturmaya çalışılan görüşün hiçbir zaman yanlış olmasından emin olunamayacağını belirten Mill, emin olursa bile bu susturma yine de kötülük olurdu diye belirtmiştir⁹³.

Mill’e göre muhakeme insanlara kullansınlar diye verilmiştir. Dolayısı ile yanlış muhakemede bulunmuş bir insanın kendini ifade etmesinin kısıtlanmasının doğru olmadığını savunan Mill, mutlak kesinlik diye bir şeyin de mevcut olmadığını belirtmiştir. İnsan muhakemesinin gücü ve özelliği yanlışla düştüğünde doğruya yönlitilebilmedir. Yanlış bir muhakeme olsa dahi bu yanlış tartışma ve eleştiri yolu ile doğruya yönlitilebilir⁹⁴.

Mill, bu çalışmasının çoğu kısmında özellikle genel-geçer, popüler ve hakim görüş karşıtı ifadelerin korunmasının önem arz ettiğini belirtmiştir. Aynı zamanda Mill, eski çağlara nazaran, o çağlarda mevcut olmuş değerlerin ve hakim görüşlerin zaman içinde tamamen değişmesi ve yenilenmesine de vurgu yapmaktadır. Eğer adil tartışma sınırları belirlenecekse bu sınırlar hakim görüş için de geçerli olmalı ve sınırlar çizilirken hakim görüş savunucuları ile onların karşıtı görüşü savunanlar aynı sınırlar içinde bulunmalıdır. Aksi takdirde sayıları az olan, belki de etkisiz olan hakim görüş karşıtı fikir savunucuları kendini güvende hissetmez ve dolayısı ile gerçekliğe ulaşılması yolunda bu hareket zararlı bir fiil olur⁹⁵. Popüler olmayan görüşü savunan kişilerin sadece görüşlerini ifade etmelerinden dolayı iftiralara uğraması popüler görüşe nazaran pek de fazla olağan değildir. Dürüstsüzlük, kötü niyet, önyargı

⁹² John Stuart Mill, *Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü*, çev. Cem Akas, Can Yayınları, İstanbul, 2019, s. 12.

⁹³ Mill, s. 12.

⁹⁴ Mill, s. 16.

⁹⁵ Mill, s. 58.

kınanmalı fiiller olarak nitelendirilmelidir ancak bu kınanmaya kişinin hangi tarafı tuttuğuna bakılarak karar verilmemelidir⁹⁶.

Düşünce ve tartışma özgürlüğü sadece siyasal bir ilkenin veya hakkın icra edilmesinden ziyade insanın zihinsel sağlığı⁹⁷ açısından önemli bir husus olmakla beraber aynı zamanda mutluluğun artmasına neden olan çıkarların da yattığı belirtilmektedir⁹⁸. Sonuç olarak öncelikle, susturulmuş herhangi bir görüş bile bildiğimiz kadarı ile doğrudur veya yanlıştır. Susturulmuş görüş yanlış bile olsa içinde doğru barındırıyor olması ihtimali vardır. Mill'in argümanı sadece toplumsal bilgi yönünden hakikate varma, sahip olduğu değere nazaran toplumsallık üzerine de değildir. Yazarın argümanı daha çok empirizme dayandırılabilir. Özgürlük ve tartışmanın müdahaleye kapalı olması, bireylerin hem bireysel olarak müzakereler vasıtası ile rasyonelliğe daha da yaklaşmasıyla kendi hakikatlerine ulaşmalarına, hem de toplum içindeki daha rasyonel görüşlerine nazaran kamusal doğruya varmada da etkili olacaktır⁹⁹.

Mill'e göre genel geçer görüş tamamen doğruyu kendinde barındırıyor olsa bile, bu görüş sorgulanmadıkça, tartışmaya açık bir hale getirilmedikçe görüşten ziyade anlaşılmadan insanların zihninde oluşmuş bir önyargı olarak kalacaktır¹⁰⁰. Mill bu kanaatleri ile aslında kendinden önce de değinilmiş olan ifade özgürlüğünün gerçekliğe dayanan tezini geliştirmiştir. Öncelikle gerçeklik nedir onu belirlememiz lazım. Yoruma çok açık bir ifade olduğu kesindir. Burada tabii ki, belli bir bilginin gerçeklik değerine yaklaşmasına nazaran tartışma gerekli olmaktadır. Popper'e göre bilginin kesinliğine ulaşamayız, ama ona yaklaşabiliriz¹⁰¹. Gerçekliğe dayanan tezi şüphecilikle de bağdaştırabiliriz. Ancak gerçeklik derecesini mukayese ettiğimiz gibi şüpheciliği de müzakere ve mukayese objesine çevirebiliriz. Örneğin, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının olumsuz etki ile sonuçlanacağı iddiası ile işkence

⁹⁶ Mill, s. 59.

⁹⁷ Mill'e göre insanın geri kalan bütün sağlığı zihinsel sağlığa bağlıdır.

⁹⁸ Bayram, s. 121.

⁹⁹ Richard Moon, Constitutional Protection of Freedom of Expression, The University of Toronto Press, Toronto, 2000, p. 12.

¹⁰⁰ Mill, s. 56.

¹⁰¹ Schauer, s. 27.

uygulamanın kötü olduğu iddiası arasında şüphecilik bağlamında da mukayese edilemez bir fark vardır ve bunlardan ikincisi kesinliğe daha yakındır¹⁰².

İfade özgürlüğünün kısıtlanması konusu, bu kısıtlamanın kriterlerinin belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi oldukça zor bir konudur. Mill'in bu konuya yaklaşımı, kendisinin belirttiğı "zarar prensibi"dir. Bireyin, başkalarının menfaatlerini ihlal etmemek şartıyla kendini ifade etmesi özgürlük anlamında mutlak dokunulmaz alanda konumlandırılmıştır¹⁰³. Bireyin özgürlüğünün sınırı başkasına "zarar verecek" nokta olarak belirlenmiştir. Mill, zarar prensibi istisna olmakla özgürlüğe herhangi bir müdahaleyi reddetmektedir. Yani, Mill'in görüşlerinde birey ve bireysel çıkarlar ön plana çıkartılmaktadır. Özgürlük üzerinde kullanılabilecek tek müdahale yöntemi başka bir bireye verilecek zararın engellenmesidir¹⁰⁴. Bir diğerk önemli husus ise sınırlandırma noktasının tespit edilmesi ve sınırlandırmanın tatbik edilmesi konusudur. Mill bu noktanın belirlenmesi ve tatbik edilmesi yükünü sınırlandırmayı öngörenlerin ve sınırlandırmaya çalışanların omuzlarına yüklemiştir¹⁰⁵. Mill, zarar prensibi ile devletin müdahale edip-edemeyeceğı ile ilgili davranışına dair bir standart oluşturmaktadır. "Bu ölçü, Mill'e göre bazen çekimser (minimalist) bazen müdahalecidir (paternalist). Bu yüzden bazı yorumcuların ortaya attığı gibi Mill'in zarar prensibi ne tam paternalist ne de minimalisttir"¹⁰⁶.

Mill'in zarar prensibine karşı uzun yıllar sonra Amerikalı hukuk profesörü Joel Feinberg bu prensibin karşısına farklı bir ilke çıkarmıştır. Profesör zarar prensibinin kapsadığı çerçevenin çok geniş olduğunu iddia ederek, zarar prensibinin terk edilerek suç veya saldırganlık prensibinin esas alınmasının daha doğru olduğuna vurgu yapmıştır. Peki "saldırganlık prensibi"¹⁰⁷ nedir? Ceza kanunlarına göre suç teşkil etme ihtimali olan, toplumun genel yararının aleyhine, birden fazla kişinin bu saldırganlık ihtiva eden ifadeye maruz, dolayısı ile de mağdur kalması ve en temel odak noktası ise bu içerikte ifadeden kaçınmanın imkansız olması olarak tanımlanır. Feinberg'in bu ilkesi pornografi üzerinden hipotetik örneklerle izah edilmeye çalışılmıştır. Feinberg

¹⁰² Schauer, s. 45.

¹⁰³ Bayram, s. 126.

¹⁰⁴ Bayram, s. 124.

¹⁰⁵ Bayram, s. 125.

¹⁰⁶ Mustafa Yaylalı, "Mill'in Zarar Prensibi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Say 1, 2019, s. 51.

¹⁰⁷ İlke literatürde İngilizce "Offence Principe" olarak geçmektedir.

pornografi içerikli film veya kitapların sansüre tabi kılınmasını desteklememektedir¹⁰⁸. Bunun sebebi fertlerin, bunu okumaktan veya izlemekten kolaylıkla kaçınabilmeleridir. Sonuç itibari ile bu, yani kimilerine göre saldırganlık ihtiva eden ifade şekline şahit olmak bir seçim halinde tezahür etmiştir. Ancak herkese açık bir reklam panosunda veya toplum içinde pornografi ihtiva eden veya diğer saldırganlık içeren ifadeler kısıtlamaya tabi tutulabilmektedir. Çünkü örneğin oradan geçmek zorunda olan bireyler o içeriğe isteseler de, istemeseler de maruz kalacaklar. Bundan kaçınmak ihtimali, aynı zamanda o ifadeyi görmek istemediği halde görmek zorunda olacak kişi sayısının çoğunluk teşkil etmesi bu ifadeyi kısıtlamak için esas teşkil edebilir. Bu hususu yine hipotetik bir örnekle pornografinin aksi olabilecek ve kısıtlanması gerekmeyen mazmunda, daha pozitif kapsamlı bir örnekle açıklayayım. Şehir merkezinde bir köşede sandalyeye oturmuş bir birey kendinin dün Napolyon ile görüştüğünü iddia edebilir veya gelecekte geldiğini veya yarından itibaren yeni Stalin olacağını veya her hangi bir kanunun yürürlükten kaldırılması arzusunun dair kendini ifade edebilir. O kişiyi o anda orada dinleyen kişiler içeriği beğenmedikleri anda istedikleri zaman mekanı terk ederek dinlememeyi seçebilmekte oldukları için bu ilkeye göre de ifadenin kısıtlanmasından muaf tutulmalıdır¹⁰⁹. Saldırganlık ilkesinde de pozitif hukuk ve aktüel mahkeme kararlarına benzer toplum yararı hususunun ön plana çıkarıldığını görebiliriz.

1.3. ÖZGÜRLÜK KAVRAMININ POZİTİF HUKUKA GEÇMESİ

1.3.1. Aydınlanma Çağında Düşünce Özgürlüğü

Aydınlanma, Avrupa’da 1688 yılında İngiltere’de gerçekleşmiş Devrimle başlamış ve 1789 yılında Fransa’da gerçekleşen devrimle kendi gelişiminin uç noktasına varmış düşünce hareketidir. Tüm devrimler sonuç olarak uğruna savaşılan özgürlüklerin pozitif anayasa hukukuna aktarılmasına sebep olmuştur. “Avrupa

¹⁰⁸ David Van Mill, Freedom of Speech, Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford, 2018, chapter 3.

¹⁰⁹ Raphael Cohen-Almagor, Speech, Media and Ethics, Palgrave Publishers, New York, p. 11, 2011.

insanının bireysel ve toplumsal yaşamını yeni bir anlayışla oluşturma çabası olarak niteleyebileceğimiz bu dönem, batı uygarlığının tarihsel gelişiminin ve değişiminin düşünsel ve kültürel sonucudur.”¹¹⁰ 18. yüzyılda özellikle de İngiltere’de toplumsal tartışmaların yaşanmasının pratik boyutlarını görmekteyiz. Kitapların ve makalelerin tartışılması, ifade özgürlüğünün oluşum süreci doğrultusunda örgütlenmeler, cemiyetler, salonların yaratılması ve okuyucular tarafından eserler üzerine tartışmalar yapılması düşünce özgürlüğüne antik çağda kaybettiği tartışma dinamizmini geri getirmiştir. Bu toplulukların çoğunun yazılı yayın organları mevcut olmuştur. O organlar vasıtası ile cemiyet üyeleri kendi düşünce ve tenkitlerini toplumsal alana aktararak idareye baskı yaratmayı başaramışlardır¹¹¹. Aydınlanma döneminde ekonominin zamanla gelişmesi ve bu gelişmenin devamı olarak mübadeleye dayalı üretimi ön plana çıkarması da özgürlük kavramını zorunlu hale getirmiştir.¹¹²

Aydınlanmanın esas amaçlarından biri fertleri hurafelerden kurtararak onlara özgürlük sembolü olan rasyonalizmi sağlamaktır¹¹³. Yıllardır kendi düşüncelerine aykırı olan fikirleri bastıran otoriteleşmiş kurum olan kilisenin kendi mensuplarına aktarmaya çalıştığı her şeyin doğruluğunu sorgulamadan insanlar tarafından bu inançlar çerçevesinde kabul görmesi prensip olarak yıkılmaya başladı. Bireyler artık bilim insanların baskı altına alınmasının ve onların kilise vasıtası ile tutuklanmasının dünyanın düz olmadığı gerçeğini değiştirmediklerinin idrak ede biliyorlardı¹¹⁴.

1.3.2. Spinoza’da Düşünce Özgürlüğü

Önde gelen Aydınlanmacı filozoflardan biri olan Spinoza’nın döneminin seküler bir devletinde yaşadığı için eserlerinde daha rahat bir şekilde tenkit edebildiğini görebilmekteyiz. O, *Teolojik-Politik İnceleme*’sinde ifade özgürlüğü ile alakalı düşüncelerini topluma aktarmıştır. Eserin ilk bölümlerinden “inanç”, “devlet”, “yasa” kavramlarını değerlendirdikten sonra düşünme ve yargıda bulunma

¹¹⁰ A. Kadir Çüçen, Prof. Dr. Süleyman Hayri Bolay Armağan Kitabı, “Avrupa’da Aydınlanma”, “Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 115.

¹¹¹ Eylem Ümit, “Aydınlanma Çağında ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, Sayı 17 İstanbul, s. 139.

¹¹² Eylem, s. 143.

¹¹³ Ahmet Çiğdem, Aydınlanma Felsefesi, Ağaç Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 11.

¹¹⁴ Trager, Dickerson, s. 44.

özgürlüğünün yurttaşlara tanınmasının ve tanınan bu alanın olabildiğince geniş tutulmasının zaruriliğine vurgu yapmıştır. Diğer yazarlardan farkı ise ifade özgürlüğünü ele alma şeklinin gerçeklik tezine değil, rasyonelliğe dayanması olmuştur. Spinoza'ya göre ifade özgürlüğünün gayesi akıl ve insan zekasının gelişmesi olmalıdır. Önemli olan gerçekliğe varmak değildir, çünkü gerçeklik zamana nazaran değişebilmektedir, önemli olan hakikate rasyonel düşünce ve tartışma vasıtası ile varma ve onun sürecidir¹¹⁵.

Spinoza'ya göre devletin var olma amacı özgürlüktür ve devlet fertlere yargıda bulunma, fikirlerini ifade etme özgürlüklerini temin etmelidir. Bireylerin her birinin yargıda bulunma şekillerinin farklılık arz etmesi muhtemeldir. Buna göre de fikrin daha eyleme dönüşmediği süreçte, devletin egemenliğine eylemsel olarak etki etmediği kapsamda, her şekilde düşüncüyü açıklama serbest olmalıdır. Bireyler fikirlerini ifade ederek devlet içinde pay sahibi oldukları andan itibaren devletin egemenliğini korumaya çalışacaklardır¹¹⁶. Özgürce akıl yürütme ve yargıda bulunma davranışı insanın var olma çabasında başvurduğu en önemli yetilerdendir; yani insanı bu yetiden koparmaya çalışmakla onu var kalma ısrarından vazgeçirmek aynı anlama gelecek, bu da kendiliğinden olanaksız bir işe kalkışmak olacaktır¹¹⁷. Spinoza'ya göre ifade özgürlüğünün sınırını kesin hatlarla belirlemek zordur. Ancak tenkit ettiği ifadelere değinilebilir. Spinoza, bir vatandaşın kabul gören herhangi yeni yasaya karşı görüşte olduğunu ifade etmesi ve bu ifade sürecinde beğenmese bile yeni yasalara uyması halinde o vatandaşın devlet tarafından iyi bir birey olarak; aynı durumda hakaret içeren şekilde hakimlere karşı toplumda nefret yaratma niyeti ile kışkırtıcı düşüncelerini ifade etmesi halinde ise kötü, bozguncu birey olarak nitelendirileceğini söylemiştir¹¹⁸. Bu özgürlükten doğan bazı zorlukların mevcut olabilme ihtimaline karşılık Spinoza, yine bu özgürlük vasıtası ile rasyonelliğin, bilimin, aynı zamanda sanatın gelişmesine açılan kapının da bu kavram olması gerektiğini ve sadece özgür bir ortamda bilim insanları rahatlıkla yargıda bulunarak başarıların elde edilebileceğini

¹¹⁵ Trager, Dickerson, s. 54.

¹¹⁶ Benedictus Spinoza, Teolojik-Politik İnceleme, çev. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 285.

¹¹⁷ Çetin Balanuye, Spinoza: Bir Hakikat İfadesi, Say Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2012, s. 249.

¹¹⁸ Spinoza, s. 286.

ifade etmiştir¹¹⁹. “Fikir özgürlüğünü destekleyen bir devlet aynı zamanda rasyonel kararlar alma şansını da olabilecek en üst dereceye çıkartır ve bireyi itaatin tercih edilebilecek tek avantajlı davranış biçimi olacağı bir duruma sokar.”¹²⁰

Spinoza da kendi yaklaşımında diğer yazarlar gibi düşünceyi açıklama özgürlüğünü yine din merkezli tartışma ile de ele almıştır. Spinoza’cı bakış açısı her bireyin kendi dini düşünceleri doğrultusunda yorumlamasının, bu yorumlama şeklinin açıklanmasının özgürlüğü kapsadığını ve korunması gereken bir değer olduğuna inanmaktaydı¹²¹.

1.3.3. Avrupa’da Devrimlerin Sonucu Olarak Özgürlüklerin Pozitif Anayasa Hukukuna Aktarılması

İfade özgürlüğü kavramının tam anlamıyla pozitif hukuka aktarılması 18. yüzyılı bulsa da, bu özgürlük kavramına kısıtlı sınırlarla olsa bile ilk yer veren metin Bill of Rights olmuştur diye biliriz¹²². Bu bildiride modern anlamda kullanılan ifade özgürlüğüne gönderme yapılmış olsa da koruma altında olan ifade havuzunun güncel anlamı ile ifade özgürlüğüne göre kapsamının daha kısıtlı olduğunun anlaşılması gerekmektedir. İngiliz Haklar Bildirisi sadece parlamento dahilinde konuşulan ve müzakere edilen ifadeleri koruma altına almaktaydı¹²³. Bu anlamda da ifade özgürlüğü vatandaşların çoğunu kapsamıyordu. Ancak parlamento dahilinde ifade edilen düşünceleri koruma altına alan bildiri, o konuşmaların parlamento haricinde de engellenemeyeceğini ve konuşmaların hiç bir şekilde tehdit unsuruna maruz kalmayacağını da ifade ederek aslında, siyasal ifadeyi koruma altına alarak mevcut ihtilal döneminde kralı ve idareyi kanunun kapsamına almayı amaçlamıştır.

Avrupa’da diğer bir yandan Aydınlanma hareketinin rasyonalist aydınlanmacı savunucuları, anayasal monarşiden, liberal ekonomi ve hukuk düzeninden, bilimsel

¹¹⁹ Spinoza, s. 286.

¹²⁰ Etienne Balibar, Spinoza ve Siyaset, çev. Sanem Soyarslan, Otonon Yayınevi, 2004, s. 48.

¹²¹ Mustafa Cihan, “Spinoza Felsefesinin Etkileri: Spinozacılığın Farklı Dönem ve Alanlardaki Yansımaları”, Beytulhikme Uluslararası Felsefe Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 122.

¹²² Elizabeth Zoller, “Foreword: Freedom of Expression: "Precious Right" in Europe, "Sacred Right" in the United States?”, Indiana Law Journal, Vol: 84, Indiana, 2009, p. 803.

¹²³ History, English Bill of Rights,

<https://www.history.com/topics/british-history/english-bill-of-rights>, (16.02.2021).

ilerlemeden ve etkili idareden yana olan düşünürlerin¹²⁴ tetiklediği Fransız İhtilali de insan haklarının omurgasını oluşturmaya yardımcı olmuştur. Fransa’da devrim, mutlak monarşinin devrilmesine sebep olmuş ve bireylerin özgürlüğe ulaşmasına, devletlerin ise artık özerk alana müdahale eden bir kurum olma mahiyetinden uzaklaşarak bireylerin mutluluğunu temin edecek bir kurum olmasını amaçlamıştır¹²⁵.

Devlet erki vasıtası ile yeni bir yapının kurulmasını temel kaygı edinen¹²⁶ devrimin sonucu olarak ortaya çıkan Yurttaşlık Beyannamesi kendinde hak ve özgürlükler açısından geniş bir katalog barındırmaktaydı. Düşünceyi serbestçe ifade etme hakkı beyannamenin 11. Maddesinde tespit edilmiştir:

“...1789 Fransız Devrimi’nin yarattığı en büyük düşünce yeniliği, yeryüzünde akıl edilmiş ilk devlet düzeni olan monarşi gibi, yeni bir devlet, yeni bir toplum düzeni getiriyordu. Bu nedenle, monarşinin binlerce yıl yaratıp geliştirdiği değerler ve kurumlar, fonksiyonlarını yitireceklerdi. Bu denli köklü bir değişiklin patlak verdiği Fransız Devrimi sonunda, tüm dünyaya örnek olacak demokratik parlamenter yönetim dönemi başlıyordu... Bireyin kendi iradesini kazanması olayı, Fransız İhtilali’nin getirdiği en önemli yenilikti ve bu irade, kendi isteğini özgür olarak sanata getirecekti.”¹²⁷

Kesin hükümlerle hatları çizilmiş metinde özgürlüğün sınırını toplum zararı veya kamu güvenliği olarak ifade edilmiştir. “Beyanname’de mülkiyet, fikir ve ifade özgürlüğü açık bir şekilde ortaya konmaktadır. Her türlü imtiyaz kaldırılır. Bu bağlamda yurttaşlık sadece maddi unsurlara değil, fikir ve inançları da kapsayacak şekilde ihtiyaç ve malların değişimi özgürlüğü temeline dayanıyordu.”¹²⁸

Üstelik bu Devrim’de halkın gücü, başka hiçbir devrimde görülmediği derecede belirgin, doğrudan ve kararlılıkla sahneye çıkmıştı. Fakat yine de bu devrim burjuvaziye gerçek bir özgürlük kazandıracak, fakat halkın özgürlüğü kâğıt üzerinde kalacaktı¹²⁹.

¹²⁴ Scott Trask, “Fransız Devrimi’nin Gerçek Sebebi Neydi?”, Liberal Düşünce Dergisi, Say: 37, Ankara, 2005, s. 86.

¹²⁵ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Say: 03, Ankara, 1989, s. 196.

¹²⁶ Yavuz Yıldırım, “Fransız Devriminde Yurttaşlık ve Etkilerine Dair Bir Değerlendirme”, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 251-271, Trakya, 2019, s. 260.

¹²⁷ Adnan Turani, Çağdaş Sanat Felsefesi, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1999, s.19’den aktaran Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Ankara, 2011, s. 96.

¹²⁸ Yıldırım, s. 259.

¹²⁹ Eric J. Hobsbawm, Fransız Devrimine Bakış, çev. Osman Hakıney, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009, s. 184.

1.3.4. Amerika’da Devrimlerin Sonucu Olarak Özgürlüklerin Pozitif Hukuka Aktarılması

18. yüzyıldan itibaren Amerika ve İngiltere’de gazetelerin baskın olması, yani basının kamuoyu oluşturma bakımından yeni bir erk gibi ön plana çıkmaya başlaması ve toplumsal açıdan önemli bir konuma yerleşmesi ifade özgürlüğü kavramının gelişiminin ve doktrinel bir kavramın pozitif hukuk boyutlarına taşınmasının büyük bir parçası oldu. 1734 yılında Alman gazeteci olan Peter Zenger çalıştığı gazetede hükümet yöneticisi Cosby’yi eleştirmiştir. Bunun ardından Cosby bu tenkitin iftira olduğunu iddia ederek mahkeme önüne taşımıştır. Amerika Mahkemesi¹³⁰ ve jüriler davada Zenger’in haklı olduğu kanaatine gelmişlerdir. Bunu taraflardan birinin devlet, diğerinin birey olduğu, hak ihlalinin ise ifade özgürlüğü konusu olduğu ve bireyin kazandığı resmi kayıtlara geçen ilk dava olarak da kabul edebiliriz¹³¹.

Amerika’da, pozitif hukukta ve anayasada bir devrimin ve hareketin sonucu olarak özgürlük kataloğu elde edilebilmiştir. Aydınlanma hareketinin esas hatlarından biri olan özgür düşünce, Amerika sınırlarında oluşmakta olan toplumsal hayatın bütün alanlarına belli oranlarda da olsa yansıtılmaktaydı. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nde “bütün insanların eşit yaratıldığı, insanlara Yaratıcı tarafından inkâr edilemez belirli haklar bahşedildiği ve bunların yaşama, hürriyet ve mutluluk” olduğu belirtilerek, aydınlanmanın toplumsal reform olarak kitlelere sunduğu ilkelere tam bir bağlılık gösterilmiştir¹³². İhtilaller, kıta kongreleri ve Virginia temsilcisi Richard Henry Lee’nin, "Federe sömürgeler, Britanya Krallığı ile hiçbir ilişkileri olmayan hür ve bağımsız devletlerdir ve böyle olmalıdırlar."¹³³ teklifinin ardından, New-York’ta toplanan 13 müstemlekenin ortak kararı ile 1776, 4 Temmuz tarihinde bağımsızlığına ilan eden koloniler, 1787 yılında anayasalarını da ilan ettiler. Federal anayasa gibi

¹³⁰ Mahkemeye hakim olarak iştirak eden kişi sonradan 1787 yılından Amerika Anayasasını yazan hukukçulardan biri olan “Luis Morris” olmuştur.

¹³¹ The First Amendment Encyclopedia, John Peter Zenger, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1235/john-peter-zenger>, (20.02.2021).

¹³² Çiğdem, s. 74.

¹³³ Muvaffak Akbay, “Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Say: 1, 1950, s. 31.

yerel anayasaların da çoğu kendinde yine hak ve özgürlüklere ilişkin katalog barındırmamaktaydı.

Aydınlanmanın zenginleştirdiği insan hakları kavramı da Amerikan aydınlanmasında önemli bir yer işgal etmektedir. İnsan hakları kavramı, insanın ilişki kurduğu daha büyük birimlerle (aile, toplum, devlet vb.) olan ilişkilerinin eşitlik, özgürlük, adalet gibi evrensel temalarla belirlenen ölçütlerle yürütülmesinde önemli katkılarda bulunmuştur¹³⁴.

Bu Anayasa da dahil olmak üzere, federe devletlerin kendi anayasalarının büyük çoğunluğu da esas hatları ile sadece idaresini belirlemektedir. 1789 yılında ilk federal kongre için ilk kez toplanan federe devletler anayasal metne, hak beyanı ihtiva eden 10 ek madde ilave etme teklifini gündeme getirdiler. Bu tadillerin içeriği kongrede bireysel özgürlükleri tespit ederek pozitif hukuka aktaracak kararlar almak ve Anayasa'ya evvelce konulmamış haklar beyannamesini ilave etmekten ibaretti¹³⁵. Ancak, bazı delegeler bu haklar kataloğunun da önemsiz olduğuna vurgu yapmaktaydı¹³⁶. Hatta 1787 yılında Anayasa'ya bu düzeyde kataloğun dahil edilmesinin “kalem sürçmesi” olmadığını, bilinçli olarak yapıldığını, haklar bildirgesinin ise zararsız olsa bile gereksiz araç olduğu yönünde görüşler vardı¹³⁸. Netice itibarı ile çoğunluğun kararı ile Anayasa'ya sonradan değiştirilemez nitelikteki bu ek maddelerin teklifi kabul gördü. James Madison, basın özgürlüğüne dair onun dokunulmaz bir hak olması gerektiğini ve diğer özgürlüklerin de siperi olarak nitelendirerek bu yönde olumlu fikirlerini Virginia Kongresinde dile getirmiştir¹³⁹. Birinci Değişiklik ile Kongre'de, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapılmayacağı ilan edilerek; inanç, ifade ve basın özgürlüğü anayasal değerde koruma altına alınmış oldu.

¹³⁴ Çiğdem, s. 75.

¹³⁵ Akbay, s. 39.

¹³⁶ Akbay, s. 31

¹³⁸ Luis Grau, An American Constitutional History Course, Carlos III University of Madrid, p. 126.

¹³⁹ Stephen J. Heyman, Free Speech and Human Dignity, Keystone Typesetting, Orwigsburg, 2008, p. 13.

Devrimler aslında “ifade olarak eylemi” de pozitif hukuka aktarılmış bu özgürlüğün sınırlarına aldı. Eylemsel ifade esas bakımından hareketlerle kendini ifade etme, iletişim kurmadır. İlerleyen zamanlarda ise sosyal hayatın daha da ileri boyutlara taşınması eylemsel ifadeyi daha da ileri boyutlara taşıyacaktır. Grev, “lokavt” gibi bireysel veya toplu halde ifadeler¹⁴⁰, farklı ideolojilerden olan fertlerin kendi inançları doğrultusunda yürüyüşler, bazen bireysel olarak fertlerin eylemsel olarak itirazları ile kendilerini, düşüncelerini sözleri ile değil de davranışları vasıtasıyla kamusal alanla paylaşması eylemsel ifadeyi teşkil etmekle birlikte ifade özgürlüğü çatısı altında korunması gereken değerlerdir.

1.4. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE MODERN BAKIŞ AÇILARI

“İlkeler siyaset felsefesinin geçer akçeleridir.”¹⁴¹ İfade özgürlüğünün de mevcut pozitif anayasa hukukunda bir ilke olarak tespit edildiğini düşünürsek, bu ilkeyi kavramsal olarak daha farklı kılan konu bu özgürlüğün tespit edilmiş diğer özgürlüklerin aksine birçok fiili kendinde barındırmasıdır. Koruma alanı konuşma, hareket, eylem, sanat, konuşmama gibi farklı çeşitten ifade tezahürlerini kendi kapsamında almaktadır.

Peki bu ilkeye nazaran “ifade” nedir? İfadenin kaynağı düşünmedir¹⁴², bireyin düşündüğü, sahip olduğu kanaatlerini kendi mahrem, egemenlik alanından çıkararak dış âleme, kamusal alana olumlu veya olumsuz tepki ihtimallerini göze olarak aktarmasıdır¹⁴³. İnsan tek başına yaşayabilen bir varlık olmadığı için devamlı olarak düşüncelerini topluma açıklamak eğilimindedir ve kısaca tanımlayacak olursak ifade özgürlüğü, bireylerin karşılaştığı sorulara istediği cevapları seçebilmesi, bireysel ve toplumsal davranışlarını da bu cevaplar doğrultusunda şekillendirebilmesidir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Zarplı, s. 6.

¹⁴¹ Schauer, s. 3.

¹⁴² Robert Trager-Donna L. Dickerson, s. 15.

¹⁴³ Küçük, s. 47.

¹⁴⁴ Akın, s. 147.

Liberalizmin duvarlarını ördüğü bireyin başka kişiler ve devletler tarafından hiçbir müdahaleye maruz kalmadan hareket etmesini sağlayan bu negatif özgürlük¹⁴⁵ kavramı, bilgi vasıtası ile düşünülerek, oluşturulmuş kanaatin dışı vurulma şekillerinin bütününe koruma altına alan anayasa ve 20. yüzyıldan itibaren uluslararası insan hakları hukukuyla korunan birinci nesil, çekirdek haklar kapsamına giren prensiptir. Yani literatüre nazaran özgürlük kapsamına giren fiillerin bağlayıcı nitelik taşıyan en son evresi, bilgi edinerek düşünme ile varılmış kanaatin mahrem, bireysel alandan toplumsal alana, ‘fikirlerin pazaryeri’ne aktarılması, yani ifade edilmesidir. Negatif özgürlük, bireylerin karşısında farklı seçeneklerin olması, bu seçenekleri kullanmayı seçip seçmeme şansının da erişilebilir olmasını kapsamaktadır. Ancak negatif özgürlük “istediğini yapma” değildir. Öyle olursa fertlerin isteklerinden vazgeçerek özgürleşebilmeleri sonucuna mantıken varılabilecek ne var ki salt özgürlüğün amaçlarına hizmet etmeyen bir sonuç ortaya çıkacaktır¹⁴⁶.

Doktrine nazaran bu tekâmül aşamalarında ifade özgürlüğünün klasik liberalizm, özellikle de aydınlanma neticesinde gelişen bir özgürlük olduğunu ifade edebiliriz. Karl Marks’a göre liberal özgürlükler, halkın kalıcı çıkarlarından çok, bireysel olarak burjuvazinin çıkarlarına hizmet etmektedirler¹⁴⁷. Ancak, Marks’ın bu ifadesini tamamen liberal haklar kataloğuna nazaran ifade etmiş olduğunu da dile getirmek gerektir. Marks hayatının ilk yıllarında basın mensubu olduğu için ifade, özellikle de basın özgürlüğüne ilişkin görüşleri itibarı ile kapalı olmamıştır. Özellikle sansür uygulamasını tenkit etmiş ve sansür kanunlarını, hukuka aykırı ve özgürlük adına aşağılayıcı bir fiil olarak nitelendirmiştir¹⁴⁸. Yani, tamamen bu özgürlüğü göz ardı etmiş demek de haksızlık olur, ancak Marks’ın çalışmalarından anlaşılacağı üzere bir üst benlik olarak “parti”, bireylerin özgürleşmesi adına en doğru tercihleri yapacak ve bu sorumluluk, parti vasıtası ile doğru seçilmiş liderlere mahsus olacaktır¹⁴⁹. Marksizm’e göre liberal öğretinin oluşturduğu özgürlükler sadece göstermeliktir ve

¹⁴⁵ Yasemin Isıktac, “Isaiah Berlin: Negative and Positive Liberty”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Vol: 01, No: 68, 2019, p. 40.

¹⁴⁶ Alişan Çapan, *Isaiah Berlin: İki Özgürlük Arasında*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 19.

¹⁴⁷ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 1.

¹⁴⁸ Padmaja Shaw, *Marx As Journalist: Revisiting The Free Speech Debate*, tripleC, vol: 10, No: 2, Hyderabad, 2012.

¹⁴⁹ Çapan, s. 21.

gazete yayımlamak arzusunda olan ama parası olmayan bir işçiye göre basın özgürlüğü bir mana ifade etmemekte olup, devlet tarafından sosyo-ekonomik engeller aradan kaldırıldıktan, proleter devrimden sonra oluşturulmuş sosyalist-komünist toplumda, sadece “tam insan” konumunu almış fert özgürleşebilecektir¹⁵⁰.

Modern ve farklı bakış açılarından istifade edebileceğimiz diğer bir isim de Rothbard’dır. Rothbard, anarko-kapitalizmin kurucularından olmuş, klasik liberal veya modern ifade şekli ile liberteryenizmin bir az daha ötesinde yer alan ideolojisiyle hem siyaset felsefesinde, hem de ekonomik teorisi ile yeni bir akım başlatmıştır. Liberalizmin hukukla sınırlandırılmış devlet anlayışı, liberteryenizmin “minimal devlet” bakış açılarından farklı olarak devletin varlığının zaruretiyi sorgulamış ve eleştirmiştir. “Liberal düşüncede, devlet “gerekli bir kötülük”, anarko-kapitalizmde ise, “devlet gereksiz bir kötülük” olarak tanımlanmış ve devletsiz toplum üzerine düşüncelerle ideolojinin duvarlarını örülmüştür.”¹⁵¹

Rothbard kendi felsefesinde, ifade özgürlüğüne de yer ayırmıştır. Ancak Rothbard’çı ifade özgürlüğü tezi, doğrunun veya hakikatın tefsirini, “mülkiyet hakkı” kapsamında değerlendirilmektedir. Filozofun esas aldığı nokta bireyin vücudunun ve beyninin onun mutlak mülkiyetini teşkil ettiği, düşünmesi ile onun uzantısı olarak fikir ve düşüncelerinin de bireyin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesidir¹⁵². Özellikle ifade özgürlüğünün oluşumu aşamasında kamunun bilgi edinme özgürlüğüne karşıt görüşde olan Rothbard’çı düşünceye göre, ifade özgürlüğü kendinde ifade etmeme, düşüncelerini açıklamama seçimini de kapsamaktadır. Devletsiz toplum üzerine inşa edilen anarko-kapitalizm ideolojisinde devletin ödevi olarak nitelendirilen bilgi edinme özgürlüğü de bağımsız bireylerin inisiyatifine bırakılmıştır. Örneğin doktor veya avukatların kendilerinde olan bilgilere dair mülkiyet haklarına hiç bir zorunluluk olmadan kendileri karar verebilmeli, mahremiyet alanına ilişkin ifade özgürlüğüyle çatışma noktalarıise da mülkiyet hakkı kapsamında ele alınmalıdır¹⁵³. Gerek güncel pozitif hukuk metinlerinde, gerekse de

¹⁵⁰ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Cilt: 2, Bursa, 2011, s. 504.

¹⁵¹ Coşkun Can Aktan, Merve Yolal Eroğlu, “Murray N. Rothbard: Devletin Meşruiyetine Radikal Bir Eleştiri”, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt: 11, Say: 2, s. 109.

¹⁵² Murray N. Rothbard, Özgürlüğün Etiği, çev. Recep Tapramaz, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 126.

¹⁵³ Rothbard, s. 126.

mahkeme kararlarında şantaj, iftira gibi hususlar sınırlandırılmış, düşük kategorili ifade şekilleridir. Rothbard, buna karşıt olarak da şantajı bir sözleşme kapsamında ele almıştır. Şantaj sözleşmesi dedikoduculuktan farklı olarak A bireyinin kendinde olan B kişisine ait bilgilerine dair mülkiyet haklarını kullanmamak, yani susmak için bir bedel, karşılığını karşı tarafa teklif eder ve karşı tarafın, yani B kişinin seçim şansı doğar. Bu Rothbard'çı sözleşmenin bozulması ihtimalinde o zaman Rothbard bunun gasp, sözleşme ihlali olması yönüyle hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirir¹⁵⁴. Rothbard, şantaj veya iftira gibi fiillerin sadece hukuka aykırı olmadığını, cezai yaptırıma tabi tutulmasının doğru olmadığını ifade etmektedir, ancak, şantaj, iftira gibi fiillerin de ahlak dışı olduğunu kabul eder. Düşünür, hukukla sınırlandırılmamış “iftira” gibi unsurların, toplum içerisinde mevcutluğunu, yalanlama, ifşa etme, dolayısı ile de şüpheciliği uyandıracak ve bu açıdan toplumun gelişimi açısından bu şüpheciliğin olumlu yönde etkilerinin olacağına inanmaktadır¹⁵⁵.

1.5. DEMOKRASİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Hakikat, rasyonalizm, mülkiyet gibi argümanların veya tezlerin yanısıra ifade özgürlüğünün dayandırıldığı diğer bir kavram da demokrasidir. Demokrasiyi kısaca “halkın iktidarı” veya “iktidarın halka ait olması”¹⁵⁶ ya da güncel dönemimize nazaran daha duygusal bir şekilde her şeyin halk için olması anlamında tanımlaya biliriz¹⁵⁷. Demokrasiye dayanan tezin önceki bölümlerde belirttiğimiz tezlerden farklı yönü, devlet veya yönetim mefhumunun bu tezin icra edilmesi açısından mevcut olması gerektiğidir. Devlet olmadan da tartışma ile hakikat adına bireyler toplum içinde tartışma gerçekleştirebilir veya mülkiyet hakkı kapsamında devletsiz toplumda, düşüncelerine ilişkin mülkiyet haklarını kullanabilirler. Ancak, demokrasiye dayanan tez, esas itibarıyla devlet yönetimi ve örgütlenmesinin zaruriliğini gerektirmektedir.

¹⁵⁴ Rothbard, s. 128.

¹⁵⁵ Rothbard, s. 132.

¹⁵⁶ Murat Aktaş, “Demokrasiye Eleştirel Bir Bakış”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Muş, 2015, s. 89.

¹⁵⁷ Schauer, s. 53.

Demokrasiye dayanan tezi tam anlamıyla ilk kez ingiliz filozof Alexander Meiklejohn “Konuşma Özgürlüğü ve Kendini Yönetme” adlı eserinde ortaya koymuştur. Demokrasiye dayanan tez, yurttaşların bilgi edinme ve ortak karar almada özgür olmaları, aynı zamanda bu ortak karar alma sürecinde kendi kaderlerini tayin etme perspektifinden bireylerin ifadelerinin koruma altına alınması olarak açıklanabilir¹⁵⁸. İfadeler arası hangi tür ifadenin daha üstün ve düşük kategorili¹⁵⁹ olduğu yönünde belirlemek zor olsa bile, demokrasiye dayanan tezin “siyasal” veya “kamusal” ifadenin daha çok koruma altında olduğunu görebiliriz. Bu perspektiften Richard Moon’a göre de, “Kamusal sorunların değerlendirilmesine katkıda bulunmayan konuşma, ifade özgürlüğü ve Birinci Değişiklik ile korunamaz.”¹⁶⁰ Yani fertlerin kendi aralarındaki müzakeresinin, kamuya açık olmayan bireysel tartışmaların, toplum için hiç bir değeri olmayan ifadelerin, ifade özgürlüğü ile korunması gerektiğinin iddia edilmesi anlamsızdır. Komşusuna kızıp onu eleştiren birisi, idareyi eleştiren birine göre daha kısıtlı davranmalıdır ve idareye karşı yapılan eleştiri daha çok koruma altındadır¹⁶¹.

Kamuoyuna, toplumsal kanaate etki edecek her hangi bir tartışmanın yönetim vasıtası ile sınırlandırılması kabul edilmemektedir. Çünkü yönetim halk tarafından seçilmiş hizmetçiler olarak tanımlanır¹⁶². Demokraside egemen olan halktır. Halkın iradesi her açıdan daha öncelikli kabul gördüğü için yönetimin, kendisinin oluşturulması açısından önemli husus olan kamuoyuna etki edecek politik, toplumsal ifadeyi kısıtlayabilir bir erk olmadığı anlaşılmaktadır. Kamuoyu ve bireysel ifadenin zamanla toplu halde, kamusal ifade özgürlüğünü teşkil etmesi bu tezin önemli unsurlarındandır. Toplum, kamuoyu vasıtası ile devlete, idareye ve onun yasama

¹⁵⁸ Wojciech Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s. 22.

¹⁵⁹ İfadelerin düşük ve yüksek değerli olarak gruplandırılması ilk kez, 1942 yılında Amerika Yüksek Mahkemesi tarafından *Chaplinsky v. New Hampshire* kararında yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz: *The First Amendment Encyclopedia*, J. Michael Bitze, *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/293/chaplinsky-v-new-hampshire>, (14.02.2021).

¹⁶⁰ Richard, s. 15.

¹⁶¹ Klaus Finkelburg, “Demokraside İfade Özgürlüğü”, *Düşünce Özgürlüğü Sempozyumu kitabı*, Hukuk Felsefesi ve Sosyalijisi Arkivi, Alman Kültür Merkezi ve Fransız Kültür Merkezi, AFA Yayınları, 1998, s. 199.

¹⁶² Schauer, s. 57.

faaliyetlerine etki etmeye çalışır ve bu anlamda da kamuoyu devlet idaresinin frenleyici bir etkenidir¹⁶³.

Demokrasiye dayanan tezde diğer tezlerden farklı olarak bilgiye ulaşmanın yolu hakikat ve rasyonellik değil, egemen olan halkın iradesidir ve bunun doğal uzantısı olarak da bu tez, halkın yanılabilirliği ihtimalinin de kabulünü gerektirir¹⁶⁴.

Demokrasiye dayanan tezin ifade özgürlüğü ile çelişen taraflarından biri de egemen olan halkın duymak istemeyeceği azınlık ifadelerinin kısıtlanabilirliği tartışmasıdır. İfade özgürlüğü kavramının anlamınca bu kavramın mevcudluğunun esas amacı ve koruduğu değer aslında hakim görüş karşıtı fikirlerdir. Hakim görüşe hizmet eden kanaatlerin zaten korunmaya ihtiyaçları yoktur. O zaman demokrasiye dayanan teze nazaran önceki bölümlerde de ifade ettiğim gibi bir paradoks ortaya çıkmaktadır. Egemen olan halk veya çoğunluk, duymak istemediği konuşmaları kendi iradeleri vasıtası ile kısıtlamaya tabi tutabilir mi? Veya çoğunluk mutlak bir lider seçip azınlığın haklarını elinden alarak iradelerini bu yönde icra edebilirler mi? Çünkü demokrasinin gereklerinden en önemlisi halkın egemen olması ve onun iradesidir. Bu sorulara cevabı Schauer, eşitlik kavramı üzerinden vermiş ve sadece çoğunluğun iradesinin temel alındığı idareyi, akla dayalı yönetim biçiminden uzak olarak adlandırmıştır. Çoğunluğun veya azınlığın bir parçası olmaksızın herkesin vatandaş olduğunu düşünecek olursak, o zaman aynı zamanda herkesin yönetime eşitlik sınırları içinde katılımının, bilgiye eşit sınırlarda iletişiminin ve dolayısı ile de herkes gibi eşit muamele görmesinin de meşruluğu zorunluluk haline dönüşmektedir¹⁶⁵. Sonuç olarak, demokrasiye dayanan tez, azınlığın, çoğunluğun iyi niyetine güvenmesine; siyasal ifadenin, toplumsal ortaklaşa karar sürecinin oluşumu aşamasındaki bireysel ifadeleri ve bu ifadelerin oluşturduğu, kamusal ifadenin korunmasını savunan argümanları kendinde barındırmaktadır¹⁶⁶.

¹⁶³ Ernst-Joachim Lampe, “Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi”, Düşünce Özgürlüğü Sempozyumu kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyalijsi Arkivi, Alman Kültür Merkezi ve Fransız Kültür Merkezi, AFA Yayınları, 1998, s. 132.

¹⁶⁴ Schauer, s. 57.

¹⁶⁵ Schauer, s. 60.

¹⁶⁶ Sadurski, s. 36, 38.

İKİNCİ BÖLÜM
ABD YÜKSEK MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN
SINIRLANDIRILMASI NOKTASINDA 3
ÖRNEK: NEFRET SÖYLEMİ, DİNE HAKARET KAVRAMI VE
MÜSTEHCENLİK

İfade özgürlüğü doktrinden farklı olarak pozitif hukukta daha fazla sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlandırmaların bazı kısmı vatandaşlara tanınan diğer haklarla, bazı kısımları ise devletlerin takdir marjına dayanan “kamu güvenliği” ve “genel ahlak” gibi tartışmalı hususlardır.

Bu sınırlandırmaların da şartları mevcuttur. Karşılaştırmalı hukuka nazaran devletlerin tabi oldukları uluslararası sözleşmeler, özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için hukuken öngörülme şartını zaruri kılmaktadır. Sınırlama rejiminde gündeme gelen ilk ölçüt olan kanunla öngörülme ölçütü esasen bir hukuki dayanak denetimidir¹⁶⁷. Hukuki dayanak yalnızca yazılı hukuk kuralı şeklinde nitelendirilmemelidir. Bu, aynı zamanda yargı kararı ve içtihatlar da olabilmektedir. Ayrıca, bu hukuki dayanakların hepsi vatandaşlar tarafından öngörülebilir ve erişilebilir konumda da olmak zorundadır. Yani kanuni düzenlenme, mahkeme kararı ve başka herhangi dayanak olmadan, devlet erki vasıtası ile vatandaşların özgürlükleri keyfi olarak sınırlandırmaya maruz bırakılamaz.

2.1. NEFRET SÖYLEMİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

¹⁶⁷ Ulaş Karan, İfade özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2 - Ankara, 2018. s. 121.

Nefret söylemi hem doktrinde hem de pozitif hukukta tanımlanması zor olan, hatta her kararda farklı tezahüre sebep olmuş bir kavramdır. Kısaca nefret söylemi, insanların ırklarından, cinsiyetlerinden ve dinlerinden dolayı aşağılanması ve taciz edilmesi¹⁶⁸, belirli bir grubun veya bireyin itibarına yönelik iftira içerikli saldırı olarak¹⁶⁹ tanımlanabilir. Kamusal alana aktarılmış ifadenin bu kavram içerisinde değerlendirilebilmesi için ifadenin eylemle veya muhtemel şiddet içeren eylemle ilişkilendirilmesi gerekir¹⁷⁰. Nigel Warburton’a göre nefret söylemi aşırı derecede saldırganlık ihtiva eden ve yönlendirildiği hedef kitlesini karalamayı hedefleyen iğrenç ifade şeklidir¹⁷¹. Rosenfeld, ise nefret söylemini iki ayrı kategoride değerlendirmiştir. Bunlardan ilki geleneksel nefret söylemi bağlamında aşağılayıcı ırkçı, müstehcenlik içeren “biçimsel nefret söylemi”¹⁷² diğeri ise açıkça, aşikâr olmayan ancak taşıdığı anlamlarla beraber kendinde nefret söylemi barındıran ifadelerdir. Rosenfeld, aynı zamanda bu çizginin her zaman kolay bir şekilde çizilmeyeceğini ve kriterlerin belirlenmesinin de zor bir husus olduğunu da belirtmiştir. Nefret söylemi ile nefret suçu kavramsal olarak karıştırılabile de farklı anlamlar ifade etmektedir. Nefret suçu, nefret söylemi temalı motiflerle, ama fiziksel şiddet içeren şekliyle kanunlarda suç olarak tanımlanan ve yaptırıma tabi tutulan bir husustur. Nefret söylemi aslında nefret suçuna giden yolda ilk adımdır ve bu, sonradan suça dönüşebilir ya da sadece ifade olarak kalabilir¹⁷³.

Pratik boyutları ile bu tür ifade şeklinin tetiklenmesinde Nazi Almanyası’nın ve İkinci Dünya Savaşı’nın da büyük payı vardır. “Nazi Almanyası’nda hükümetin resmi ve siyasi ideolojisi olarak benimsenen nefret söylemi, çağdaş demokrasilerde

¹⁶⁸ Heyman, p. 105.

¹⁶⁹ Önder Bakırcıoğlu, “Freedom of Expression and Hate Speech”, Tulsa Journal of Comparative and International Law, Vol:16, Number: 1, 2008, p. 4.

¹⁷⁰ Eric Heinze, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, Modern Law Review, Vol: 69, Number: 4, p. 545.

¹⁷¹ Warburton, p. 36.

¹⁷² Michel Rosenfeld, Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis, Cardozo Law School, Working Paper Series No. 41, 2001, p. 8.

http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, (02.20.2021).

¹⁷³ Müşerref Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobyası: L’Express Dergisi Örneği”, Medya ve Din Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2018, s. 92.

hükümete muhalif olan ve gerçekçi hedeflere sahip olmayan marjinal grupların kullandığı bir güçtür.”¹⁷⁴

Kavramsal olarak nefret söyleminin iki boyutu mevcuttur. Bunlardan ilki bireysel nefret söylemidir. Bireysel boyutta nefret içeren ifadeler, kamu güvenliğini değil bireyin şahsi dokunulmazlığını ihlal eden, fert olarak bir kişiye yönelmiş, onun kişisel ve ahlaki özelliklerinden dolayı aşağılanması, kışkırtılmasını¹⁷⁵ ihtiva etmektedir. Ancak bazen belirli bir kişiye hitaben nefret söylemi içeren ifadeler kullanmak her zaman onun şahsına yönelen saldırı olarak da düşünülmemelidir. Bir ferde yönlendirilmiş saldırı ehemmiyeti itibarı ile belli bir hedef kitleye yönlendirilen nefret söylemi olabilir¹⁷⁶.

Nefret söyleminin ikinci, yani toplumsal boyutu ise bir kişiye değil, bir gruba, topluluğa yönelen, aynı zamanda politik mesajlar da¹⁷⁷ içeren aşağılama şeklinde düşük kategorili ifade tezahürüdür. Aslında bu kategoride söylemi ifade eden şahsın kimliği de hedef kitle, kitlenin karakteristik özellikleri, yani azınlık ve savunmasız olması, maruz kaldıkları ayrımcılık kadar önemli bir husustur. Politika ile uğraşan, hükümet yetkilisi, muhalefet lideri veya bir grup öncüsü olan kişilerin bu temalı konuşmalar yapması, bir kişiye yönelmiş olsa bile ifadenin toplumsal nitelikli nefret söylemi kavramı içinde değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir¹⁷⁸.

Nefret söylemine ilişkin ifade özgürlüğün kavramın sınırlandırılması ile ilgili iki görüş mevcuttur. Her iki görüşün de savunucuları nefret söyleminin ahlaki sınırlarda yer almadığı konusunda ortak kanaate varmış durumda olsalar da, bu kavramın sınırlandırılmasının şekil ve koşullarını bir zemine oturtmak noktasında fikir ayrılığı yaşamaktadırlar. Bu söylemlere nazaran özel uygulamalara ve bu söylemin suç olarak nitelendirilmesine karşıt görüşte olan taraf temel haklardan biri olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için sadece ifadenin saldırganlık içermesi, bunun fonunda fiziksel şiddetin mevcut olmaması noktalarına atıf yapmaktadır. Karşıt görüşlüler objektif olarak değil sübjektif olarak değerlendirme ile sınırlandırmayı

¹⁷⁴ Rosenfeld, p. 5.

¹⁷⁵ Heyman, p. 165.

¹⁷⁶ Rosenfeld, p.6.

¹⁷⁷ Heyman, p. 168.

¹⁷⁸ Rosenfeld, p. 7.

meşrulaştırarak bu özgürlüğü riske atmak istememektedirler¹⁷⁹. Karşı tarafın argümanı ise “susturma” üzerine inşa edilmiştir. Nefret söylemi, azınlık gruba saldırarak onların savunmasız, güçsüz hissetmesine, dolayısı ile de içtimai müzakerelerin bir parçası olmayacaklarına inanmasına ve toplumdan dışlanmalarına sebep olacaktır¹⁸⁰. “Hedef alınan gruplara “toplumda size yer yok” mesajı yinelenerek verilir.”¹⁸¹

Her iki tarafın ortak noktası argümanlarını ele alış esasının aynı olmasıdır. Her iki taraf argümanını “eşitlik” kavramı üzerinden oluşturmuştur. Uygulama karşıtı grup nefret söylemini sınırlandırarak saldırganlık içerebilecek diğer ifadelerin sınırlandırılmamasının bu kapsamda eşitlik kavramını ihlal ettiğini; uygulama isteyen grup ise herkesin eşit muamele, itibar, saygınlığa sahip olması yönünden bir kesime hitaben bu kapsamda eşitliği ihlal edeceğine inanmaktadırlar.

2.1.1. Amerika’da Nefret Söylemi, Açık ve Mevcut Tehlike Kavramı

Amerika Birleşik Devleti Yüksek Mahkemesi içtihatlarında yargıç Holmes’un geliştirdiği sınırlandırma koşulu, “mevcut ve açık tehlike” kavramıdır. Birinci Değişiklik ile ifade özgürlüğünün kısıtlanması, sansür gibi uygulamaların ifadenin ve konuşmanın önüne geçmesinin engellenmesi açısından güçlü bir koruma kalkını oluşturmuştur. Nefret söylemini aslında ABD Yüksek Mahkemesi kararları kapsamında değerlendirdiğimiz zaman da bu kavramın dünya harpleri, çok sayıda insan ölümleri ve başkaca hassasiyetlerin ortaya çıkmasının ardından tetiklenen bir husus olduğunu görmekteyiz. Birinci Dünya Harbinin ardından komünizm temalı kararlar ve İkinci Dünya Harbinin ardından ise Yahudi topluluğunun merkez alındığı nefret içeren ifadelere karşı kararlar verildiği gözlemlenmektedir.

İlk önemli kararlar 1919 yılında alınmıştır. Bunlar *Schenck ve Birleşik Devletler*¹⁸², *Abrams ve Birleşik Devletler*¹⁸³ kararlarıdır. Her iki kararın temel ortak

¹⁷⁹ Moon, p. 126.

¹⁸⁰ Moon, p. 127.

¹⁸¹ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı-2017, s. 2695.

¹⁸² ABD Yüksek Mahkemesi, *Schenck ve Birleşik Devletler* Kararı, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>, (10.02.2021).

¹⁸³ ABD Yüksek Mahkemesi, *Abrams ve Birleşik Devletler* Kararı, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, (10.02.2021).

noktaları Casusluk Kanunu'nun kapsamında cezalandırma ihtiva etmesi ve aynı zamanda davalı kişilerin sosyalist, komünist olarak savaş ve askerlik karşıtı olmalarındadır. Bu kararlarla ilk kez mahkemenin içtihadına “Açık ve mevcut tehlike”¹⁸⁴ kavramı dahil olsa da bu koşulun benimsenmesi 50 yıllık bir sürede gerçekleşmiştir. Bu sürede bazı kararlarda, özellikle de *Gitlow ve Birleşik Devletler*¹⁸⁵ kararı ile “zararlı eğilim” kavramının kullanılmasına geçilmiş olsa bile, 1960'lardan itibaren mahkeme yine eski içtihatlarına dönerek Holmes'un “tehlike” kavramını kullanmaya başlamıştır¹⁸⁶. *Schenck* kararında yargıç Holmes kendisi açıklasa da sonradan *Abrams* kararında yazdığı karşıt oy ve görüşlerinde mahkemenin *Schenck* kararında yanıldığını da ifade etmiştir. Savaş dönemi içinde olan devlet sınırları içinde bazen tehlikeler daha da artabilir, ancak, özgürlük savaş esnasında da barış esnasında da aynıdır¹⁸⁷. Bu karşı oyda en önemli hususlar da Holmes'un, Mill'in ifade özgürlüğüne dayanan gerçeklik tezinin bir parçası olan, fikirlerin pazaryerine atıf yapmış olması ve isyana kışkırtmanın kısıtlanmasının Fransa'da ‘İsyana ve Fitneye Teşvik Etme’ yasalarının kötü sonuçlara sebep olduğuna atıfta bulunması olmuştur¹⁸⁸.

1969 yılında nefret söyleminin ABD Yüksek Mahkemesi içtihadınca koruma kalkanına girmesine sebebiyet veren diğer karar da *Ohio ve Brandenburg*¹⁸⁹ davası olmuştur. mahkeme Brandenburg'un, “Ku Klux Klan” adlı ırkçı teşkilatın liderlerinden biri olarak “yahudilere ölüm, zencilere ölüm” gibi ifadeler kullanmasına bakmaksızın onun bu ifadeleri kullandığı zaman başkalarından farklı olarak silahsız olması, bu nedenle bu konuşmalarının açık tehlike oluşturmadığı hususuna atıfta bulunarak davalının mahkumiyetini kaldırmıştır¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Encyclopedia of Britannica, *Schenck v. United States*, <https://www.britannica.com/event/Schenck-v-United-States>, (10.02.2021).

¹⁸⁵ ABD Yüksek Mahkemesi, *Gitlow ve Birleşik Devletler Kararı*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/>, (10.02.2021).

¹⁸⁶ Şule Özsoy, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hukukuna İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, Sayı: 56, Cilt:1, s. 35, 36.

¹⁸⁷ ABD Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Özgürlüğü, *Abrams v. United States*, Yargıç Holmes'ın karşı görüşü, Derleyen Zühtü Arslan, çev: İrfan Neziroğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 10.

¹⁸⁸ Yargıç Holmes, s. 10.

¹⁸⁹ ABD Yüksek Mahkemesi, *Ohio ve Brandenburg Kararı*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>, (11.02.2021).

¹⁹⁰ ABD Yüksek Mahkemesi, *Ohio ve Brandenburg Kararı*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>, (11.02.2021).

Diğer bir husus ise ifade şekillerinin karar aşamasındaki farklılıklarıdır. Kanımca, ABD Yüksek Mahkemesi diğer dünya mahkemelerine göre klasik liberal doktrininin oluşturduğu ifade özgürlüğü anlayışına daha yakın bir sınır hatları çizmiştir. Ancak kararlara baktığımızda konuşma ile eylemsel ifadeler arasında farklılık bulunduğunu, konuşmanın daha sıkı korunduğunu görmemiz mümkündür. Yine döneminin en konuşulan ve muhafazakâr olarak bilinen hakimlerinden Scalia, 1992 yılında *R. A. V. Ve St. Paul*¹⁹¹ kararını açıklamıştır. Nitekim bu kararda tahta Nazi işaretinin bir siyahi vatandaşın mülkiyeti dahilinde yakılmasının sınırlandırılmasını, özgürlük kapsamında kusurlu bulmamıştır. yargıç Özellikle, ister özel mülkiyet olsun isterse de kamuya açık bir mekan olsun, bu tip bir eylemin yapılmasının suç olarak nitelendirileceği ve cezai yaptırıma neden olacağını da açıklamıştır.

Son yılların içtihatlarına bakıldığında 2007 yılında *Matal ve Tam kararı*¹⁹² da nefret söyleminin büyük ölçüde Birinci Değişiklik kapsamında değerlendirilmesine örnek olarak gösterilebilir. “Slants” sözlük anlamıyla “çekik gözlü” olarak kullanılan ve azınlık olan bir kesimi aşağılama ifade eden bir kelimedir. Bu adlandırma ile müzik grubu kurmayı amaçlayan gençlerin başvuruları, Amerika Patent Kurumu tarafından nefret söylemi, aşağılama ihtiva etmesi sebebi ile reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme ise devlet yetkilisinin bu başvuruyu reddetmesini haklı bulmamıştır. Bazı ifadelerin nefret yüklü olması, bir kesimi sinirlendirebilmesi ihtimaline karşı bu özgürlüğün riske atılmaması gerektiğini savunmuş ve aslında içtihatların yüz yıl öncesine, yani “*açık tehlike*” kapsamında geri dönmüştür. “İrk etnik köken, cinsiyet, din, yaş, engellilik ve benzeri nedenlerle kişileri aşağılamak nefret yüklüdür ancak ifade hürriyeti içtihadımızın en gurur duyduğumuz yanı nefret ettiğimiz düşüncelerin dahi ifade edilme hakkını korumamızdır.”¹⁹³

2.1.2. AIHM İçtihatlarında Nefret Söylemi

¹⁹¹ ABD Yüksek Mahkemesi, *R. A. V. v. St. Paul Kararı*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>, (11.02.2021).

¹⁹² David L. Hudson Jr., *Matal v. Tam* (2017), *Related Cases in Commercial Speech*, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam>, (11.02.2021).

¹⁹³ US Supreme Court, *Matal v. Tam* decision, Opinion of J. Alito, p. 25, https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf, (12.02.2021).

İkinci Dünya Harbi'nin ardından tüm dünya devletleri Avrupa genelinde evrensel nitelikte sözleşmeler hazırlayarak insan haklarını daha korunur hale getirmeye çabaladılar. Bu açıdan esas amaç devletlerin vatandaşları karşısındaki sorumluluklarını göz önünde tutmak ve vatandaşlara devlet harici bir başvuru yapabilecekleri, devleti mahkeme karşısına taşıyabilecekleri olanağı sağlamak idi. Bu açıdan 1948 yılında BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve onun iki yıl ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenlendi. 1953 yılında yürürlüğe giren AİHS, bu sözleşme metninin 19. maddesi¹⁹⁴ gereği 1959 yılında daha fazla anlam ifade etmeye başladı. Bunun sebebi, anılan yıl Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulması idi. Uluslararası nitelikte, birden fazla devleti kapsayan mahkemeler daha evvel mevcut olmuş olsa da bu kadar geniş kapsamlı ve kararlarının büyük bir kıtanın devletlerine göre bağlayıcı olduğu ilk kurum idi. Bu mahkeme sayesinde AİHS maddelerinin uygulanmasının denetlenmesi ve devletlere karşı yaptırımların uygulanması daha da mümkün olacaktı.

AİHS'de düzenlenen ifade özgürlüğü, inanç ve düşünce özgürlüğünden bağımsız hak olarak tespit edilmiştir. 10. maddede yer verilmiş tanıma göre:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

İçtihatlara nazaran ise AİHM'in önemli kararlarından biri olan *Handyside ve Birleşik Krallık* kararında, ifade özgürlüğü ve sınırlandırmasını daha nitelikli tefsir etmiştir:

¹⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 19. maddesi Yüksek Sözleşmeci Taraflara yüklenen taahhütlerin denetlenmesinin sağlanması ve koruma mekanizmasının oluşturulması için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kurulmasını öngörmüştür.

“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhine, aksine olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olmaz”¹⁹⁶

Nefret söylemi konusunda AİHM ve ABD Yüksek Mahkemesi kararlarını karşılaştırdığımızda, sınırlandırma koşullarında AİHM’in bazı konulara daha hassasiyetle yaklaştığını, sınırlandırma koşullarının daha fazla teşkil etmesi ve özellikle de nefret içeren ifadelerin korumadan yoksun kılınması hususlarını görmek mümkündür. AİHS ve AİHM nefret söyleminin özellikle tanımını yapmamış olsa bile Avrupa Konseyinin 97/20 sayılı tavsiye kararında¹⁹⁷ nefret söylemine ilişkin sınıflandırma yapılmıştır. Tavsiye kararında etnik merkeziliği, dinsel ve ırkçı nedenleri esas alarak bu grup mensuplarının kışkırtılmasını nefret söyleminin bir parçası olarak tanımlamıştır¹⁹⁸. Hassas noktalara isnaden ise bu mekanizma kapsamında holokost karşıtı ifadeler, Yahudi topluluğuna hitaben nefret ihtiva eden ifadelerin hususi ile ifade özgürlüğü ile korunmamakta olduğu belirtilebilir.

AİHM’in ABD Yüksek Mahkemesinden temel farklarından biri de kesin hatlarının olmaması, sınırlandırma için net bir çizgi çizerek onu izlememesidir. ABD Yüksek Mahkemesi “tehlike” argümanı ile içtihadını oluşturmuş ve bazen farklı eğilimlere gitse de yine sınırlandırma prensiplerinde kesin hatları izlemeye devam etmiştir. Aktüel kararlarında da o çizgiyi geçmemiştir. AİHM ise çok geniş sınırlar çizerek koşul sayısını fazla tutarak aslında özgürlük kavramına değil, onun sınırlandırılmasının korunmasına daha geniş sınırlar belirlemiştir. AİHM, *Türkiye’ye karşı Müslim Gündüz*¹⁹⁹ kararında şeriat kurma isteğini ifade eden bir kişinin ifadesinin sınırlandırmasına karşıt olarak bunun sadece bir ifade olduğuna, eylem

¹⁹⁶ Handyside/ United Kingdom decision, application no: 5493/72, 1976, paragraph 49, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, (12.02.2021).

¹⁹⁷ Council of Europe, Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”, https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?inheritRedirect=false, (12.02.2021).

¹⁹⁸ Erhan Tanju, AİHM kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 191.

¹⁹⁹ Global Freedom of Expression, Gündüz v. Turkey decision, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/gunduz-v-turkey/>, (11.02.2021).

boyutuna geçmediğine, hatta eylem çağırısı olmadığına atıfta bulunarak sınırlandırmaya meşruluk kazandırmaya da, holokost karşıtı ifadenin şiddet içermemiş ve buna ilişkin çağırısı olmamış olsa bile bu içerikli ifadeleri “sui generis”²⁰⁰ ifade adlandırarak sınırlandırmaya tabi tutulmasını öngörmüştür. Böylelikle mahkeme her davayı somut olayın özelliklerine göre değerlendirerek, her sınırlandırma koşulunun belirlenmesine de davaya nazaran karar vermektedir²⁰¹.

AIHS kapsamında aslında tamamen demokratik toplum ve demokratik değerler üzerinde oluşturulan bir sınırlandırma mekanizması öngörülmüş olsa bile, AIHM’in çeşitli kararlarında ‘ırkçılık’, ‘düşmanlık’, ‘saldırganlık içeren milliyetçilik’ ve ‘azınlıklara, göçmenlere uygulanan ayrımcılık’ motifli konular üzerinde önemle durulmaktadır²⁰². Bunun savaşın ardından, özellikle de savaşın sebep olduğu nefret söyleminin, yüz binlerce Yahudi’nin öldürüldüğü bir dönemin ardından, o sürecin bir neticesi olarak kurulmuş uluslararası mekanizma olması ile bağdaştırabiliriz. Hatta holokost karşıtı, Nazi sempatisi içeren ifadelerin sınırlandırılmasını mahkeme kendisi için o kadar önemli bir konuma yerleştirmektedir ki, “olasılık”²⁰³ ile dahi harekete geçerek yaptırımların uygulanması haklı kılınmaktadır.

Nefret söylemlerinin sadece ifade özgürlüğü kapsamında, korunması altında olup, olmaması değil aynı zamanda AIHS metninin 17. maddesi kapsamında değerlendirmeye alınması da olağandır²⁰⁴. AIHM’nin bu madde kapsamında değerlendirilen *Garaudy ve Fransa*²⁰⁵ kararında holokostun bazı kısımlarını inkar eden ve İsrail’in politikalarını eleştiren bir kişinin ifadesinin sınırlandırılması meşru bulunmuş, kışkırtmayı amaçlayan, nefret yükü barındıran ifadelerin kullanılmasını ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak tefsir etmiştir. Son yıllarda, kabul

²⁰⁰ F. P., Almanya’ya Karşı, Başvuru no: 19459/92, 1993,

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1549>, (21.02.2021).

²⁰¹ Elif Küzeci, “AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBB Dergisi, Sayı: 71, Cilt: 1, s. 188.

²⁰² Cengiz Gül, Seher Çakan, “AIHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, s. 376.

²⁰³ Küzeci, s. 189.

²⁰⁴ AIHS, 17. Madde: “Sözleşmedeki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

²⁰⁵ Future Free Speech, Garaudy v. France decision.

<https://futurefreespeech.com/garaudy-v-france/>, (21.02.2021).

gören *Faurisson ve Fransa* davasından sonra, soykırım karşıtı görüşlere, tarihsel olayların farklı veya yanlış bakış açılarından yorumlanması biçiminde²⁰⁶ AİHM'in tutumu farklı eğilime doğru evrilmeye başlamıştır.

Diğer bir konu ise islamofobidir. İslamofobi, azınlık teşkil eden Müslümanlara yönelik nefret içeren hareketler, aşağılamalarda bulunmak, onları kendilerine tehdit unsuru olarak görmek, iftiralar ve hakarete bulunmak kısaca hoşgörüsüzlük biçimidir²⁰⁷. Bunu analogi olarak başka dini azınlık veya diğer gruplara ilişkin olarak da kabul edebiliriz. AİHM, Britanya'da bir kişinin "*İngiltere'yi İslam'dan koruyun, Müslümanlar dışarı*" şeklinde kendisini ifade etmesini, bu ifadeni belli bir hedef kitleyi kışkırtma amaçlanması kapsamında ele alarak ifade özgürlüğü ile korunacak değerde olmadığı kanaatine varmıştır²⁰⁸. İlave olarak bu karar da AİHS 17. maddesi kapsamında değerlendirme yapmıştır²⁰⁹.

2.2. DİNE HAKARET KAVRAMI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Din ve dine hakaret göreceli bir kavramlar olduğu için tek bir cümle ile her iki kavramın da tanımının yapılması mümkün değildir. Durkheim'e göre, din sosyal bütünleşme ve kontrolün temel unsuru olmakla kutsal şeylere inanç ve amelleri kendinde ihtiva ederek ona inanıp bağlı olan kişileri ortak bir cemaatte birleştiren bir sistemdir²¹⁰.

Doktrinde ve güncel pozitif hukukta "Blasphemy" olarak adlandırılan dine hakaret veya eski ifadesi ile mukaddes şeyleri tahkir etme daha çok tanrıya ve onun kutsal gördüğü şeylere yönelik hakaret, aşağılayıcı ve incitici ifadeler olarak tefsir edilmektedir²¹¹. Dine hakaret ile ilgili tanımlardan yola çıktığımızda, kutsal olarak

²⁰⁶ Elif Çelik, "Nefret Söylemi, İfade Özgürlüğünün Neresinde?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 4, Sayı; 2, 2013, s. 216.

²⁰⁷ Necmi Karslı, "İslamofobinin Psikolojik Olarak İncelenmesi", Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2009, s. 80, 81.

²⁰⁸ AİHM, Norwood ve Birleşik Krallık davası, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/norwood-v-uk/>, (16.02.2021).

²⁰⁹ Gül, s. 382.

²¹⁰ Abdullah İnce, İbn-i Tüfeyli ve Jan Jacques Rousseau'da Din Kavramı Üzerine Karşılaştırma, Bingöl Üniversitesi, İlahiyat fakültesi dergisi, sayı: 1, 2013, s. 99.

²¹¹ The USLegal Dictionary. <https://definitions.uslegal.com/b/blasphemy/>, (16.02.2021).

görülen şeyin ne olduğuna bağlı olarak çağdan çağa, kültürden kültüre değişen bir kavramsal boyut görürüz²¹².

Din ve onun kutsal gördüğü şeyler, bazı devletlerin mevzuatına bakıldığında koruma altına alınmıştır. Öncelikle burada değerlendirilmesi gereken iki önemli konu var. Birincisi, dini koruma altına alan devletler, o coğrafyada hâkim olan dinin değerlerini mi koruma altına alacak? Soruyu daha da genişletecek olursak, din içinde yer alan mezhepler ve bu mezheplerden doğan çatışmalarda, yasama organı hangi tür koruyucu mekanizmaları üretecek? İkincisi, din ve vicdan özgürlüğü içerisinde aynı zamanda inanç özgürlüğünü de barındırmaktadır. Bu anlamda kutsal değerler inançlı olan birisi için tanrı, inançlı olmayan birisi için bir kitap, bir teori veya hatta bir siyaset lideri de olabilir. Fakat her bir toplumun din dışında kutsal gördüğü başka değerler de vardır. Dini değerlere hakaret cezalandırılıyorsa, din dışı kutsal değerlere hakaret²¹³ de cezalandırılmalıdır²¹⁴. Aynı zamanda inançlıların kutsal kabul ettiği değerleri koruyup, inançsızların kutsal gördüğü değerleri koruma altına almama toplum içinde adil dengenin ve eşitliğin bozulmasına neden olur.

2.2.1. Avrupa’da Dine Hakaret Kavramı

Dine hakaret ile nefret söyleminin dinsel boyutu iki farklı kavram olarak değerlendirilmektedir. Nefret söylemi, kurbanlarında doğrudan psikolojik bir zarar yaratan, belirli bir hedef kitlesi olan ve yöneldiği o kitleye karşı şiddet eylemlerini teşvik edebilecek nitelikte kötü niyetli özel bir ifade şeklidir²¹⁵. Nefret söylemi şiddet eylemi doğurma ihtimaline nazaran daha tehlikeli konumda olmakla bazı devletlerin de anayasa veya kanun metinlerinde yer almıştır. Örneğin, 2006 yılında Birleşik Krallıkta yürürlüğe giren ‘Dinsel ve Irksal Nefret Yasasının’ 29J maddesinde dine yönelmiş hakaret ile tahrik edici ifadeleri ayırt edilmiştir²¹⁶. Bu yasa ifade özgürlüğünün korunması amacı ile bir değer olarak dini ve onun uygulamalarını değil

²¹² Yusuf Enes Kaya, Dine Hakaret Olgusu, İÜHFİM, Cilt: 24, Sayı: 2, 2016, s. 552.

²¹³ Literatürde ‘cultural blasphemy’ olarak adlandırılan ifade, kültürel değerlere hakareti kendinde ihtiva eder.

²¹⁴ Jeremy Patrick, “The Curious Persistence, Blasphemy”, Florida Journal of International Law, vol. 23, 2011, p. 204.

²¹⁵ Kaya, s. 552.

²¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Racial and Religious Hatred Act 2006.

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga_20060001_en.pdf, (15.02.2021).

bireyleri koruma altına almıştır. Yani, inanca yönelmiş her ifade eleştiri olarak nitelendirilmiş ve koruma altına alınmış; inançlıya yönelmiş kışkırtıcı ifade ise şiddet doğurabileceği ihtimali ile nefret söylemi kapsamına dahil edilerek koruma altına alınmamıştır. Nefret söylemini dine hakaret kavramından ayıran husus sadece şiddet doğurma ihtimali değildir. İfade edilmeden önce kışkırtılacak hedef kitlesinin, kurbanların ve ifadenin yöneldiği provokasyonun servis edildiği “seyircinin” mevcut olması aslında bu iki kavramı birbirinden ayıran temel unsurlar olarak nitelendirilebilir. Bu tür yasalar kişilerin dini öğreti ve inancını korumaz²¹⁷. Ancak Yasa, dinini icra edenleri, kendilerine ve ibadethanelerine yönelik saldırılara sebep olabilecek nefretin teşvik edilmesinden korur²¹⁸.

*“Dini değerlere hakaret kavramının esası yüzyıllar öncesine dayanmaktadır. İnanç, toplumun politik ve ahlaki davranışının kökü olarak görülmekteydi. Bu nedenle, bu inanca meydan okumak ya da onu incitmek, siyasi ve ahlaki toplumun yapısına ciddi bir şekilde tehdit unsuru oluşturmakla ağır bir şekilde cezalandırma öngörmekteydi. Açıkçası, artık durum böyle değil. Bazıları bunu beğenmeyebilir, ancak bu, kanunun artık tanrının görüşleri ile ilgili değil, ulusal barışının, güvenliğin korunmasıyla ilgili olduğu gerçeğini değiştirmez.”*²¹⁹

Hristiyan ağırlıklı devletlerin çoğu, ‘blasphemy’ ile bir nevi mücadele etmek için geleneksel olarak önlemler almıştır. İngiltere hukuku ise bu önlemlerin, yani “blasphemy” uygulamalarının zaman içinde yumuşatılarak ihmal edilmesinin iyi bir örneğidir. Dini ve onun değerlerini yani genel ahlakı dinin belirlediği sınırlarda değerlendiren devletler, , sınırlandırma koşulu olarak “kamu ahlakını” mevzuatlarında tutmaktadırlar. İrlanda örneğini bu açıdan değerlendirebiliriz. İrlanda esas itibarı ile Katoliklerin çoğunluk teşkil ettiği ve kilisenin hala güçlü konumda nitelendirildiği bir devlet olarak, dine hakaret kanunlarının var olduğu ve bunun suç olarak nitelendirildiği devletlerden biri idi. 2009 yılına kadar İrlanda’da dine hakaret etme suç olarak nitelendirilmekteydi çünkü İrlanda Anayasası bunu öngörmekteydi. Anayasa’da bu hükmün var olmasının temeli ise Hristiyanlığı benimsemiş çoğunluğu teşkil eden toplum, döneminin iktidarının milliyetçi, geleneksel yapıya sahip olması, Roma-

²¹⁷ Brett G. Scharffs, “Towards an Understanding of Accelerants and Decelerants: A Non- Juriscentric Approach to Offensive or Hateful Speech Concerning Religion”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 702.

²¹⁸ Kaya, s. 554

²¹⁹ Select Committee on Religious Offences in England and Wales First Report, Appendix 3. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldselect/ldrel/of/95/9515.htm>, (16.02.2021).

Katolik doktrininin İrlanda sosyal politikası üzerindeki etkisine dayanmaktaydı²²⁰. İrlanda’da 2009 yılında ekonomik durum sebebiyle referanduma gidilemese de dine hakaret kavramına odaklı kanun²²¹ hazırlanarak mevzuata dahil edildi. Kanun eskisi kadar sıkı sınırlarla olmasa da dine hakaretin sınırlandırılmasının güncelliğini hala saklamaktaydı. Ancak nispeten 1937 Anayasa’sına nazaran dini değerlerin korumasını bir nevi İngiltere örneğine benzer şekilde yumuşatmaktaydı. Bir suç olarak dine hakaretin tamamen kalkması ise 2018 yılında referandumla gerçekleşti. Halkın iradesi 64%’lük bir oranla din ve onun değerlerine hakaret etmenin anayasal hükümden ve suç olarak mevzuattan tamamen kalkması yönünde oldu. Bu sürecin işleminin esas merkezi noktası aslında “genel ahlak/kamu ahlakı”dır. Zamanla Hristiyan çoğunluklu ülkelerin genel ahlak anlayışları dini sınırları aştı. Ancak Müslüman çoğunluklu ülkeler, kamu ahlakının hakim olan dinin değerler kapsamında değerlendirilmesi sebebi ile ‘blasphemy’ icraatlarını aşmayı pek ile başaramadılar²²².

Avrupa’da hala bazı ülkelerde ‘blasphemy’ kanunları kendi güncelliğini korumaktadır. Bu husus yine de kamunun “ahlak” kapsamında dine verdiği değer ve din özgürlüğünün o toplumda taşıdığı önem kapsamında ele alınabilir. Finlandiya da bu açıdan din özgürlüğü sıkı koruma altındadır. Dine hakaret bir suç olarak ceza kanunlarında yer almıştır. 1999-2015 yılları aralığında sadece 15 cezai soruşturma gerçekleşmiş, bunların çoğu da İslam’a yönelik hakaret içerikli olmuş ve sadece küçük para cezaları ile sonuçlanmıştır²²³. Finlandiya’da sadece sanatsal ifadelerin diğer ifadelere kıyasla dine hakaret veya eleştiri anlamında koruma altında olduğu söylenebilir. Karikatüristlerin yarattığı eserler vasıtası ile eleştirilerini kamusal alana aktarmalarını, Finlandiya mahkemeleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Finlandiya Yüksek Mahkemesinin dine hakaret kapsamında verdiği en önemli kararlardan biri, *Halhallo* isimli karardır. Bu kararda mahkeme AİHM kararına atıf yaparak, İslam peygamberinin suçlanmasını, aşağılanmasını

²²⁰ Neville Cox, “Justifying Blasphemy Laws: Freedom of Expression, Public Morals, and International Human Rights Law”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, Journal of Law and Religion, Emory University, Vol: 35, No: 1, 2020, p. 51, 52.

²²¹ Iris Statute Book, Defamation Act 2009, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2009/act/31/section/6/enacted/en/html#sec6>, (16.02.2021).

²²² Cox, p. 55.

²²³ Tuomas Aystö, “Religious Insult and Blasphemy in Contemporary Finland”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 318.

doğrudan Müslümanlara yönelmiş hakaret olarak değerlendirilmiş ve ferdin ifadesinin kısıtlanmasını haklı bulmuştur²²⁴.

Diğer bir örnek olarak gösterebileceğimiz karar ise İtalyan mahkemelerindedir. 2006 yılında Ceza kanunlarında reform gerçekleştiren İtalya Devleti, dine hakaretin sadece para cezası ile cezalandırılacağı yönünde kanun değişikliğine gitmiştir. İtalyanlar bu vasıta ile ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında dengeyi koruyacaklarını, hakaretin yöneldiği grubun kendini güçsüz hissetmemesini, aynı zamanda dini nefreti tetikleyecek ifadelerin adil şekilde önünü kesebileceklerini düşünmektedirler²²⁵.

Alman kanunları ise ‘blasphemy’yi sadece dini kapsamda görmeyerek, toplum içinde kutsal görülen ve değerli kabul edilen hususları da ifade özgürlüğü çerçevesinden çıkartarak, ideolojiler doğrultusunda hakaretleri de ceza kanununda tespit etmiş ve aynı zamanda bu hususun varlığının kamu güvenliği açısından önemini vurgulamıştır²²⁶. Çağdaş Avrupa pozitif hukukunda, Norveç ve İzlanda’da 2015, Hollanda’da ise 2012 yıllarında dine hakaret kavramının cezai boyutunun yürürlükten kalkmasına karşılık, bu kavramın yaratacağı muhtemel psikolojik rahatsızlıklar dolayısı ile kendi kanunlarında dine hakaret kavramı geleneğini sürdüren²²⁷ Polonya ve dini barışa karşı suçlar başlığı altında özellikle kanunlarında yer vererek Doğu Ortodoks Kilisesine yönelmiş hakaretleri ifade özgürlüğü çerçevesinden çıkarıp cezai boyutta konumlandıran²²⁸ Yunanistan gibi dine hakaret kavramını hala aktüel tutan devletler de vardır.

2.2.1.1. “Charlie Hebdo” Örneği

²²⁴ Aystö, p. 333.

²²⁵ Cristiana Cianitto, “The Blasphemy Offence in the Italian Legal System”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 346.

²²⁶ Matthias Cornills, “Legal Protection of Religion in Germany”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 368.

²²⁷ Joanna and Jan Kulesza, “Blasphemy Law in Poland”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 413.

²²⁸ Effie Fokas, “God’s Advocates: The Multiple Fronts of the War on Blasphemy in Greece”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 390.

Bu örneğe yer vermemdeki temel amaç, hipotetik örnekler ve belirli sınırlardan çıkarak gerçek bir olay üzerinden analiz gerçekleştirmek niyetidir. Öncelikle, Fransız hukukunda bir suç olarak dine hakaretin sorgulanması ve zayıflaması 19. yüzyılın başlarına tekabül etmektedir. Fransa’da belirli yıllarda kanun metinlerinde bazı değişiklikler olsa da 1881 yılında basın özgürlüğü kanununun kabulüne kadar, ‘blasphemy’-nin belirtileri hissedilmekteydi²²⁹. Bu kanunun ardından dine hakaret Fransız hukukunda suç olmaktan çıkarıldı. Ancak buna rağmen kışkırtıcı nitelikli, dindar kesime yönelen ifadeler veya dinsel nefret içeriği ile hala ifade özgürlüğü havuzunda kabul görülmemektedir.

Son yıllarda oldukça tartışılan ‘Charlie Hebdo’, Fransa’da karikatür üzerine çalışan, sanatsal ifade kategorisine dahil olan ifadeler üretmekle meşgul olan eleştiri odaklı bir derginin ismidir. Kelime anlamında Charlie Hebdo “haftalık Charlie” anlamına gelmektedir. Derginin başkanı Stephane Charbonnier’nin açıklamasına göre “Fransa’da farklı dinler, kültürler, ideolojiler mevcuttur. Eğer biz Marks ile alay ede biliyorsak, İsa ile de Muhammed ile de ede bilmeliyiz”²³⁰. Bu açıklaması ile aslında kültürel “blasphemy” ile dini “blasphemy”nin aynı şey olduğuna vurgu yapsa da dine yönelen alay içerikli karikatürler şiddet içeren karşı cevaba neden olmuş, 2015 yılında bir grup radikal dini grup tarafından düzenlenen silahlı saldırı, 9’u dergi mensubu toplam 11 kişinin ölümü ile sonuçlanmıştır. Saldırı Fransa’da yürürlükte olan kanunların, hoşgörüsüzlüğe sebep olması ile alakalı toplum içerisinde tartışmalara neden olmuştur. Saldırının oluşturduğu hassasiyetle gerçekleşen tartışmalar, her ne kadar ifade özgürlüğünün dini hassasiyetler nedeniyle sınırlandırılmasının iyi niyetle gerekçelendirilen kısmı mevcut olsa da, bu suçun yürürlükte olan aktüel kanunlara bağlanması, kanun metinlerinde dine hakaretin sınırlandırılması gerekmesi içerikli müzakerelere ve suçun saldırganların dini doktrini ile ilişkilendirilerek sorgulanmasına kadar indirgenmemiş ve gerçekleşen olay ile saldırganlar suç ve suçlu kapsamında değerlendirilmiştir²³¹.

²²⁹ Guilhem Gil, “Blasphemy in French Law: From the Chevalier de la Barre to Charlie Hebdo”, *Blasphemy and Freedom of Expression*, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 40.

²³⁰ Euronews, Charlie Hebdo's unrepentant record, <https://www.euronews.com/2015/01/07/charlie-hebdo-s-unrepentant-record>, (17.02.2021).

²³¹ Cox, p. 54.

“Hiç kimsenin din özgürlüğü ihlal edilmemiştir, rahatsız edilmemiştir. Bu, bir nevi sınırlandırılmış pornografiden rahatsızlık duymaya benzemektedir. İstemediği gazeteyi satın almamak, onu okumamak, bakmamak gibi seçenek mevcut iken bu örnekte hak ihlali söz konusu olamaz.”²³²

Ancak bu saldırılardan daha öncelerde Fransa’da yaşayan Müslüman toplulukların Fransız mahkemelerine başvurmasını da incelemek gerekmektedir. Müslümanların temel argümanları, derginin hedef kitleyi kışkırtmak ve aşağılamak amacı gütmesi, aynı zamanda bu karikatürlerin nefret söylemi ihtiva etmesi olmuştur. 2007 yılında Fransız mahkemesinin kabul ettiği kararda²³³, aslında Fienberg’in ifade özgürlüğü kapsamında Mill’in zarar prensibinin karşısına koyduğu saldırganlık tezinin belirtilerine rastlanmaktadır. Mahkeme, derginin umuma açık alanda sergilenmediğine, alıcılarının alıp almama, bakmama gibi seçimlerine vurgu yapmış, AİHM’in *Otto-Preminger*²³⁴ içtihadına da atıfta bulunarak demokratik bir toplumda işleyen eleştiri odaklı satirik dergide yer alan sanatsal ifade özgürlüklerinin korunmasının önemini ön plana çekmiştir²³⁵.

2.2.1.2. AİHM Kapsamında Dine Hakaret Kavramı

Din ve vicdan özgürlüğü günümüz anayasal metinlerinde tespit edilmiş anayasal temel bir hak konumundadır. İlave olarak da uluslararası mevzuatta, AİHS’nin 9. maddesinde de din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin hususlar belirtilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından din özgürlüğü ile vicdan ve inanç özgürlüğü ayrıca incelenmektedir. Din özgürlüğü belli bir dine mensup olma, o dinin gerektirdiği ritüelleri uygulama, dini eğitim alma, mensubu olduğu dini yayma gibi unsurları kendinde barındırmaktadır. Vicdan özgürlüğü ise daha temelden, yani, bir kişinin inançlı olup olmamasında özgür olduğuna vurgu yapmaktadır. Din özgürlüğü, inançsızlıkla insanlara önerilenler içinde bir dine katılma arasında seçim yapma ve dinin gereklerini bireysel veya toplu uygulama serbestliği olarak tanımlanabilir²³⁶.

²³² Felix M Larkin, “Free Speech and "Charlie Hebdo"” An Irish Quarterly Review, Vol: 105, No: 418, 2016, p. 197.

²³³ Gwladys Fouché, Editor Cleared in French Cartoon Case, The Guardian, 2007, <https://www.theguardian.com/media/2007/mar/22/pressandpublishing.race>, (17.02.2021).

²³⁴ Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application no: 13470/87. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>, (17.02.2021).

²³⁵ Guilhem, p. 47.

²³⁶ İbrahim Kaboğlu, “Din özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 1, 1991, s. 268.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9-ncu maddesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü tespit edilmiştir:

(1) Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

(2) Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

Metinden de anlaşılacağı üzere din ve dini değerlerin eleştirilerden korunmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. İnsan hakları hukuku dinlere eleştiriden, hakareten, alay edilmekten korunma gibi bir hak tanımaz²³⁷. Zaten, öylesine bir hakkın tanınması sonu olmayan bir ölçsüzlüğe yol açmış olurdu. O zaman da ifade özgürlüğü açısından otorite sahibi kurumlar büyük bir sansür ağı kurmak zorunda kalır ve bu açıdan da ifade özgürlüğü tehlike altına alınmış olurdu. Çünkü dünya genelinde çok sayıda kültür, din ve dini gelenek mevcuttur. Bir toplum veya din mensupları için hakaret, ahlaksızlık sayılabilecek bir hareket iken diğer bir toplum için aksine normal, sıradan bir hareket veya ifade olarak kabul edilebilmektedir.

Din ve vicdan özgürlüğü aynı zamanda istediği şekilde kendi inancını belirlemeyi, istediği dine mensup olmayı, dini inancını değiştirebilmeyi ve dininin olmamasını da kendinde ihtiva eder. Mahkeme, bu özgürlüğün, dine inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını oluşturan en hayati unsurlardan biri olarak belirtmiş ancak aynı zamanda ateistler, agnostikler, şüpheçiler ve kayıtsızlar için de değerli bir husus olarak nitelendirmiştir²³⁸. Devletin dinlere yönelmiş hakarete ve tenkite yasak koyması bireylerin dine duydukları inancı sorgulamasını, inandığı gerçekleri değiştirmesini ve gelecekte mensup olduğu dini de değiştirme ihtimalini engellemiş

²³⁷ Kaya, s. 555.

²³⁸ Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88, judgment of 25 May 1993, para. 31. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, (18.02.2021).

olacaktır. Bu zaman da bireylerin gerçek anlamda dinlerini değiştirme özgürlüklerinden yararlandığı söylenemeyecektir²³⁹.

Öncelikle belirtmek isterim ki, bir ifadenin ne oranda hakaret ne oranda tenkit olduğu ile ilgili konsensüse varmak o kadar da kolay bir durum değildir. Konuya yaşadığımız coğrafyada hakim din açısından değil de objektif bir bakış açısı ile yaklaşacak olursak, bir çok ifade veya eylem Müslümanlar tarafından hakaret olarak kabul edilebilmektedir. Somut örnek verecek olursak, Hristiyanlara göre Hz. Muhammed sonuncu peygamber olduğunu iddia ettiği için yalancı olarak adlandırılmaktadır. Aynı şekilde Hristiyanlar da Hz. İsa'nın Tanrının oğlu olduğu inancının eleştirilmesini kendilerine edilmiş bir hakaret olarak da görebilir ve algılayabilirler. Halbuki, bu aslında hakareten daha çok eleştiri olarak nitelendirilmesi gereken ifadedir. Dolayısı ile dinle alay edenleri ya da eleştirenleri, dindarların dini hislerini korumak için susturmak, bir düşünceyi demokratik toplumların temelini oluşturan kamusal tartışmadan mahrum bırakmaktır²⁴⁰.

Uluslararası hukuk, din ve vicdan özgürlüğü ile dinleri ve onun uygulamalarını değil, fertleri korumakla yükümlüdür. AİHM içtihatlarını bu kavram kapsamında değerlendirmeden önce, mahkemenin daha önceki içtihadının en önemlilerinden biri olan *Handyside ve Birleşik Krallık* kararının aslında mahkemenin karar verme açısından hattını belirlediğini söyleyebiliriz. ABD Yüksek Mahkemesi ise çizgisini bir nevi gerçeklik tezine dayandırmakta, sınırlandırma için açık tehlike, zarar aramaktadır. Ancak, AİHM bunlardan farklı olarak belirleyici çizgini demokrasi ve hoşgörü tezine dayandırmaktadır. *Handyside* kararında da bunu belirten Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumda mevcut olmasının önemine, çoğulculuğa ve hoşgörüye vurgu yapmaktadır. Burada ifade edilen hoşgörü aslında tartışmalı bir husustur. Hoşgörü kavramı klasik öğretilerdeki ilk örneğinden ve sınırlarından dışarı çıkarılarak, revize edilmiştir. Locke'un ve seleflerinin bahsettiğı hoşgörü ve tolerans sorumluluğu ve ödevini üstlenmesi gereken süje olan devlet, otorite sahibi kurumdur. Ancak, AİHM içtihadı bireylerin, diğer bireylere karşı toleranslı olmasına, çoğulculuğa, hoşgörü kavramını bir ödev gibi benimsemesine odaklanmıştır.

²³⁹ Kaya, s. 556.

²⁴⁰ Kaya, s. 560.

Otto-Preminger ve Avusturya davası AİHM'in 'blasphemy' odaklı ilk karar aldığı davalardan biridir. Avusturya yerel mahkemesi bu davada görsel veya sanatsal ifadesinden dolayı bir kimseyi kısıtlamış ve belli bir miktarda para cezasına çarptırmıştır. Bu kararında AİHM, takdir marjına atıf yaparak saygınlık hakkını da dile getirmiştir. AİHM bazen göreceli hususlarda, takdir marjına dayanarak kararı yerel mahkemelerin takdirine bırakmaktadır. Bunun temel sebebi yerel mahkemelerin halkın değerlerini daha iyi tespit edebilmesi ve değerlendirmenin daha adil yapılacağıdır²⁴¹. Takdir marjının bir uzantısı olarak mahkeme din ve vicdan özgürlüğü kavramı kapsamında devletlerin veya yerel mahkemelerin bazı davalarda inançlı fertlerin saygınlık hakkının korunması adına diğer başkalarının ifadesinin kısıtlanmasının meşru olacağı kanaatine varmış ve aktüel kararlarda da devletin sınırlandırmasını, hatta sanatsal obje olan filmlere el koymanın da ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi olmadığına karar vermiştir²⁴². Mahkeme, yine *Avusturya v. E.S. kararında*²⁴³ da özel seminerler yoluyla İslam peygamberi Muhammed hakkında tenkit ve anakronizm içeren ifadelerin kısıtlamasını, diğer kişilerin, yani inançlıların haklarının korunması amaçlı olduğu şeklinde tefsir ederek haklı kılmıştır. Mahkemenin görüşüne göre, dini doktrinler eleştiriden muaf olmasalar da ifadenin dini hoşgörüsüzlüğe ve kışkırtmaya neden olabileceği durumlarda, yerel mahkemeler tarafından din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bazı ifadelerin kısıtlanması takdir marjı çerçevesinde meşru kabul edilmelidir²⁴⁴. Yani, AİHM'in bu konularda biraz çekimser bir tavır sergilediğini söyleyebiliriz. Bazı yazarlar bunun Mahkemenin bir zaman kiliseye yakınlığı sebebiyle, Müslümanlara da aynı muameleyi göstermeye çalışarak adil dengenin korunması niyeti ile bazıları ise sadece çetrefilli davalarda AİHM'in müdahale etmeyerek devletlerin yerel mahkemelerine takdir marjı tanıyarak aslında kendini eleştirilerden muaf etme ve insan haklarının kültürel görecelik konsepti çerçevesinde tamamen kapıyı kapatmamak niyeti ile yorumlanmaktadır²⁴⁵.

²⁴¹ Council of Europe, Lisbon reports, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp, (18.02.2021).

²⁴² ECHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria* decision, par. 49. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>, (18.02.2021).

²⁴³ ECHR, *E. S. v. Austria* decision. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187188>, (18.02.2021).

²⁴⁴ ECHR, *E.S. v. Austria* decision, paragraph: 42, 43. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187188>, (18.02.2021).

²⁴⁵ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Yayınevi, Baskı: 12, Ankara, 2019, s. 149.

2.2.2. Amerika’da Dine Hakaret Kavramı

Avrupa pozitif hukukunun ürünü olan ve Avrupa’da gelişmiş bir kavram olan, “blasphemy”nin Avrupa’dan göç eden kolonilerin kendileri ile beraberinde getirdiği ananenin devamı olarak Amerika’da da geçirdiği bir tarihi süreç vardır²⁴⁶. Ancak aktüel anlamda Avrupa örneklerinden farklı olarak Amerika’da durum farklı tezahür etmektedir. Yüksek Mahkemenin eski içtihatlarına, yani 20. yüzyıla kadar mevcut olmuş analojiye göre hakaret kavramı ifade özgürlüğü ile çatışmalarda daha üst kademedeki konumlandırılmıştır. New-York mahkemesinin *People v. Ruggles*²⁴⁷ kararı ile mahkeme, dini değerlere hakaretin suç teşkil etmesine dair, kanun veya içtihadın olmamasına istinaden ingiliz mahkemesi anenesine uygun bir şekilde bu hakaret ve ifade biçiminin ifade özgürlüğü olmadığına karar vermiştir²⁴⁸. Diğer bir karar ise Massachusetts Yüksek Mahkemesinin *Commonwealth v. Kneeland* kararında, hakareti suç olarak nitelendirmeyi haklı kılması olmuştur²⁴⁹.

20. yüzyılın başından itibaren içtihatlarda gerçekleşen değişimler yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu değişimlerin kararlara doğrudan yansması kimi hakaretlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ile sonuçlanmıştır. Amerika örneğinde hakarettten cezai yaptırım ile karşılaşan en son kişi, 1928 yılında ifade özgürlüğü aktivisti olarak tanınan Charles Smith olmuştur²⁵⁰. Yüksek Mahkeme bu konudaki içtihadını ise 1952 yılında²⁵¹ kabul ettiği karar ile oluşturmuştur. *Joseph Burstyn Inc. v. Wilson* kararı ile Yüksek Mahkeme dine hakaret kanunlarının öncül nitelik taşıyan ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını meşrulaştırmayacağını öngörerek

²⁴⁶ Russell L Weaver, “Blasphemy Prohibitions and Prosecutions: A US Perspective Blasphemy and Freedom of Expression”, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 534.

²⁴⁷ John R. Vile, “People v. Ruggles decision (N.Y. 1811)”, The First Amendment Encyclopedia, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/94/people-v-ruggles-n-y>, (20.02.2021).

²⁴⁸ John Wile, “Blasphemy”, The First Amendment Encyclopedia, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/894/blasphemy>, (20.02.2021).

²⁴⁹ John Wile, “Blasphemy”, The First Amendment Encyclopedia, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/894/blasphemy>, (20.02.2021).

²⁵⁰ Wikipedia, Charles Lee Smith, https://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Lee_Smith, (20.02.2021).

²⁵¹ Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson decision, p. 343, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/495/>, (20.02.2021).

anayasal hak ile çelişkili olduğunu ifade ederek uygun bulmamış ve yürürlükten kaldırmıştır. Mahkeme, bu kararında eyalet mahkemesinin kararını bozarak, dini doktrinlere yönelik saldırıları bastırmanın, Amerika’da hükümetin işi olmadığı kanaatine varmış ve kararını kamuya ilan etmiştir. Bu kararlar da hakaret Amerika’da ifade özgürlüğü havuzuna ve onun korunma mekanizması altına girmiş bulunmaktadır. Buna göre de güncel anlamda “blasphemy” kavramı sadece tarihin bir kalıntısı²⁵² olarak gözden geçirilmekte olup, Yüksek Mahkeme’nin bir daha bu dayanaklı davalara nazaran ifade özgürlüğünü riske atacağı düşünülmemektedir²⁵³.

2.3. MÜSTEHCENLİK, FEMİNİZM VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Müstehcenlik kavramının bazen tamamen pornografi ile özdeşleştirildiğini görebiliriz. Ancak müstehcenlik daha geniş anlamda yorumlanması gereken bir kavramdır. İster dini, isterse de kültürel açıdan evrimsel sürecin sonucunda yerleşmiş değerler perspektifinden toplumda oturmuş ahlaki normlara karşı ve aykırı ifade şekli olarak tanımlamak, kanımca daha doğru olur. Türk Dil Kurumunun tanımına da baktığımız zaman müstehcenlik, “edebe aykırı, açık saçık, yakışıksız”²⁵⁴ olarak yer bulmaktadır. “Müstehcen, duyular açısından tiksindirici veya nefret uyandıran ya da pis, açık-saçık, ayıp, iğrendirici veya hoş olmayan anlamına gelir. Pornografi ise sadece erotik tasvirler demektir.”²⁵⁵ Müstehcenlik kavramının ifade özgürlüğündeki yeri, taşıdığı değerden ibarettir. Yani bazı müstehcen, pornografik ifadeler bu özgürlük çerçevesinde korunma değeri taşımazlar. Özellikle de çocuk pornografisi, ifade özgürlüğüne sıkı ve geniş koruma alanı tanıyan hukuk sistemlerinde de bu özgürlükten yararlanma olanağına açık değildir²⁵⁶. Belirli çizgilerle çizilmiş sınırlamalar ve sınırlamaların kapsamında kitleye ulaşan müstehcenlik ifade özgürlüğü boyutunda düşünülmemelidir. İfade özgürlüğü ve müstehcenlik tartışmasında şehvet uyandıran,

²⁵² Russell, p. 534.

²⁵³ Russell, p. 550.

²⁵⁴ Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (20.02.2021).

²⁵⁵ Schauer, p. 245.

²⁵⁶ Carissa Byrne Hessick, “Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences”, University of Michigan Press, 2016, p. 58.

belirli istekleri karşılayan görüntüler²⁵⁷ veya ifadeler yer almamaktadır. Önemli olan nokta kamusal alana iletilen, bu alanda her kitleye hitap etmesi düşünülen bazen sanatsal, bazen ise toplumsal ifadelerdir.

Müstehcenlik kavramının sınırlandırılmasında esas olarak üç görüş mevcuttur. Bunlardan ilki ifade özgürlüğünün pozitif hukuka ilk geçtiği zamanlarda toplumda belirlenmiş ahlak standartları ciddi önem arz eden hususlar olarak nitelendirilmekteydi ve onun dışına çıkılmasının önlenmesi amacı gütmekte olan bu görüş, korumacı mahiyet taşımaktaydı. İkinci görüş, ahlak ve hukukun ilişkisini, ahlak dışı olan müstehcen yayınların, bazı kişilerin hayat faaliyetlerine negatif etki edeceği, “sapıklık” eğilimlerine neden olacağı²⁵⁸ ve sonuçta hukuka aykırı, yasal olmayan fiillerle sonuçlanacağına dayanmaktadır. Son görüşün odak noktası ise “iğrençleşmedir”. Bu görüşün İlk ve zayıf boyutu, kamuya açık alanlarda müstehcenlik içeren ifadelerin insanları rahatsız etmesi, daha güçlü ve ikinci boyutu ise yayının mevcut olmasının bile rahatsız edici olmasını savunmaktadır²⁵⁹.

Bu karşıt argümanlar dışında müstehcenlik kapsamında, özellikle de kendinde barındırdığı “pornografi” karşıtı tezler de mevcuttur. Bu tezlere baktığımızda odak noktası feminist düşünce kapsamında tasarlanmış ve değerlendirilmiştir. Pornografinin, kadınlara yönelik şiddete, cinsel tacize neden olduğu, vücutlarının bir obje olarak servis edilmesi ile boyun eğdirmeğe, susturmaya ve dolayısı ile de ifade özgürlüğü kapsamında eşit kullanımdan mahrum bırakılması ile sonuçlanan zarara neden olduğu savunulmaktadır²⁶⁰. Bu tezin temellendirilmesi noktasında Mill’in zarar prensibine de başvurulmuştur. Buradaki “zarar noktası” kadınların kamuya boyun eğen cinsel bir materyal gibi takdim edilmesi ile onların fikirlerinin Mill’in oluşturduğu pazar yerindeki konumunun zayıflatılması olarak belirtilmiştir²⁶¹.

Diğer perspektiften feminizm bağlamında anti-pornografi tezlerine katılan ama zayıf argüman ile izah edilen bir görüş de mevcuttur. Örneğin, Frank Michelman’a göre, pornografi kadınların sosyal hayatta kendilerini ifade etmesi adına, eşit muamele

²⁵⁷ Schauer, s. 252.

²⁵⁸ Schauer, s. 244.

²⁵⁹ Schauer, s. 244.

²⁶⁰ Amy White, “Liberty and Pornography: An Examination of the Use of John Stuart Mill in Pro-Censorship Feminist Arguments”, Hokkaido University Journal of Applied Ethics and Philosophy, Vol: 5, 2013, p. 18.

²⁶¹ White, p. 20.

ile karşılaşmak ve genel olarak eşitlik kapsamında²⁶² bazı zorluklar yaratmaktadır. Ancak onları içtimai müzakereden tamamen alıkoyarak direkt onların ifade özgürlüğüne etki etmemektedir²⁶³. Feminizm kapsamında pornografi karşıtı görüşler ile nefret söylemine karşıt görüşlerin ortak faydası her iki argümanın da “susturma” üzerine inşa edilmesindedir. Pornografi vasıtası ile kadınların zayıf ve dirençsiz bireyler olarak takdim edilmesi sonucunda, oluşturulan sosyal iklim ve algı kadınların göz ardı edilmesine, bir görsel servis olarak teklif edilerek²⁶⁴ ciddiye alınmamasına, cinsel yaşamlarının sadece erkeklere hizmet etmekten ve onları memnun etmekten ibaret olması²⁶⁵ ile alay konusuna dönüşmesine sebebiyet verecektir²⁶⁶. Caroline West, pornografinin oluşturduğu cinsellik, cinsellikte kadın algıları ve rolünün sonucu olarak cinsel tacize ve tecavüze maruz kalan mağdur kadınların şikayet sonuçlarında onlara inanılmamasını, bazen ciddiye alınmamasını örnek getirerek “susturma” üzerine olan argümanını izah etmiştir²⁶⁷.

2.3.1. ABD Federal Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Pornografi

ABD Yüksek Mahkemesi’nin müstehcenlik kavramı esaslı kararlarında temel noktalardan biri çocuklara değebilecek zararlardır. Aynı zamanda mahkeme içtihadında müstehcenlik, uygun olmayan, ahlaksız gibi anlamları farklı konumlarda nitelendirilmiştir. Genel olarak ise ifade özgürlüğü ile çatışan diğer kavramlar gibi bu kavramın da Yüksek Mahkeme içtihadında geçirdiği kültürel bir evrimsel süreç mevcuttur. 1957 yılından *Roth v. California* kararında başlamış bu süreç 1973 ve 1978 *Miller v. California* ve *FCC v. Pacifica* kararlarında sonuca ulaşmıştır. Roth kararında mahkeme müstehcen içeriğin Birinci Değişiklik ile korunmadığı yönünde karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkemenin müstehcenlik kapsamında dönüm noktası olabilecek kararı 1973 yılında kabul görmüş *Miller vs. California*²⁶⁸ kararıdır. Miller

²⁶² Moon, p. 118.

²⁶³ Caroline West, “The Free Speech Argument against Pornography”, Canadian Journal of Philosophy, Vol: 33, Number: 3, 2003, p. 392.

²⁶⁴ Moon, p. 120.

²⁶⁵ Moon, p. 121.

²⁶⁶ West, p. 398.

²⁶⁷ West, p. 399.

²⁶⁸ ABD Yüksek Mahkemesi, Miller ve California kararı, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>, (22.02.2021).

adlı kişi hakkında cinsel içerikli yayınları ihtiva eden kitap ve reklam yayımlamak ile alakalı soruşturma açılmış, yerel mahkemeler soruşturmaları haklı bularak, onun Birinci Değişiklik ile korunacak değer sınırlarını aşan ifadeler kullandığı kanaatine vararak onu yargılamış; Yüksek Mahkeme de yerel mahkemelerin kararını onamıştır.

Miller davasından sonra ABD hukukuna “Miller Testi”²⁶⁹ olarak adlandırılan ve müstehcenlik çizgisini çizen bir kavram dahil olmuş oldu. İfadelerin çizgiyi özgürlüğün koruma alanından müstehcenliğe doğru geçip geçmediğini belirlemek için kullanılan bu test, yani Miller testi, ifade özgürlüğü içtihadının kılavuzu olmaya devam etmektedir²⁷⁰. Kararı veren Yüksek Mahkeme baş hakimi, Warren E. Burger kendi yorumuna göre de müstehcenlik değerlendirmesinde esas olan konuları tasnif ederek bu temalı yayınların sınırlandırılması ve tartişılan eserin çağdaş toplum standartlarına uyarlanması gerekir²⁷¹. Yani yargıç, kısıtlama tartişmalarında odak noktasının, toplumsal alana aktarılmış ifadenin ortalama bir fert için müstehcenlik içeren eserin hangi boyutta saldırganlık içerdiği, eyalet yasalarına uygunluğu ve en önemlisi bu ifadenin bu şekilde tezahür etmesinin politik, toplumsal ve sanatsal değeri olduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme kapsamında diğer önemli bir karar ise Federal İletişim Komisyonunun da yer aldığı 1978 yıl tarihli *FCC v. Pacifica Foundation*²⁷² kararıdır. Bu kararda Yüksek Mahkeme cinsel istek doğuran ifadelere vurgu yaparak, müstehcenlik değeri taşıyabileceğini ifade etmiştir. Yine Miller kararında da olduğu gibi toplum standartlarına göre “ahlak” normlarını aşan müstehcen ifadeler sınırlandırmaya tabi tutulabilir. Ahlak ise sadece müstehcen ve cinsel içerikli ifadeler ile kısıtlı değildir. Bu mahkemede radyo programının erken saatlerde yayınlanması, çocukların bu yayını duymasının ihtimalinin oldukça yüksek olması esaslarına dayanarak, Yüksek Mahkeme sınırlandırmayı haklı bulmuştur. Mahkemenin ister bu kararda, isterse de benzer kararlardaki bakış açısının çocukların saldırgan içerikli

²⁶⁹ David L. Hudson Jr., “Miller Test”, First Amendment Encyclopedia.
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1585/miller-test>, (22.02.2021).

²⁷⁰ ABD Yüksek Mahkemesi, Miller ve California kararı,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/> (22.02.2021).

²⁷¹ David L. Hudson Jr., “Miller v. California”, The First Amendment Encyclopedia
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/401/miller-v-california>, (22.02.2021).

²⁷² ABD Yüksek Mahkemesi, FCC ve Pacifico kararı
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/726/>, (22.02.2021).

ifadelerden korunması²⁷³ yönünde olduğunu gözlemlemek mümkündür. “*Miller Testi*” olarak adlandırılan ve müstehcenliğin belirleyicisi olarak nitelendirilen örnek kararyetişkinlere hitap eden içeriklere nazaran değerlendirmektedir. Ancak Yüksek Mahkemenin müstehcenlik ve cinsel içerikli ifadelere karşı olumlu yönde kararları da olmuştur. Mahkeme cinselliğin zamanla doğal hayatın, kültürün bir parçası olduğuna, bir miktar cinselliği kendinde barındıran ve kesin şekilde rahatsız edici olmayan görseller ihtiva eden ifadelere ilişkin *Brown ve Jenkins* kararlarında olumlu bakış açısı ile yaklaşmıştır²⁷⁴.

2.3.2. AİHM Kapsamında Müstehcenlik ve Genel Ahlak

AİHM’in temel sınırlandırma koşulu demokratik bir toplumda bu sınırlandırmanın gerekli olması koşuludur. AİHS’e göre de sözleşmede düzenlenen ve yer verilen, hatta en çok eleştirilere maruz kalan sınırlandırma diğer ölçütü ise “genel ahlak” ölçütüdür. *Birleşik Krallık ve Handyside* kararı²⁷⁵ ile mahkeme uluslararası mekanizma olduklarına ve bu sözleşme, mekanizmasının çok fazla ülkeyi, toplumu, kültürel farklılıkları da kapsadığına atıf yaparak, bu kadar geniş nitelikte genel ahlak anlayışının yaratılamayacağını vurgulamıştır. AİHM, bu yorumunun bir uzantısı olarak yine aynı kararında, genel ahlak esaslı davalarda takdir marjı müessesesine başvurmakla yerel mahkeme hakimlerinin daha üstün konumda olduğunu vurgulamaktadır. Somut davada Mahkeme çocuklara hitap eden bir kitabın yayınlanmasının kısıtlanması, kitapların imha edilerek yayınevinin cezaya çarptırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme yine bu kararında bireylerin, kendi düşüncelerini açıklarken alanı belirlenen kitleye karşı sorumlu olduğunun farkında olmaları gerekmesine dikkati çekmiştir²⁷⁶.

Ancak Mahkemenin her davada takdir marjına başvurduğu ve her davadan çekindiğini söylemek de haksızlık olur. Bu açıdan en iyi örneklerden biri Türkiye’ye karşı kabul gören *Türkiye’ye karşı Akdaş* kararıdır. Bu kararda çevirmen olan Akdaş,

²⁷³ Wikipedia, FCC v. Pacifica Foundation, https://en.wikipedia.org/wiki/FCC_v._Pacifica_Foundation, (23.02.2021).

²⁷⁴ Önder Kutay, Karşılaştırmalı Hukukta Müstehcenlik, Blog yazısı, <https://www.okseker.av.tr/>, (23.02.2021).

²⁷⁵ Handyside ve Birleşik Krallık kararı, par: 48, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, (23.02.2021).

²⁷⁶ Gül, s. 399.

1907 tarihli Fransız yazarın müstehcen, daha doğrusu erotik içerikli romanını çevirerek yayınlamıştır. Yayınların kaldırılıp çevirmenin de cezaya çarptırılması sonucunda, AİHM’e başvuru yapmıştır. AİHM’in bu kararda değindiği iki esas husus olmuştur. Birincisi, bu eserin uzun yıllardır mevcut olması, birden fazla ülkede ve dilde esere erişimin mümkün olması, hatta Avrupa Edebiyat Mirasında yer alan nitelikte bir eser olmasıdır²⁷⁷. İkinci husus ise vatandaşların başka dillerde erişiminin mümkün olduğu halde bu kitabın tercüme edilerek topluma Türkçe olarak sunulmasının engellemesi gibi aşıkâr özgürlük kısıtlamaları gibi objektif durumlarda Mahkemenin takdir marjına müracaat etmeyeceği olmuştur²⁷⁸.

Mahkemenin özellikle politik ifadeleri daha çok koruma altına alması *Birleşik Krallık ve Handyside* kararından itibaren ilgili kararlarında görülen bir husustur. Müstehcen içerikli sanatsal ifadelerde de aynı zamanda yöneldiği kişinin kamusal, politik figür olması halinde, o kişinin eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması gerektiğini belirterek bu gibi ifadeleri koruma altına almıştır²⁷⁹. Somut davada mahkeme hakimlerinin ortak bir konsensüse varması uzun tartışmalar sonucunda mümkün olabilmektedir. Müstehcen içerikli ifadeleri kendinde ihtiva eden tablonun, sanatsal ifade olup politik değer kapsadığı ve aktarmak istediği kanaatlerin “faydalı mesaj vermek” mi, yoksa “ahlaksız görüntüleri bir araya getiren” kişi onurunu zedeleyen ifade mi olduğu hakimler tarafından uzunca tartışılmıştır. Sonuç itibarı ile Mahkeme tabloların yöneldiği ve aksettirdiği kişi siyasi bir figür olduğu için ifadenin özgürlük sınırlarında olması gerektiğini ve böyle sınırlandırmanın demokratik toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, müstehcenlik konusunda, yayınlanan eserin yayıncı tarafından sunulduğu kişilerin niteliği, onların özellikle de hangi yaş grubunu kapsadığını, kamuoyu için toplumsal ve sanatsal değerini göze almakla çoğunluk itibarı ile sınırlandırma kararlarına daha çok eğilimlidir.

İster ahlak isterse de genel ahlak objektif olarak zemininin doldurulması zor olan kavramlardır. Göreceli, herkes için farklı olan bir kavramı genellemek ve bu

²⁷⁷ Türkiye ve Akdaş kararı, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3030159-3344927>, (24.02.2021).

²⁷⁸ Türkiye ve Akdaş kararı, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3030159-3344927>, (24.02.2021).

²⁷⁹ AİHM, Vereinigung Bilerden Künstler ve Avusturya kararı, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/vereinigung-bildender-kunstler-v-austria/>, (22.02.2021).

genellemeyi esas alarak kısıtlamaları meşrulaştırmak da pozitif hukukun doktrinde eleştirilen taraflarından biridir. Ahlak salt hali ile iyinin ve kötünün ne olduğunu, neyin yapılıp, neyin yapılmaması gerektiğini öngören bir anlam ifade etmektedir. Ahlak kavramının geçirdiği tarihsel sürecin sonucunda esas aldığı argümanlar da deformasyona uğramıştır. Aydınlanma Çağ'ına kadar toplumda ahlaki değerleri büyük bir çoğunlukla toplumda otoriter ve hakim olan dinin görüşleri oluşturmaktaydı. Dinin yapmamayı önerdiği şeyler ahlakın sınırlarını belirlemekteydi. Aydınlanma sonrası, aklın ve rasyonalizmin gelişmesi, bu toplumsal değerlerin dinsel boyutunu aşmaya çabaladı. Kant'a göre bütün ahlak kavramlarının yeri tamamen akılda bulunuyor, hem de en yüksek derecede kurgusal olan akılda değil sıradan insan aklında yer alıyordu²⁸⁰. Spinoza ise ahlakı aklın düsturuna göre yaşamamızdan gelen iyilik yapma arzusu olarak tanımlamıştır²⁸¹.

Toplum içinde yaşayan fertler, toplumsal ve bireysel olarak normlar, değerler oluşturmaya başlarlar. Neyin iyi, neyin kötü olduğuna hem toplumsal çerçevede hem de bireysel çerçevede fikir yürütmeye çalışırlar. Bu devam eden hayat akışında, fertlerin kendilerine uygun bulup, iyi hesap ettikleri ve seçtiği davranış biçimleri, “ahlak” kavramını oluşturur. “Genel ahlak” kavramı ise bu davranış biçimlerinin idealize edilmiş ilkeleri veya ahlaki inançları olarak tanımlanabilir²⁸². Bir diğer daha açıklayıcı tanıma göre ise genel ahlak, “belirli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür”²⁸³. Karşıt bir tanım ile de izah edecek olursak, genel ahlaksızlık, “toplum içinde çoğunluğa yönelmiş, azınlık veya tek kişi tarafından o çoğunluğun benimsediği değerleri ihlal ve göz ardı eden eylemlerdir”²⁸⁴.

Hukuk ve ahlak bu noktada iki ayrı konsept olarak düşünülmelidir. Kanımca, ahlak ile karşılaştırılarak değerlendirilebilecek kanun, o toplumda veya ülkede

²⁸⁰ İmmanuel Kant, *Ahlak Metafizığının Temellendirilmesi*, çev: İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Çeviri Dizisi: 4, Ankara, 2002, s. 28.

²⁸¹ Benedictus Spinoza, *Etika*, çev: Hilmi Ziya Ülken, Dost Kitabevi, Dördüncü Baskı, Ankara, 2011, s. 225.

²⁸² Mehmet Yüksel, “Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2015, s. 19. (9-26)

²⁸³ Oya Aydın, “Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 4, 2013, s. 139. (139-148)

²⁸⁴ Dwight Waldo, “Reflections on Public Morality”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 4/5, Vol. 4, no. 3/4 - Vol. 5, no. 1 (Summer/Fall, 1974 - Winter, 1975), p. 44.

yürürlükte olan ceza kanunlarıdır. Ceza kanunları, bir nevi kötülüğü kendinde ihtiva eder, yani ahlaksızlıkları tespit eder ve bunlara göre cezaları belirler. Ancak hukukla ahlak her ne kadar bir-biri ile sıkı şekilde yakın kavramlar olsa da aynı anlamları ifade etmemektedir. Toplumsal veya bireysel nitelikte kanunlarda tespit edilmemiş olsa dahi ahlaki boyutları aşan eylemlerle karşılaşabiliriz. Ahlak normlarının tamamı kanunları teşkil etmemektedir²⁸⁵. Genel ahlak, geniş ve yoruma açık bir kavram olduğuna nazaran toplum için iyinin, adil olanın seçilmesi işleminde de farklılıklar arz edebilmektedir. Zamana göre değişebilen ahlaki değerleri, toplum için iyinin hakimler, hukukçular, kanun tertipçileri tarafından olası farklı yorumlaması da belli düzeyde belirsizliklere yol açabilmektedir. Asıl anlamıyla daha geniş bir perspektiften baktığımız zaman, hukuk, ahlak açısından bu değişkenlik ihtimallerinin, belirsizliklerin aradan kaldırılmasına hizmet etmekte olan bir araçtır²⁸⁶.

AIHS kapsamında Mahkeme özgürlüklerin sınırlandırılması koşulu olarak meşru amaç, hukukla öngörülme, demokratik toplumda gerekli olma gibi aynı zamanda özgürlüğün sınırı olarak genel ahlakı da konumlandırmıştır. Tanımlardan da görülebileceği üzere hem ahlak hem de genel ahlak değişkenlik arz edebilen ve objektif yorumlanması zor olan bir kavramdır. Bu nitelikte bir kavramın özgürlüğün karşısına konulması ve sınırlandırma için meşru koşul olarak nitelendirilmesi, özgürlükler adına tehlike oluşturmaktadır. Bu tehlikeye esas teşkil eden unsur, iktidarın veya devletin kendi değer yargıları kapsamında, kendi ahlakına karşıt olan ifadelerin, eylemlerin kısıtlanması hakkına sahip olmasıdır²⁸⁷. AIHM de bu kapsamda *Birleşik Krallık ve Handyside* kararında da ifade ettiği gibi devletlere geniş bir takdir alanı bırakmakta olsa da diğer bir kararında²⁸⁸ bu takdir alanının kayıtsız ve şartsız olmadığını ifade etmiştir. Ancak, her ne kadar kayıtsız ve şartsız olmasa da bu alanın geniş tutulması ister Sözleşme, isterse de genel anlamı ile özgürlükler adına tehlike oluşturmaktadır.

²⁸⁵ Christopher F. Mooney, “Public Morality and Law”, Journal of Law and Religion, Cambridge University Press, Vol. 1, No. 1 (Summer, 1983), p. 45.

²⁸⁶ Mooney, p. 58.

²⁸⁷ Burcu Şahin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünü sınırlama nedeni olarak genel ahlak”, International Journal of Social Sciences and Education Research, Vol: 3, No: 3, 2017, p. 952. (945-956)

²⁸⁸ AIHM, Open Door and Dublin Well Woman ve İrlanda kararı, par. 68.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57789>, (25.02.2021).

SONUÇ

İfade özgürlüğü geçtiği tarihsel sürecin bir sonucu olarak anayasaların ve toplumun kazandığı en değerli prensiplerden biridir. Bu özgürlüğün ilk oluşum amacı iktidarın eleştirilmesi, siyasi kişilerin tenkit edilmesi ve devletin bu eleştiri alanına müdahale etmesini engelleyen sınırlandırma olmuştur. Yani kavramsal olarak ifade özgürlüğü ile ilgili sorumluluk sahibi süje devlet erkidir.

Ahlakın din merkezli olduğu dönemlerde ve toplumlarda dine hakaret kavramının sinema ve tiyatrunun geliştiği dönemlerde pornografinin, dünya savaşlarının ardından hassasiyetlerin oluşması nefret söyleminin ifade özgürlüğünün karşısına konulması ile neticelenmiştir. Araştırmam ile vardığım temel sonuç sınırlandırmaların da dolaylı olarak toplumun değerlerini yansıttığı yönündedir. Önceliği din olan bir toplumda dine hakaret sınırlandırılırken bireylerinin farklı açılardan hassasiyetleri olan toplumda nefret söylemi sınırlandırılabilir. bilmektedir.

Protestan hareketinin değil, Aydınlanmanın bir ürünü olarak tanımlayabileceğimiz ifade özgürlüğü sadece o çağın yazarlarının çalışmalarında benzer şekilde tezahür etmekteydi. Aydınlanma sonrası teşekkülü gerçekleşen siyasi düşünce ve farklı ideolojiler doktrinde de ifade özgürlüğüne olan yorumlara etki edebilmiştir. Toplamların ve devletlerin bakış açısındaki, aynı zamanda mahkemelerin kararlarındaki farklılıkların yanı sıra doktrinde de mutlak bir konsensüsün mevcut olmadığını söyleyebilirim. Siyaset felsefesi ve ideoloji ile yakından ilgili olan bu kavramı da her yazar kendi kanaati doğrultusunda yorumlamıştır. Her ideolojinin öncü

prensipieri, değeri ve karşısına koyduğu, ulaşmaya çalıştığı amaçlar vardır. Bunun doğrultusunda ifade özgürlüğünün sınırlarının kapsamını yazarlar kendi ideolojilerinin prensipieri kapsamında değeriendirmiştir. Mill'e göre her ifade şekli fikirlerin pazaryerinde mevcut olmalı, devlet buna müdahale etmemeli ve zamanla bu piyasada yer alan düşük kategorili ifadeler insanların tenkidi vasıtası ile yerini daha iyi kategorili ifadelere bırakacaktır. Marks'a göre temel amaç burjuvazinin yarattığı haklar kataloğuna değil hakiki özgürlüğü temin edecek ideallerini kurduğu parti benliğine ulaşmaktır. Rothbard'a göre ise şiddet doğurma ihtimali gerçek olmayan her ifade özgür olmalı, ifadeler suç teşkil etmemelidir. Sonuç olarak ideolojilerinin belirlediği sınırları izlemekte olan her filozof özgürlük adına bir son nokta belirlemiştir. Klasik liberal doktrinin veya onun halefi liberteryenizmin değeriierinin öncülerinden olması nedeniyle, ifade özgürlüğü konsept olarak bu doktrinde daha sıkı koruma altında görmekte ve devlete daha az müdahale alanı tanımaktadır.

AİHM ve ABD Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarının karşılaştırılmasında ifade özgürlüğünün durumunun ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nde daha iyi olduğunu görebilmekteyiz. İyiden kast ettiğim husus doktrinde, uğruna savaşıp elde edilen temel prensiplere sadık olma, kısıtlama kararlarında daha çekimser davranma ve vatandaşlarının değeriştirilemez bir Birinci Değerişiklik sahip olmasındadır. Amerika'da sistemli şekilde Birinci Değerişiklik enstitüleri, hukuk büroları, hukukçuları ve aktivistleri hala mevcuttur. Eşitlik kapsamında devlet ve devlet kaynaklı herkesin ifade özgürlüğü sorumluluğu gözetilmektedir. Tarih geçtikçe hayatın diğer tüm alanlarının, özellikle de çevrimiçi hayatın teşekkülü, ifadelerin çoğunluğunun internet platformaları vasıtası ile kamusal alana aktarılması kendisi ile beraber bazı sorun ve soruları da getirmektedir. İfade özgürlüğünün temel prensiplerine göre sorumluluk sahibi süjenin devlet olduğunu söylesek de gerçek kişiler, vatandaşlar ve tüzel kişiler ifade özgürlüğüne saygı duymak zorundalar mı? Veya bu kişiler ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin yargılabirler mi? Bu soruya cevap da Amerika ve Avrupa pozitif hukukunda farklı görüşler ile yorumlanmaktadır. Bu hususları hipotetik sınırlardan çıkarak gerçekleşmiş örnek üzerinden incelemenin daha doğru olacağını düşündüm. Bu yılın en çok tartışılan konularından biri Amerika Birleşik Devletler Başkanı Trump'ın seçim arefesinde Twitter hesabının sansüre maruz kalması ve seçimden hemen sonra hesabının askıya alınması ile ilgili olmuştur. Twitter gibi özel kuruluşlar

ifade özgürlüğü sorumluluğu taşımakta mıdır? Amerika hukukçularından, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinin profesörü ve Birinci Değişiklik hukukçusu Laurence Tribe bu soruya kendi resmi Twitter hesabı vasıtası²⁸⁹ ile hayır cevabını vermiştir. Onun tefsirine göre Twitter özel bir kuruluştur. Devlet ile bir bağı bulunmaktadır. İfade özgürlüğüne uyma ve toleranslı olma sorumluluğu devlete mahsustur, özel kuruluşlara değil. Özel kuruluşlar kendi kurallarına ve kullanıcıları ile anlaşmalarına nazaran diğer üyelerinin ifadelerini kısıtlamada serbesttirler. Peki bu örnek Avrupa’da gerçekleşseydi sonuç ne olurdu? Bu husus ile ilgili Alman hukukunun geliştirdiği “*drittwirkung*” kavramına atıf yapmak gerekmektedir. Bu kavram özgürlüğün yatay etkisini araştırmakta ve tespit etmektedir. Devlet gerek duyarsa, anayasaya aykırı fiillerle ilgili devlet kaynaklı olmayan kişilerin de haklarına müdahale edebilmektedir. Yatay etki olarak adlandırılan *drittwirkung* kavramının Alman hukukunda mevcut olması neticesinde temel hakların devlet ile beraber üçüncü şahısları ve özel kişileri de bağlaması ile neticelenmiştir²⁹⁰.

Bu iki yargı kurumunun ifade özgürlüğü içtihadında hem benzer, hem de bazen farklı yolları izlediğini görebiliriz. Örneğin her iki mahkeme, kararlarında siyasal ifadenin daha çok korumadan yararlanması gerektiğini, politik figürlerin eleştirilere daha hoşgörülü ve hazırlıklı olmalarını, aynı zamanda sınırlandırmalar için hukukla öngörülme ve ulusal güvenliğe tehlike teşkil edecek unsurları aramaktadırlar. AİHM ayrıca politik ifadenin daha sıkı koruma altında olması gerektiğini son yıl içinde Türkiye’ye karşı kabul ettiği iki karar²⁹¹ ile de tekraren tasdik etmiş oldu. Ana muhalefet lideri ve hukuk yazarının hakaret suçlamalarına karşı her iki davasında da AİHM halkın oyları ile seçilen kişilerin ve devletin ifade özgürlüğüne daha sadık olmaları eleştirilere tahammül etme konusunda politik olmayan kişilere göre daha toleranslı olması gerektiğine atıf yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Amerika Birleşik Devleti pozitif hukukunda siyasal ifade atıflı son

²⁸⁹ Laurence Tribe, resmi Twitter hesabı, 27.05.2020, <https://twitter.com/tribelaw/status/1265452803356590080?s=20>, (26.02.2021).

²⁹⁰ Berke Özenç Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları İÜHFM Cilt: 53, Sayı: 2, s. 87-134, 2015

²⁹¹ ECHR, Kılıçdaroğlu v. Turkey Application no 16558/18, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205898>, (26.02.2021).

ECHR, Kaboğlu and Oran v. Turkey Application no 36944/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205131>, (26.02.2021).

yılların en çok tartışılan davalarından olan *Trump v. Knight Institute* davası²⁹² da somut örneklerden biridir. Cumhurbaşkanı'nın çevrimiçi dünyada ferdi engellemesini ikinci derece mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemenin temel argümanı cumhurbaşkanı'nın kamuya mal olmuş kişi olması, siyasi figür olması ve içtimai müzakereyi engellemesinin ifade özgürlüğü ihlali olacağı yönünde olmuştur.

AİHM'in değerlendirme sistematığının ABD Yüksek Mahkemesinden temel farkı daha çok sınırlandırma koşulunun mevcut olmasındadır. AİHM ifadenin sınırlandırılmaması için o ifadenin hukukla öngörülmüş olması, “genel ahlak” zeminine oturtulması, meşru amacının olması, demokratik bir toplumda gerekli olması gerektiğini savunarak devletlere ABD konseptinden daha geniş müdahale alanı tanımaktadır. AİHM aslında Avrupa devletlerinin pozitif hukukunun bu konuda bir yansımasıdır. Araştırmalarımızda farkettiğim hususlardan biri de İngiltere istisna olmakla, Avrupa devletleri mahkemelerinin de AİHM'den farklı yol çizmemesi hususu oldu.

Kanımızca, demokrasinin hakim olduğu dünya devletlerinde yakın gelecekte ifade özgürlüğünün ilk oluşturulduğu klasik liberal doktrindeki hatlara rastlamamız mümkün olmayacaktır. Toplumun değerli kıldığı şeylerin egemen olan halkın iradesiyle sınırlanabilecek ifade olarak nitelendirmesi iyi niyetli olmayan devletlerin keyfiliğine ve baskılarına her zaman kapı aralayacaktır. Tehlike oluşturmayan ifadelerin sınırlandırılarak pazar yerinden kaldırılması, devletin bu pazar yerine müdahalesi hem toplumlar hem de devletler adına kötü etkiye sebep olacaktır. Toplum her açıdan gelişmeden devletler ise eleştirileri kabul ederek kendini geliştirme seçeneğinden mahrum kalacaktır. Ancak ifade özgürlüğü fertler açısından tehlike oluşturabilecek ifadeler tamamen sınırlandırmadan muaf kılınmamalıdır. Zechariah Chafee'nin de söylediği gibi ‘sigara içilebilir ama barut deposunda değil’²⁹³.

²⁹² Global Freedom of Expression Columbia University, Knight First Amendment Institute v. Donald J. Trump Case Analysis, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/knight-first-amendment-institute-v-donald-j-trump-2/>, (02.03.2021).

²⁹³ Raphael, p. 20.



KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali, “**Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)**”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 03, Ankara, 1989, ss. 195-228.

Akbay, Muvaffak, “**Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 1950, ss. 18-39.

Akgül, Mehmet Emin, “**İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 1, 2012, ss. 1-42.

Akın, F. İlhan , **Temel Hak ve Özgürlükler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Aktan, Coşkun Can, Merve Yolal Eroğlu, “**Murray N. Rothbard: Devletin Meşruiyetine Radikal Bir Eleştiri**”, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, ss. 108-130.

Aktaş, Murat, “**Demokrasiye Eleştirel Bir Bakış**”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Muş, 2015, ss. 87-105.

Atalay, Yasemin Ölmez, “**Felsefi Açından Tolerans ve Hoşgörü**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2008.

Aristoteles, **Retorik**, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.

Arslan, Zühtü, **ABD Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Özgürlüğü**, çev: İrfan Neziroğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Aydın, Oya, “**Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik**”, Mülkiye Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 4, 2013, ss.139-148.

Aystö, Tuomas, “**Religious Insult and Blasphemy in Contemporary Finland**”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 317-338.

Azer, Can, **Bilgi Edinme Hakkı**, (Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

Bakırcıoğlu, Önder, “**Freedom of Expression and Hate Speech**”, Tulsa Journal of Comparative and International Law, Vol:16, Number: 1, 2008, pp. 1-50.

Balanuye, Çetin, **Spinoza: Bir Hakikat İfadesi**, Say Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2012.

Balibar, Etienne, **Spinoza ve Siyaset**, çev. Sanem Soyarslan, Otonon Yayınevi, 2004.

Baloğlu, Çiğdem, **İfade Özgürlüğü**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli, 2006.

Barry, P. Norman, “**Hukuki ve Siyasi Açından İfade Hürriyeti**”, çev. Özlem Çağlar Yılmaz, Liberal Düşünce, Sayı: 27, Ankara, 2002, ss 5-14.

Berti, Enrico, “**Ancient Greek Dialectic as Expression of Freedom of Thought and Speech**”, Journal of the History of Ideas, Vol. 39, No. 3, Pennsylvania, 1978, pp. 347-370.

Bingöl, Bilge, “**Sanat Özgürlüğü**”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Ankara, 2011, ss. 92-139.

Bury, John, **Düşünme ve Konuşma Özgürlüğü**, çev. Orhan Tekin, Maviçatı yayınları, İstanbul, 2017.

Cianitto, Cristiana, “**The Blasphemy Offence in the Italian Legal System**”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 339-357.

Cihan, Mustafa, “**Spinoza Felsefesinin Etkileri: Spinozacılığın Farklı Dönem ve Alanlardaki Yansımaları**”, Beytulhikme Uluslararası Felsefe Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, ss. 105-137.

Cornills, Matthias, “**Legal Protection of Religion in Germany**”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 358-388.

Cohen-Almagor, Raphael, **Speech, Media and Ethics**, Palgrave Publishers, New York, 2011.

Cox, Neville, “**Justifying Blasphemy Laws: Freedom of Expression, Public Morals, and International Human Rights Law**”, Blasphemy and Freedom of Expression, Journal of Law and Religion, Emory University, Vol: 35, No: 1, 2020, pp. 33-60.

Çapan, Alişan, **Isaiah Berlin: İki Özgürlük Arasında**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Çelik, Elif, “**Nefret Söylemi, İfade Özgürlüğünün Neresinde?**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 4, Sayı; 2, 2013, ss. 205-240.

Çiğdem, Ahmet, **Aydınlanma Felsefesi**, Ağaç Yayıncılık, İstanbul, 1995.

Çüçen, Kadir, Prof. Dr. Süleyman Hayri Bolay Armağan Kitab, **“Avrupa’da Aydınlanma”**, **“Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.

Demirbaş, Timur, **“Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı-2017, ss. 2693-2701.

Demirci, Kürşat, **“Engizisyonun Günümüze Hatırlattıkları”**, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi dergisi, Cilt :1, Sayı: 1, 2012,

Duprat, Gerard, **Düşünce Özgürlüğü ve Hoşgörü**, çev. İsmail Yerguz, Burcu Çiçek Eken, Dost Kitabevi, Ankara, 2013.

Erhan, Tanju, **AİHM kararları Işığında İfade Özgürlüğü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012

Enes, Yusuf Kaya, **“Dine Hakaret Olgusu”**, İÜHFM, Cilt: 24, Sayı: 2, 2016, ss. 549-571.

Eric Heinze, **“Viewpoint Absolutism and Hate Speech”**, Modern Law Review, Vol: 69, Number: 4, pp. 543-582.

Eroğlu, Ahmet Hikmet, **“Farklı İnancı Tehdit Olarak Algılamının Sonucu: Engizisyon Terörü”**, Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 20, 2004, ss. 93-100.

Finkelburg, Klaus, **“Demokraside İfade Özgürlüğü”**, Düşünce Özgürlüğü Sempozyumu kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyalijisi Arkivi, Alman Kültür Merkezi ve Fransız Kültür Merkezi, AFA Yayınları, 1998, ss. 196-205.

Fokas, Effie, **“God’s Advocates: The Multiple Fronts of the War on Blasphemy in Greece”**, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 389-410.

Gil, Guilhem, **“Blasphemy in French Law: From the Chevalier de la Barre to Charlie Hebdo”**, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 25-54.

Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Cilt: 2, Bursa, 2011.

Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2000.

Gözübüyük, Şeref, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Yayınevi, Baskı: 12, Ankara, 2019.

Grau, Luis, **An American Constitutional History Course**, Carlos III University of Madrid, Madrid, 2012.

Gül, Cengiz, Çakan, Seher, **“AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, ss. 365-410.

Gündüz, Uğur, **“Kamunun Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Edinme Yasasının Değerlendirilmesi”**, İstanbul Üniversitesi, İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 23, İstanbul, 2005, ss. 149-158.

Güriz, Adnan, **“Avrupada Reform Hareketi ve Mülkiyet Sorunu”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 1968, ss. 237-271.

Heinze, Eric **“Viewpoint Absolutism and Hate Speech”**, Modern Law Review, Vol: 69, Number: 4, pp. 543-582.

Hessick, Carissa Byrne, **Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences**, University of Michigan Press, 2016.

Heyman, J. Stephen, **Free Speech and Human Dignity**, Keystone Typesetting, Orwigsburg, 2008.

Hobsbawm, J. Eric, **Fransız Devrimine Bakış**, çev. Osman Hakıney, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009.

İnce, Abdullah, “**İbn-i Tüfeyli ve Jan Jacques Rousseauda Din Kavramı üzerine karşılaştırma**”, Bingöl Üniversitesi, İlahiyat fakültesi dergisi, sayı: 1, 2013, ss. 97-119.

Isıktac, Yasemin, “**Isaiah Berlin: Negative and Positive Liberty**”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Vol: 01, No: 68, 2019, pp. 37-45.

Kaboğlu, İbrahim, “**Din özgürlüğü**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 1, 1991, ss. 265-278.

Kaboğlu, Ö. İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, Afa yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 1998.

Kant, İmmanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Çeviri Dizisi: 4, Ankara, 2002.

Karan, Ulaş, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2, Ankara, 2018.

Karlı, Necmi, “**İslamafobinin Psikolojik Olarak İncelenmesi**”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2009, ss. 75-100.

Kaya, Murat, “**Reformun Almanyada Ortaya Çıkışı**”, Anasay Dergisi, Cilt: 4, Sayı:11, 2020, ss. 171-187.

Kulesza, Joanna and Jan, ”**Blasphemy Law in Poland**”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 411-430.

Küçük, Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Küzeci, Elif, “**AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları**”, TBB Dergisi, Sayı: 71, Cilt: 1, ss. 174-200.

Lampe, Ernst-Joachim, “**Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi**”, Düşünce Özgürlüğü Sempozyumu kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyalijisi Arkivi, Alman Kültür Merkezi ve Fransız Kültür Merkezi, AFA Yayınları, 1998, ss. 127-135.

Larkin, Felix M., “**Free Speech and "Charlie Hebdo"**, An Irish Quarterly Review, Vol: 105, No: 418, 2016, pp. 192-198.

Locke, John, **Hoşgörü Üstüne Bir Mektup**, çev. Melih Yürüşen, Liberte yayınları, Ankara, 2017.

Michel Rosenfeld, **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis**, Cardozo Law School, Working Paper Series No. 41, 2001. (http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)

Mill, John Stuart, **Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü**, çev. Cem Akaş, Can Yayınları, İstanbul, 2019.

Mill, David Van, **Freedom of Speech**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford, 2018.

Milton, John, **Areopagitica**, çev. Derman Kızılay, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Moon, Richard, **Constitutional Protection of Freedom of Expression**, The University of Toronto Press, Toronto, 2000.

Mooney, Christopher F., **“Public Morality and Law”**, Journal of Law and Religion, Cambridge University Press, Vol. 1, No. 1 (Summer, 1983), pp. 45-58.

Müşerref, Yardım, Muhammed Mücahid Dalkılıç, **“Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobia: L’Express Dergisi Örneği”**, Medya ve Din Araştırmaları Dergisi, 2018, ss. 89-109.

Önder, Bakırcıoğlu, **“Freedom of Expression and Hate Speech”**, Tulsa Journal of Comparative and International Law, Vol:16, Number: 1, 2008, pp. 1-49.

Özenç, Berke, **“Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”**, İÜHFİM, Cilt: 53, Sayı: 2, 2015, ss. 87-134.

Özsoy, Şule, **“Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hukukuna İlişkin Standartlar”**, TBB Dergisi, Sayı: 56, Cilt: 1, 2005, ss. 29-47.

Patrick, Jeremy, **“The Curious Persistence, Blasphemy”**, Florida Journal of International Law, vol. 23, 2011, pp. 187-220.

Platon, **Sokratesin Savunması**, çev. Cüneyt Çetinkaya, Bordo-Siyah Yayınevi, İstanbul, 2010.

Polater, Yusuf Ziya, **“Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 122, 2016, ss. 99-140.

Radin, Max, **“Freedom of Speech in Ancient Athens”**, The American Journal of Philology, Vol. 48, No. 3 (1927), pp. 215-230

Rosenfeld, Michel “**Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis**”, Cardozo Law School, Working Paper Series No. 41, 2001, pp. 1-63.

Rothbard, N. Murray, **Özgürlüğün Etiği**, çev. Recep Tapramaz, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

Sadurski, Wojciech, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002.

Saxonhouse, W. Arlene, **Free Speech and Democracy in Ancient Athens**, Cambridge University Press, New York, 2006.

Soydan, Nilay, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Devletin Takdir Marjı**, (Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015.

Spinoza, Benedictus, **Etika**, çev. Hilmi Ziya Ülken, Dost Kitabevi, Dördüncü Baskı, Ankara, 2011.

Şahin, Burcu, “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğünü Sınırlama Nedeni Olarak Genel Ahlak**”, International Journal of Social Sciences and Education Research, Vol: 3, No: 3, 2017, pp. 945-956.

Şahin, Kemal, **İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla**, Semkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Scharffs, Brett G., “**Towards an Understanding of Accelerants and Decelerants: A Non- Juriscentric Approach to Offensive or Hateful Speech Concerning Religion**”, Blasphemy and Freedom of Expression, edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 701-718.

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

Shaheed, Farida, “**The Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity**”, United Nations Human Rights Council Twenty-third Session Report, 2013.

Shaw, Padmaja, **Marx As Journalist: Revisiting The Free Speech Debate**, tripleC, vol: 10, issue: 2, Hyderabad, 2012, pp. 618-632.

Spinoza, Benedictus, **Teolojik-Politik İnceleme**, çev. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

Timur Demirbaş, “**Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2693-2701.

Trager, Robert, Donna L. Dickerson, çev. A. Nuri Yurdusev, **Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Trask, Scott, “**Fransız Devrimi’nin Gerçek Sebebi Neydi?**”, Liberal Düşünce Dergisi, Say: 37, Ankara, 2005.

Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2 – Ankara, 2018

Ümit, Eylem, “**Aydınlanma Çağında ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü**”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, Sayı 17 İstanbul, 2006, ss. 137-147.

Waldo, Dwight, “**Reflections on Public Morality**”, Presidential Studies Quarterly, Vol. 4/5, Vol. 4, no. 3/4 - Vol. 5, no. 1 (Summer/Fall, 1974 - Winter, 1975), pp. 43-53.

Warburton, Nigel, **Free Speech: A Very Short Introduction**, Oxford University Press, New York, 2009.

Weaver, Russell L., **“Blasphemy Prohibitions and Prosecutions: A US Perspective Blasphemy and Freedom of Expression”**, Edited by Jereon Temperman, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 534-552.

West, Caroline, **“The Free Speech Argument against Pornography”**, Canadian Journal of Philosophy, Vol: 33, Number: 3, 2003, pp. 391-422.

White, Amy, **“Liberty and Pornography: An Examination of the Use of John Stuart Mill in Pro-Censorship Feminist Arguments”**, Hokkaida University Journal of Applied Ethics and Philosophy, Vol: 5, 2013, pp. 18-24.

Yardım, Müşerref, Dalkılıç, Muhammed Mücahid, **“Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofoby: L’Express Dergisi Örneği”**, Medya ve Din Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2018, ss. 89-109.

Yaylalı, Mustafa, **“Nefret Suçu ve Mill’in Zarar Prensibi”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Say 1, 2019, ss. 37-53.

Yıldırım, Yavuz, **“Fransız Devriminde Yurttaşlık ve Etkilerine Dair Bir Değerlendirme”**, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 251-271, Trakya, 2019, ss. 251-271.

Yılmaz, Bayram: **John Stuart Mill’de İfade Özgürlüğü ve Siyasi Sistem Tartışması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Yılmaz, Fikret, **“John Locke’un Tolerans Anlayışına Bir Eleştiri”**, Kesit Akademi Dergisi, Cilt 3, Sayı 8, 2017.

Yüksel, Mehmet, **“Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk”**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2015, ss.. 9-26.

Zarplı, Çağdaş, **İfade Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırları**, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kütahya, 2008.

Zengin, Mehmet Ali, **Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Zoller, Elizabeth, “**Foreword: Freedom of Expression: "Precious Right" in Europe, "Sacred Right" in the United States?"**”, Indiana Law Journal, Vol: 84, Indiana, 2009, pp. 803-808.

Zwicker, Laura, “**The Politics of Toleration: The Establishment Clause and the Act of Toleration Examined**”, Indiana Law Journal, Vol. 66, Issue 3, 1991, pp. 773-799.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Council of Europe, **Lisbon reports**,
https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp,
(18.02.2021).

Council of Europe, **Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”**,
https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?inheritRedirect=false,
(12.02.2021).

Davis, Kevin R., **First Amendment Encyclopedia**,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1033/printing-ordinance-of-1643>,
(01.15.2021).

ECHR, **Akdaş v. Turkey decision**, Application no: 41056/04, 2010,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3030159-3344927>, (21.02.2021).

ECHR, **F. P./ Germany decision**, Application no: 19459/92, 1993.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1549>, (21.02.2021)

ECHR, **Handyside v. United Kingdom decision**, Application no: 5493/72, 1976,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, (12.02.2021).

ECHR, **Kaboğlu and Oran v. Turkey decision**, Application no: 36944/07,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205131>, (26.02.2021).

ECHR, **Kılıçdaroğlu v. Turkey decision**, Application no: 16558/18,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205898>, (26.02.2021).

ECHR, **Kokkinakis v. Greece decision**, Application no. 14307/88, judgment of 25 May 1993,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, (18.02.2021).

ECHR, **Norwood v. United Kingdom decision**.
<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/norwood-v-uk/>,
(16.02.2021).

ECHR, **Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland decision**, Application no: 14235/88,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57789>, (25.02.2021).

ECHR, **Otto-Preminger-Institut v. Austria decision**, Application no: 13470/87,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>, (17.02.2021).

ECHR, **Vereinigung Bilerden Künstler/ Austria decision**.

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/vereinigung-bildender-kunstler-v-austria/>, (22.02.2021).

Encyclopaedia of Britannica, **Freedom of the Press Act of 1766**,

<https://www.britannica.com/topic/Freedom-of-the-Press-Act-of-1766>
(01.16.2021).

Encyclopaedia of Britannica, **Kent Cooper**,

<https://www.britannica.com/biography/Kent-Cooper>, (01.16.2021).

Encyclopaedia of Britannica, **Toleration Act Great Britain 1689**,

<https://www.britannica.com/event/Toleration-Act-Great-Britain-1689>,
(01.20.2016).

Euronews, **Charlie Hebdo's unrepentant record**,

<https://www.euronews.com/2015/01/07/charlie-hebdo-s-unrepentant-record>,
(17.02.2021)

Future Free Speech, **Garaudy v. France decision**,

<https://futurefreespeech.com/garaudy-v-france/>, (21.02.2021).

Global Freedom of Expression, **Gunduz v. Turkey decision**,

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/gunduz-v-turkey/>,
(11.02.2021).

Gwladys Fouché, **Editor Cleared in French Cartoon Case**, The Guardian, 2007,

<https://www.theguardian.com/media/2007/mar/22/pressandpublishing.race>,
(17.02.2021).

History, **English Bill of Rights**,

<https://www.history.com/topics/british-history/english-bill-of-rights>,
(16.02.2021).

Hudson, Jr. David L., “**Matal v. Tam (2017), Related Cases in Commercial Speech**”,

<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam>,
(11.02.2021).

Hudson Jr, David L., “**Miller Test**”, First Amendment Encyclopedia,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1585/miller-test>,
(22.02.2021).

James H. Read, “**James Madison**”, The First Amendment Encyclopedia,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1220/james-madison>,
(01.04.2021).

Kirkland, Alice, **indexonensorship**, 2013,
<https://www.indexonensorship.org/2013/10/1695/>, (01.08.2021).

Kutay, Önder, “**Karşılaştırmalı Hukukta Müstehcenlik**”, Blog yazısı,
<https://www.okseker.av.tr/>, (23.02.2021).

Racial and Religious Hatred Act 2006,
https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga_20060001_en.pdf,
(15.02.2021).

Select Committee on Religious Offences in England and Wales First Report,**Appendix3**,
<https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldselect/ldrelof/95/9515.htm>,
(16.02.2021).

The USLegal, **Dictionary**,
<https://definitions.uslegal.com/b/blasphemy/>, (16.02.2021).

Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (20.02.2021).

US Supreme Court Decision, **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, (10.02.2021).

US Supreme Court Decision, **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>, (11.02.2021).

US Supreme Court Decision, **FCC v. Pacifica Foundation**, 438 U.S. 726 (1978),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/726/>, (22.02.2021).

US Supreme Court Decision, **Gitlow v. New York**, 268 U.S. 652 (1925),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/>, (10.02.2021).

US Supreme Court, **Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson decision**,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/495/>, (20.02.2021).

US Supreme Court decision, **Miller vs. Civil City of South Bend**, 1990, pp. 1085-1086,
<https://casetext.com/case/miller-v-civil-city-of-south-bend>, (02.02.2021).

US Supreme Court, “**Matal v. Tam decision, Opinion of J. Alito**”, pp. 18-26,
https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf,
(12.02.2021).

US Supreme Court Decision, **Miller v. California**, 413 U.S. 15 (1973),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>, (22.02.2021).

US Supreme Court Decision, **R. A. V. v. St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>, (11.02.2021).

US Supreme Court Decision, **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>, (10.02.2021).

Vile, John R., “**John Peter Zenger**”, The First Amendment Encyclopedia,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1235/john-peter-zenger>, (20.02.2021).

Vile, John R., “**People v. Ruggles decision (N.Y. 1811)**”, The First Amendment Encyclopedia,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/94/people-v-ruggles-n-y>,
(20.02.2021).

Wikipedia, **Charles Lee Smith**,
https://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Lee_Smith, (20.02.2021).

Wikipedia, **FCC v. Pacifica Foundation**,
https://en.wikipedia.org/wiki/FCC_v._Pacifica_Foundation, (23.02.2021).

Wikipedia, **Licensing Order of 1643**,
https://en.wikipedia.org/wiki/Licensing_Order_of_1643, (01.16.2021).

Wile, John, “**Blasphemy**”, The First Amendment Encyclopedia,
<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/894/blasphemy>, (20.02.2021).