

AİHM'NİN ZEMMOUR v. FRANSA KARARI'NİN NEFRET SÖYLEMİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the ECTHR's Zemmour v. France Judgment in the Context of Hate Speech

Uğur Can METİN*

Özet

Gazetecilik yapan Başvurucu, canlı yayınlanan bir televizyon programında Fransa'da yaşayan Müslümanlara yönelik sarf ettiği sözlerin ayrımcılık ve dini nefrete tahrik içerdiğinden bahisle ulusal yargı mercileri tarafından para cezasına mahkûm edilmiştir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla konuyu AİHM'ne taşıyan Başvurucu karşısında Hükümet hakkın kötüye kullanılması argümanına dayanmıştır. Ancak bu argümanı yeterli bulmayan Mahkeme esas incelemesine geçerek üç aşamalı testi uygulamıştır. Buradan hareketle somut olayın bağlamına, ilgili ve yeterli gerekçelerin varlığına, cezaların niteliğine ve niceliğine özel önem verilmiştir. Bu çerçevede ihtilaf konusu söylemlerin sert eleştiri olmanın ötesinde ayrımcı bir nitelik taşıdığına vurgu yapılarak taraf devlete geniş bir takdir marjı bırakılmıştır. Sonuçta Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmedilmiştir. Nefret söylemi bağlamında AİHM'nin önüne getirilen bir davada AİHS'nin 10. maddesinin mi yoksa 17. maddesinin mi uygulanacağı çalışmamızda irdelenen temel hukuki sorunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla nefret söyleminin hukuki niteliğini ve ihtilafli ifadelerin ne ölçüde koruma alanından yararlanacağını tespit etmek gerekir. Bu eksende çalışmamızda ilk olarak somut olayın ayrıntılarına ve ulusal yargı mercilerinin değerlendirmelerine, ardından AİHM'nin incelemesine yer verilmiştir. Sonrasında sırasıyla nefret söyleminin; ifade özgürlüğüyle, nefret suçuyla, ayrımcılıkla ve hakkın kötüye kullanılması yasağıyla olan ilişkisi incelenmiştir. İfade özgürlüğünün sınırlanması bakımından yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerinin somut olaydaki yansımalarına ise ayrıca yer verilmiştir.

***Anahtar Kavramlar:** İfade özgürlüğü, Nefret söylemi, Ayrımcılık, Hakkın kötüye kullanımı.*

Abstract

The applicant, who was a journalist, was sentenced to a fine by the national courts on the grounds that his remarks against Muslims living in France during in a live television program constituted discrimination and incitement to religious

* **Arş. Gör.**, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Muğla, Türkiye, **e-posta:** ugur.metin@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0009-0005-0616-772X

hatred. After that the applicant brought the matter to the ECtHR with the claim that his freedom of expression had been violated. In response to this the Government relied on the argument of abuse of right at first. However, the Court, which did not find this argument sufficient, proceeded to the merits examination and applied the three-part test. From this point of view, special attention has been paid to the context of the present case, the existence of relevant and sufficient arguments, the severity of sanction. In this context, it was emphasized that the discourses in dispute were discriminatory beyond being harsh criticism, leaving a wide margin of appreciation to the State. As a result, it was decided that the applicant's freedom of expression was not violated. In the context of hate speech, whether Article 10 or Article 17 of the ECHR will be applied constitutes the main legal problem examined in our study. Therefore, it is necessary to determine the legal characteristic of hate speech and the extend to which disputed expressions will benefit from the protection area of Article 10. On this basis, in our study, firstly, the details of the present case and the decisions of the national courts, and then the examination of the ECtHR are included. Afterward, the relationship between hate speech and freedom of expression, hate crime discrimination and abuse of rights was examined respectively. In terms of the restriction of freedom of expression, the reflections of the criteria of lawfulness, legitimate aim and necessity in a democratic society are also included in the present case.

Keywords: *Freedom of expression, Hate speech, Discrimination, Abuse of the right.*

I. OLAY VE ULUSAL YARGILAMA MERCİLERİNİN YAKLAŞIMI

Somut olayda *Éric Zemmour* (Başvurucu), televizyonda katıldığı bir canlı yayında Fransa'da yaşayan Müslümanlar hakkında çeşitli beyanlarda bulunmuştur. Bu noktada Başvurucunun 2021 yılında politikaya atıldığını, somut olayın yaşandığı dönemde yalnızca gazeteci sıfatını haiz olduğunu belirtmek gerekir. Ulusal yargılama mercileri bu beyanların ayrımcılık ve dini nefreti kışkırtma içerdiğini tespit ederek Başvurucuya cezai müeyyide uygulamıştır. Buna karşılık Başvurucu ulusal yargılama sürecinin ardından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS/Sözleşme) güvence alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM/Mahkeme) başvuruda bulunmuştur. Bu ön bilgilerin ardından somut olayın verilerine ve ulusal yargılama mercilerinin kararlarında belirleyicilik atfedilen temel hususlara daha yakından mercek tutmakta yarar vardır. Öncelikle Başvurucu Fransa'da bilinen bir gazeteci olup siyasi analiz niteliğinde çeşitli kitaplar yayınlamıştır. Başvurucu, "*İslam'ın meydan okuması karşısında Fransa*" şeklinde bir bölüm içeren kitabının tanıtımını gerçekleştirmek üzere 16 Eylül 2016 tarihinde saat 19:00'da katıldığı bir televizyon programında,

4.Kısım	<i>“Konu küreseldir. Otuz yıldır, bir kargaşaya yol açan bir istila, bir sömürgeleştirme süreci yaşıyoruz. (...) Birçok genç kızın başörtülü olduğu sayısız Fransız banliyölerinde, bu aynı zamanda İslam’dır, aynı zamanda cihattır, aynı zamanda normalde İslami olmayan, inançsızların toprağı olan bir bölgeyi İslamlaştırma mücadelesidir. Bu da aynı şey, toprak işgalidir”</i>
5. Kısım	<i>“Onlara İslam ve Fransa arasında bir seçim yapma hakkı verilmesi gerektiğini düşünüyorum”.</i> <i>“Eğer Fransızlarsa bu seçimi yapmak zorundalar ama bu biraz karmaşık çünkü İslam buna uygun değil, kendilerini dinlerinden soyutlamak zorundalar”.</i>

Konuya ilişkin zikredilen Kanun hükmü ise şu şekildedir:

“Kanun’un 23. maddesinde belirtilen yollardan herhangi biriyle, kökenleri veya belirli bir etnik grup, ulus, ırk veya dine mensup olmaları veya mensup olmamaları sebebiyle bir kişi veya bir kişi grubuna karşı ayrımcılığa, nefrete veya şiddete neden olan kişiler, bir yıl hapis ve 45.000 avro para cezası veya sadece bu iki cezadan biri ile cezalandırılırlar.”²

Öncelikle Sulh Ceza Mahkemesi 22 Haziran 2017 tarihli kararıyla, yukarıda yer alan beyanların tamamının ilgili Kanun hükmü çerçevesinde suç teşkil ettiği sonucuna ulaşarak Başvurucuyu 5.000 avro para cezası ödemeye mahkûm etmiştir. Bu ekseninde Sulh Ceza Mahkemesi, birinci kısımda yer alan beyanların Fransa’daki Müslümanları aşağıladığını ve bu topluluğa karşı düşmanlık ve reddetme duygusu oluşturabileceğini tespit etmiştir. Benzer şekilde ikinci kısımdaki beyanların da reddetme ve güvensizliği kamçıladığına işaret edilmiştir. Üçüncü kısımdaki beyanların ise, ilk bakışta Müslümanları değil İslam’ı hedef aldığı dolayısıyla ilgili Kanun maddesine girmediği izlenimi uyandırdığına dikkat çekilmiş, ancak bu beyanların dördüncü ve beşinci kısımdaki beyanlardan bağımsız olmadığı ifade edilmiştir. Nitekim beşinci kısımdaki beyanların doğrudan bir şekilde *“ayrımcılık ve dışlama çağrısı”* anlamına geldiği tespit edilmiştir. Bu ekseninde Başvurucunun, programın izleyicilerini güvenlik ve değerlerini koruyabilmeleri için Müslümanları reddetmeye teşvik ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

² *Ibid.*, § 11.

Paris İstinaf Mahkemesi ise 3 Mayıs 2018 tarihli kararıyla hükmü kısmen bozarak 3.000 avro para cezasına hükmetmiştir. Buna göre birinci kısımdaki beyanın, bir düşüncenin ifade edilme şekliinden ibaret olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde ikinci ve üçüncü kısımdaki beyanlar Müslümanlara karşı nefret veya ayrımcılığa teşvik etme amacı taşımayan, İslam doktrini hakkında eleştiriler olarak ele alınmıştır. Bu değerlendirmelere karşılık dördüncü kısımdaki beyanda yer alan ve “*en azından zımnî bir şekilde*” ilgili halka yönelik direnişin lüzumuna işaret eden “*işgalci*” ve “*sömürgeci*” şeklindeki tanımlamaların, banliyöleri ve İslam’ı hedef almanın ötesinde Müslümanlara karşı ret ve ayrımcılık çağrısı anlamına geldiği vurgulanmıştır. Keza beşinci kısımdaki beyanların bütüncül bir dışlama ve ret anlamına geldiği teyit edilmiştir. Bu doğrultuda dördüncü ve beşinci kısımdaki beyanların Müslümanların tamamına yönelik zımnî bir şekilde ayrımcılığa teşvik içerdiği sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucunun temyiz başvurusu ise, Yargıtayın 17 Eylül 2019 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Yargıtay, İstinaf Mahkemesinin kararını gerekçelendirdiğini ve ihtilaf konusu beyanların dışsal unsurlarını incelediğini teyit etmiştir. Bu noktada ilgili dışsal unsurların, “*bunları idrak edebilecek kişiler tarafından anlaşılabilir şekilde*” incelendiği özellikle vurgulanmıştır.

II. AİHM’İN DEĞERLENDİRMESİ

A. KABUL EDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN DENETİM

İç hukuk yollarından lehine bir sonuç elde edemeyen Başvurucu, cezai yaptırımın Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenleme altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği iddiasıyla Mahkemeye müracaat etmiştir. Hükümete göre ise; başvuru, Sözleşme’nin 17. maddesine binaen “*konu yönünden (ratione materiae) kabul edilemez*” bir nitelik taşımaktadır. Bu açıdan Başvurucu, Müslümanları laiklik ve hoşgörü gibi Cumhuriyetin temel değerleriyle bağdaşmayan bir topluluk olarak yaftalayan ve açıkça nefret içeren bir yaklaşım sergilemiştir. Dolayısıyla Hükümet ilgili beyanların İslam’ın Fransa’daki karşılığından öte bir anlam ifade ettiğini ve Sözleşme’nin 10. maddesinin kapsamına girmediğini öne sürmüştür. Bu iddialara karşılık Başvurucu ise, dini düzenin cumhuriyet düzeninden üstün tutulmasının yol açtığı ayrılıkçı yaklaşımlardan üzüntü duyduğunu, beyanlarının köktendinci dinamiklere yönelik olduğunu ve Müslümanların Kur’an-ı Kerim’i “*kelimesi kelimesine okumamak suretiyle*” kendilerini dinlerinden soyutlamaları gerektiğini ifade etmiştir. Bu ekseninde Başvurucu, ihtilaf konusu beyanları ile Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak gibi bir amacının

olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme, Sözleşme'nin güvence sistematüğını suistimal ederek hak ve özgürlükleri yok etmek isteyenlere 17. maddenin geçit vermediğine dikkat çektikten sonra, dini gerekçelerde dahil olmak üzere ilgili gruplara saldıran veya aşağılayan kategorik söylemlerin; 10. madde kapsamında son derece sınırlı bir korumadan yararlandığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, kimi durumlarda ilgili ifadelerin 17. madde ışığında yorumlanabileceğine, dahası 17. maddeye binaen tamamıyla koruma dışı bırakılabileceğine dikkat çekilmiştir. Bu noktada Mahkeme, 17. maddenin oldukça sınırlı bir uygulama zemininde aşırı varsayımlara yönelik olarak uygulandığını vurgulamıştır. Bu itibarla Mahkemeye göre, ihtilaf konusu beyanların nefreti veya şiddeti kamçulamayı hedeflemesi ve Sözleşme'nin güvence sistematüğında yer alan hak ve özgürlükleri yine Sözleşme kanalıyla devre dışı bırakma amacı taşıması gerekir. Bu bilgiler ışığında Mahkeme somut olaydaki ihtilafı ifadelerin sarsıcı nitelik taşısa, ayrımcılığı ve dini nefrete tahrik etmeyi hedeflese dahi mevcut durumun Sözleşme'nin güvence sistematüğindeki hak ve özgürlükleri açıkça ortadan kaldırma amacı taşıdığını göstermek bakımından yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

B. ESASA İLİŞKİN DENETİM

Başvurucuya göre, ulusal yargılama mercileri, gerçekleştirdikleri denetimde Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama rejimine riayet etmemiştir. Bu açıdan ilgili müdahale; kanunla öngörülme, meşru bir amaç taşıma ve demokratik toplumda gerekli olma şartlarını taşımamaktadır. Bu ön bilgilerin ardından Başvurucunun ihlal iddiasında ağırlık verdiği hususlara değinmekte yarar vardır. Başvurucu öncelikle ilgili kanun hükmünün farklı yorumlara kapı aralama potansiyeli taşıdığına dikkat çekmiştir. Bu bakımdan ilgili beyanların suç teşkil etmesi dört halde söz konusu olabilir: ayrımcılık çağrısında bulunma, ayrımcılığı teşvik etme, ret veya düşmanlık duygusu uyandırma. Başvurucu; Yargıtayın söz konusu karar ile, yerleşik içtihadıyla bağdaşmayacak şekilde “*ayrımcılığı zımnen teşvik etmeye*” odaklandığını ileri sürmüştür. Başvurana göre tahrike zımni bir nitelik atfetmek, beyan sahibinin konuya yaklaşımından ziyade beyanın “*anlaşılması muhtemel olduğu şekilde*” incelenmesi anlamına gelir. Bu durum ise ceza hukukunun sanığın aleyhine olacak şekilde geniş bir yoruma tabi tutulmasına yol açar. Keza Başvurucuya göre ilgili müdahale başkalarının haklarını korumak amacından yoksun olup ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmemiştir. Bu doğrultuda Başvurucu; kamu yararı, ilgili canlı

yayının bağlamı ve mahkumiyetinin diğer bireyler üzerindeki etkisi yönünden iddialarını temellendirme yoluna gitmiştir. Kamu yararı bakımından Başvurucu, beyanlarının Müslümanlar hakkında herhangi bir ret, ayrımcılık veya nefrete tahrik içermediğini ileri sürmüştür. Başvurucu köktendinciliğe gösterilen rağbet karşısında sosyal bütünlüğün sağlanabilmesi için din ve Fransa arasında bir seçim yapmanın elzem olduğu düşüncesiyle terör saldırılarının sorgulanması noktasında kamuoyu tartışmasına katkı sağladığını belirtmiştir. Ayrıca Başvurucu söz konusu canlı yayında provakatif bir tonda yöneltilen soruların, kendisini derinlemesine yanıtlar vermektan mahrum bıraktığını vurgulamıştır. Başvurucu son olarak zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayanmayan ilgili müdahalenin, toplumsal bir kriz karşısında kendisiyle aynı fikirleri paylaşan aydınların düşüncelerini dile getirmekten imtina etmesine yol açacağını iddia etmiştir.

Hükümet kabul edilebilirlik yönündeki itirazının reddedilmesi halinde, somut olaydaki müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası bağlamında meşru bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan somut olaydaki müdahalenin kanuni bir dayanağı vardır ve Yargıtayın bu doğrultuda yerleşik içtihadı söz konusudur. Bu içtihada göre Yargıtay zımni nitelikte ayrımcılığa tahrik, teşvik ve çağrı ile din temelinde bir gruba karşı ret veya düşmanlık duygusu uyandırmayı da ilgili suç kapsamında görmektedir. Bu eksende ulusal yargı mercilerinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmak suretiyle takdir marjını aşmadıkları vurgulanmıştır. Hükümet Başvurucunun hassas konularda tartışmalı yorumları olan kamuya mal olmuş bir kişi olduğuna dikkat çektikten sonra, ilgili sürecin yaşandığı toplumsal koşullara ağırlık vermiştir. Bu noktada izlenme oranlarının yüksek olduğu bir saatte yayınlanan ihtilaf konusu beyanlar, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir döneme rastlamaktadır. Hükümete göre Başvurucu İslam'ın Fransa'daki yerine dair tartışmayı kasten olumsuz şekilde etkilemiştir. Bu açıdan ulusal yargı mercileri ihtilaf konusu beyanların köktendincilik eleştirisi olmanın ötesinde hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılması niteliği taşıyıp taşımadığını tespit edebilmek için söylemlerin muhtevasını esas almış ve ayrıntılı gerekçelere yer vermiştir. Keza Hükümete göre uygulanan para cezası ilgili kanunda düzenlenen cezaya nazaran makuldür.

AİHM öncelikle müdahaleye dayanak teşkil eden kanun hükmünün belirli suçların işlenmesine yönelik doğrudan kışkırtmalar ile ayrımcılığa yönelik kışkırtmalar arasında net bir ayrımı esas aldığını tespit etmiştir. Mahkeme bu hüküm özelinde kışkırtıcı söyleme dair Yargıtay içtihadının bir gruba karşı

ret veya düşmanlık hissi uyandıran söylem ile ayrımcılığı teşvik eden söylem bağlamında şekillendiğine dikkat çekmiştir. Bu noktada Mahkeme, kışkırtma suçunun nitelik itibarıyla “*ayrımcılık, nefret veya şiddet çağrısının örtülü doğasını*” da kapsamına aldığı saptamıştır. Bu itibarla Mahkeme, Yargıtayın keyfiliğe mahal vermeksizin açık ve kesin bir değerlendirmede bulunduğunu belirtmiştir. Keza Mahkeme gerek Kanun hükmünün formüle edilme şeklinin gerekse Yargıtay içtihadının cezai sorumluluğun makul bir şekilde öngörülebilmesini sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ilave olarak kışkırtmanın zımni niteliğinin esasen ulusal mahkemelerin kararlarındaki gerekçelerin uygun ve yeterli olmasıyla ilişkili olduğunu dolayısıyla gereklilik bağlamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme müdahalenin Müslümanların itibarını veya haklarını korumak özelinde meşru amaç şartını sağladığına ikna olmuştur.

Bu değerlendirmelerin ardından demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçen Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki başat rolüne dikkat çekmiş ve bu özgürlüğün yalnızca kanıksanmış fikirleri değil aynı zamanda çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik zemininde incitici ve sarsıcı ifadeleri de kapsadığını belirtmiştir. Bilhassa kamu yararına ilişkin beyanların güçlü bir korumdan yararlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu noktada Mahkeme ifade özgürlüğünün kullanımında kesinlikle aşılması gereken sınırlar olarak değerlendirdiği hoşgürsüzlük çağrılarının kapsamına dikkat çekmiştir. Ayrımcılık, şiddet ve nefret çağrılarının bu kapsamda yer aldığı belirtilmiştir. Buna karşılık hoşgörü ve bütün insanların onuruna eşit şekilde saygı duyma, demokratik ve çoğulcu toplum açısından belirleyici faktörler olarak ele alınmıştır. Buradan hareketle ulusal makamların meşru amaç ve araç arasında orantılılık ilkesini gözetmek şartıyla, dini temelde hoşgürsüzlüğe tahrik ve destek ile meşruluk kazandırma içeren söylemlere cezai yaptırımlar da dahil olmak üzere tedbir alma yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Bu ekseninde cezaların niteliği ve ağırlığının orantılılık açısından kayda değer hususlar olduğuna değinilmiştir. Keza Mahkeme ilgili müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması şartını aşağıdaki hususlar çerçevesinde bütüncül bir perspektifle yorumladığını ifade etmiştir.

“i. Konuşmanın, gergin bir siyasi veya sosyal bağlamda yapıлып yapılmadığı. Şayet durum bu şekildeyse, Mahkeme, genellikle bu tür ifadelere belirli türde bir müdahalenin haklı olabileceğini kabul eder.

ii. Kendi bağlamlarında veya daha genel bağlamda doğru bir şekilde yorumlandığında ve değerlendirildiğinde şiddete doğrudan veya dolaylı

olarak bir çağrı ya da şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlüğün bir gerekçesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği. Mahkeme, bu konuyu incelerken, etnik, dini veya başka herhangi bir gruba saldıran veya onları aşağılayan kategorik ifadelere özellikle duyarlıdır.

iii. Mahkeme ayrıca, ifadelerin formüle edilme şeklini ve doğrudan veya dolaylı olarak zarar verme kapasitelerini de dikkate alır.³”

Bu bilgilere ilave olarak Mahkeme, nefrete tahrik için mutlaka belirli bir şiddet eylemine çağrı yapılmasının şart olmadığını belirtmiştir. Nitekim belirli bir topluluğu aşağılayan, tahkir eden veya karalayan saldırıların da ifade özgürlüğü karşısında ırkçı söylemle mücadeleye öncelik verilmesini devreye sokabileceği vurgulanmıştır.

Mahkeme konuya ilişkin genel ilkeleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra somut olay özelinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme öncelikle Başvurucunun gazeteci sıfatı taşıdığına ve İslam ile Fransa hakkındaki görüşlerini içeren kitabını tanıtmak için yüksek izlenme oranlarının olduğu bir saatte canlı yayına katıldığına dikkat çekmiştir. İlaveten bu dönemde yaşanan terör saldırıları düşünüldüğünde, ihtilaf konusu beyanların kamusal yani genel nitelikte bir menfaat tartışması olduğu tespit edilmiştir. Bu noktada Başvurucunun beyanlarının 10. maddede öngörülen sınırlama rejiminden bağımsız olmadığı, dolayısıyla ulusal makamların nefret söylemine ilişkin değerlendirmesinin uygun gerekçeler zemininde, bilhassa olayın bağlamı itibarıyla orantılılık ölçütüne riayet etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu ekseninde Mahkeme, Başvurucunun beyanlarının niteliğine odaklanmıştır. Buradan hareketle ihtilaf konusu beyanların, sömürgeci ve işgalci olarak nitelenen Müslümanların ya İslam’ı ya da Fransa’yı seçmeleri gerektiğini esas aldığına işaret edilmiştir. Mahkeme Başvurucu tarafından “*tarihi ve teolojik bir analiz*” olarak lanse edilen ihtilaf konusu beyanların esas itibarıyla Fransızlar ve bütüncül bir perspektifle Müslümanlar arasında ayrışma potansiyeli taşıyan olumsuz ve ayrımcılık içeren iddialara yer verdiği sonucuna ulaşmıştır. Keza Mahkemeye göre kullanılan saldırgan dil, banliyölerde revaç bulan köktendencilığe yönelik bir eleştirinin kamuoyunun dikkatine sunulmasından öte ayrımcı bir saik içermektedir. Bu sebeple Mahkeme 17. madde ışığında, ihtilaf konusu beyanların 10. maddede öngörülen güçlendirilmiş koruma sisteminin kapsamında yer alan bir ifade kategorisine girmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal makamların bu beyanlara müdahale

³ *Ibid.*, § 52.

etme noktasında geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. İlaveten Mahkeme, ırk ayrımcılığının bütün görünüşleriyle etkin mücadelenin önemine ve bir toplumsal gruba yönelik kalıplaşmış ifadelerin bu grubun kimlik, öz saygı ve özgüven duygusuna yönelik olumsuz etkisine dikkat çekmiştir.

Somut olayın koşulları bağlamında Mahkeme, ihtilaf konusu beyanların yayınlandığı saatin izleyici yoğunluğuna ve yayın araçlarının bireyler üzerindeki doğrudan ve güçlü etkisine özellikle dikkat çekmiştir. Bu noktada Başvurucunun polemik içeren söylemleriyle ön plana çıkan bir gazeteci olduğu ve gazetecilerin görev ve sorumluluklarına riayet etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu açıdan Başvurucunun kendisine anlık yöneltilen sorulara vereceği yanıtların kapsam ve sonuçlarını öngörebilecek bir durumda olduğu belirtilmiştir. Bütün bu manzara karşısında Mahkeme ihtilaf konusu beyanların, İslam'a getirilen eleştiriler olmanın ötesinde bir anlam taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme gerek genel bağlam gerekse programın yayınlanma şekli açısından Başvurucunun seyircileri, Müslümanları reddetmeye ve dışlamaya çağırarak toplumsal bütünlüğe zarar vermek yönünde ayrımcı bir niyet taşıdığı kanaatine ulaşmıştır. Nitekim Mahkeme ulusal yargı mercilerinin konuyla ilgili dışsal unsurları da dikkate aldığına değinmiş ve müdahalenin meşruluğu bakımından mahkûmiyet gerekçesinin ilgili ve yeterli olduğuna ikna olmuştur. Müdahalenin orantılılığı bahsinde cezaların niteliği ve niceliğine özel bir parantez açan Mahkeme, azami cezanın bir yıl hapis ve 45.000 avro para cezası olması karşısında Başvurucuya aşırı bir cezanın uygulanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Sonuç itibarıyla Mahkeme, söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine oy birliğiyle karar vermiştir.

III. AİHM KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİ İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

İfade özgürlüğü Mahkeme içtihadında demokratik toplumun temel bir unsuru olarak ele alınır. Bu ekseninde gerek demokratik toplumun gelişiminde gerekse bireyin kendisini gerçekleştirmesinde itici bir güç işlevi üstlenen ifade özgürlüğü; incitici, sarsıcı ve rahatsız edici bilgi ve fikirleri de kapsar. Bu durum demokratik toplumun vazgeçilmez şartları olarak görülen “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin” bir sonucudur. Bu noktada ifade özgürlüğüne yönelik istisnaların dar yorumlanması ve kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir

şekilde ortaya konulması elzemdir⁴. Nefret söylemi her ne kadar Sözleşme’de kategorik bir şekilde ifade özgürlüğünün kapsamından çıkartılmamışsa da sınırlamalar gerekçelendirilirken bir tür manivela işlevi üstlenebilmektedir⁵. Hangi ifadelerin nefret söylemi niteliği taşıdığına karar verirken demokratik toplumun gerekleri ve somut olayın bağlamı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim hem insan onuruna hem de ilgili grubun demokratik toplumdaki konumuna hanel getiren bu tarz ifadelere devletin müdahale etmemesinin ilgili gruba yönelik saldırılara zemin hazırlayabileceği unutulmamalıdır⁶. Ulusal makamların nefret söyleminden imtina etmesi, devletin negatif yükümlülüğüne; bu tarz ifadelerin yaygınlaşmasının önüne set çekmek ise pozitif yükümlülüğüne karşılık gelir⁷.

Esasen nefret söylemi; taşıdığı şiddet potansiyeli dolayısıyla “*sert eleştiri*” olarak görülmez. Aksi takdirde, bilhassa azınlık gruplara yönelen bu söylem onların toplumsal hayattan giderek soyutlanmasına yol açar. Dolayısıyla ifade özgürlüğü ve kişinin ayrımcılığa maruz kalmaması arasındaki çatışmada, devletin ifade özgürlüğü konusundaki genel yaklaşımına istisna oluşturacak şekilde sınırlayıcı bir yaklaşım içerisine girmesi gerekir. Bu söylemlerin insan haklarını, eşitlik ve çeşitliliği reddetmesi, hakları ortadan kaldırmaya odaklanması; devletin müdahalesini gerekçelendirmesinde kayda değer bir işlev üstlenebilir⁸. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri hukuk pratiğinde, bilginin serbest akışını önceleyen bir yaklaşımla ifade özgürlüğüne güçlendirilmiş bir koruma alanı bırakıldığı; ancak zarar verme potansiyelinin ciddiyet arz ettiği durumlarda yargı mercilerinin dar ifade kategorileri üzerinden meseleye yaklaştığı belirtilmektedir⁹. Nitekim müstehcenlik, hakaret, açık ve mevcut tehlikeye karşılık gelen ifadeler anayasal olarak yasaklanabilmektedir. Bu noktada nefret söyleminin çoğunlukla açık ve mevcut tehlike bağlamında

⁴ Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, 40454/07, 10/11/2015, § 88.

⁵ Uğur Ersoy, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, 9(35), 111-174, s. 153.

⁶ Süleyman Özar, “Önyargı, Hoşgörüsüzlük ve Nefret Suçları” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 68-81, s. 72-73.

⁷ Ersoy, s. 149.

⁸ Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 26-28.

⁹ Roger Kiska, “Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence”, Regent University Law Review, 2012, 25(1), 107-152, s. 138.

incelendiğine dikkat çekilmektedir¹⁰.

Sözleşme'nin nazizm, faşizm ve komünizm karşısında liberal demokratik değerler merkez alınarak hazırlandığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu eksenle Mahkeme içtihadında, saldırgan milliyetçilik ve antisemitizmde dahil olmak üzere, belirli bir ırka, etnik veya dini bir gruba ya da eşcinsellere yönelik nefret söylemini 10. maddenin¹¹ sağladığı koruma alanından yararlandırmama yönünde bir yaklaşım söz konusudur¹². Esasen Mahkeme içtihadında nefret söylemine dair doğrudan detaylı bir tanım yapılmamıştır. Bununla birlikte “dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yayan, tahrik eden ve meşru göstermeye çalışan ifadelerin, Sözleşme'nin 10. maddesinde sağlanan korumadan yararlanamayacağı” yönünde yerleşik bir içtihat söz konusudur¹³. Mahkemeye göre; çoğunlu ve demokratik bir toplumda gerek çoğunluk inancına gerekse azınlıkta kalan bir inanca mensup olan bireyler, inançlarının başkaları tarafından inkâr edilmesine ve karşı doktrinlerin yayılmasına hoşgörüsüyle yaklaşmalıdır. Buradan hareketle belirli bireylerin veya bir grubun kendileriyle alakalı bir ifadeyi saldırgan bir üslup veya hakaret olarak değerlendirmesi, ortada mutlaka bir nefret söylemi olduğu anlamına gelmez. Bu noktada aslolan bütüncül bir perspektifle somut olayın bağlamına yaklaşıldığında ilgili ifadelerin hoşgörüsüzlüğe, nefrete veya şiddete teşvik eden bir nitelik taşımasıdır. Nefrete teşvik etmek için bir şiddet eylemine veya suç sayılan başka bir eyleme çağırarak şart değildir.

¹⁰ Kiska, s. 142. Ayrıca nefret söylemi yerine, bir topluluğu karalamak anlamına gelen “*group libel*” veya o topluluğa hakaret etmek anlamında “*group defamation*” kavramlarına yer verilebilmektedir. Bkz. Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, London, 2012, s. 39-40.

¹¹ Söz konusu Madde şu şekildedir: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin 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.”

¹² David Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley, Harris, O'Boyle, & Warbrick *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 572.

¹³ E.S. v. Austria, 38450/12, 25/10/2018, § 43; Rabczewska v. Poland, 8257/13, 15/09/2022 § 51.

Bu bağlamda Mahkeme savunmasız bir gruba iftira atmanın veya bu grubun üyelerini tahkir etmenin ilgili ifadelerin bastırılması yönünde bir gerekçe olarak ele alınabileceğine dikkat çekmektedir¹⁴. Keza ifade özgürlüğünün sorumsuzca kullanımını bağlamında toplumun belli kesimlerine hakaret etmeye, aşağılamaya veya karalamaya dikkat çeken Mahkeme, bu hususların yabancı düşmanlığı veya diğer ayrımcılık biçimleriyle mücadele etmek isteyen yetkili makamlara yeterli gerekçe oluşturabileceğini vurgulamaktadır¹⁵. Ezcümle Mahkeme etnik, dini ya da başka bir grubun tamamına yönelik saldırgan ifadelerin; Sözleşmenin temel dinamikleri olarak görülen hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasağı ile bağdaşmadığını vurgulamaktadır¹⁶.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 20 Mayıs 2022 tarihinde kabul edilen “Taraf Devletlerin Nefret Söylemiyle Mücadele Etmesi” Hakkında 16 sayılı Tavsiye Kararı’nın ekinde, bu tavsiyenin amaçları bağlamında nefret söylemi ile “*bir kişiye veya gruba karşı; şiddeti, nefreti veya ayrımcılığı kışkırtan, teşvik eden veya meşru gösteren ya da ırk, renk, dil, din, milliyet, ulusal veya etnik köken, yaş, engellilik, cinsiyet, cinsel kimlik ve cinsel yönelim gibi gerçek veya varsayılan kişisel özellikleri veya durumları sebebiyle bu kimseleri aşağılayan bütün ifade biçimlerinin*” kastedildiği vurgulanmıştır¹⁷. Anlaşılacağı üzere muhtelif şekillerde nefret söyleminde bulunulması mümkündür. Bilhassa ırkçı bağlamda ortaya konulan ifadeler ile kişinin kimliğine yönelik saldırı niteliği taşıyan, cinsiyet veya din temelinde nefret ve hoşgörüsüzlüğü esas alan ifadeler bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁸. Bu noktada Mahkeme nefret söyleminin; Sözleşme’nin hoşgörü, toplumsal

¹⁴ Taganrog LRO and Others v. Russia, 32401/10, 44285/10, 3488/11..., 07/06/2022, §154-155.

¹⁵ Dmitriyevskiy v. Russia, 42168/06, 03/10/2017, § 99.

¹⁶ Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, 1413/08, 28621/11, 28/08/2018, § 94.

¹⁷ Söz konusu Tavsiye Kararı için bkz.

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955#_ftn2 (Erişim Tarihi: 21.11.2023) Benzer şekilde “Nefret Söylemi üzerine Birleşmiş Milletler Stratejisi ve Eylem Planı” hakkında 2020 tarihli Birleşmiş Milletler Saha Varlıkları için Uygulamaya Dair Detaylı Rehber’de nefret söylemi “*bir kişi veya grubun kim oldukları temelinde, başka bir deyişle onların din, etnik köken, milliyet, ırk, renk, soy, cinsiyet veya diğer kimlik faktörlerini esas alarak saldıran veya aşağılayıcı ve ayrımcı bir üsluba yer veren söylem, yazı veya davranış bağlamında her türlü iletişim biçimi*” olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu metin için bkz. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

¹⁸ Elif Küzeci, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, (71), 174-200, s. 178.

barış ve ayrımcılık yapmama şeklinde tezahür eden temel değerlerini kasten aşındıran, açıkça saldırgan ve tahkir edici ifadelerden ibaret olmadığına özellikle dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda ihtiyatlı veya varsayımsal bir üslupla ortaya konulsa dahi zımnî ifadelerin de aynı şekilde bünyesinde nefret taşıyabileceği vurgulanmaktadır¹⁹. Mahkeme, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun “*Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında*” 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'ndan yola çıkarak, nefret söyleminin başkalarını hedeflenen gruba karşı “*şiddet, gözdağı, düşmanlık veya ayrımcılık*” içeren davranışlarda bulunmaya kışkırtma amacı taşıyabileceğine dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre bu durum makul olarak kışkırtma etkisinin beklenebileceği haller için de geçerlidir. Bu noktada kışkırtma unsurunun varlığı, söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesine matuf “*açık bir niyetin olmasına*” veya ilgili ifadeler neticesinde bu eylemlerin gerçekleşmesine dair “*yakın bir riskin*” varlığına bağlıdır. Bu noktada Mahkeme açık bir çağrının varlığı, kullanılan üslubun gücü ve konuşmacının önceki davranışları gibi ilgili faktörlerin kışkırtma amacının anlaşılmasında işlev üstlenebileceğine dikkat çekmektedir²⁰.

Mahkemenin ilk etapta, taraf devletlerin ırk ayrımcılığına veya Sözleşme'yle bağdaşmayan değerleri bastırma ihtiyacına atıfta bulunması halinde ilgili tedbirler lehine bir karine tanıdığı çıkarımında bulunmaktadır. Bununla birlikte ilerleyen süreçte Mahkemenin özellikle basın özgürlüğü söz konusu olduğunda orantılılık eksenli bir yaklaşıma ağırlık verdiği vurgulanmaktadır²¹. Basın özgürlüğü Sözleşme'de doğrudan düzenleme altına alınmamış olmakla birlikte Mahkeme içtihatlarında basın mensuplarına “*özel bir statü*” tanındığı söylenebilir. Zira basın mensuplarının ifade özgürlüğü diğer bireylere nazaran daha fazla ihlal edilme potansiyeli taşımaktadır²². Basın, kamu yararına ilişkin bütün konularda bilgi ve fikir vermekle görevlidir. Bir taraftan basının bilgi ve fikir verme görevi, diğer taraftan kamunun bilgi ve fikir alma hakkı; basının kamusal anlamda hayati bir işlev üstlenmesine zemin oluşturur. Bununla birlikte basının yükümlülük ve sorumlulukları ile paralel olarak, bilhassa başkalarının itibarı ve hakları konusunda riayet etmesi gereken

¹⁹ Sanchez v. France, 45581/15, 15/05/2023, § 157.

²⁰ Kilin v. Russia, 10271/12, 11/05/2021, § 74. Bu bağlamda söz konusu Tavsiye Kararı'nın 14-16. paragrafları önem arz etmektedir.

²¹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 572-573.

²² Dominika Bychawska-Siniarska, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s. 99.

sınırlar vardır²³. Dolayısıyla basının kamuyu ilgilendiren önemli meselelerde dahi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçtiği üzere, görev ve sorumluluklardan muaf olduğu söylenemez²⁴. Gazetecilerin Sözleşme'nin güvence sistematığı bağlamında ifade özgürlüğünden yararlanması, basının demokrasilerde üstlendiği başat rolün doğal bir sonucudur. Ancak bu durum gazetecilerin, sorumlu gazetecilik ilkeleri bağlamında doğru ve güvenilir bilgi sağlamak için iyi niyetli hareket etmeleri gerektiği üzerinden okunur. Bu eksende kamu yararını ilgilendiren bir mesele söz konusu olduğunda Taraf Devletlere dar bir takdir marjı bırakılmak suretiyle ifade özgürlüğüne yüksek düzeyde bir koruma sağlanır²⁵. Ayrıca basın özgürlüğü belirli bir dereceye kadar abartı ve kışkırtmayı da kapsar²⁶. Sonuç olarak nefret söylemi karşısında basın özgürlüğünün korunması özel önem arz eder. Bu noktada nefret söyleminde bulunan kişi ile kamuyu bilgilendirme amacı taşıyan yayıncı arasında, basın organlarının ödev ve sorumlulukları göz önünde bulundurularak, gerekli ayırım yapılmalıdır. Buna binaen kamunun bilgilendirilmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında somut olayın koşulları ışığında hassas bir dengenin gözetilmesi gerekir²⁷.

Nefret suçu kavramına da konunun bütünlüğü bağlamında bir parantez açmakta yarar vardır. Zira kategori itibariyle geniş bir düzlemde karşılık bulan nefret suçlarının ifade özgürlüğüne ilişkin boyutunda nefret söylemi ile karşılaşılır²⁸. Nefret söylemi kısa veya uzun vadede, toplumsal düzeyde psikolojik veya fiziksel zararlarla sonuçlanabilmektedir. Nitekim nefret söylemi, nefret suçlarını teşvik etmek suretiyle bu suçların işlenmesine yol açabilir²⁹. Keza nefret suçu bir tür varış noktası olarak ele alındığında, hoşgörüsüzlüğün dışavurumu olarak nitelenen nefret söylemini bu sürecin hareket noktası olarak okumak mümkündür³⁰. Öncelikle nefret suçundan

²³ Hurbain v. Belgium, 57292/16, 04/07/2023, § 177-178.

²⁴ Axel Springer AG v. Germany, 39954/08, 07/02/2012, § 82.

²⁵ Skudayeva v. Russia, 24014/07, 05/03/2019, § 33.

²⁶ Samoylova v. Russia, 49108/11, 14/12/2021, § 77.

²⁷ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 32-33.

²⁸ Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, (38), 185-202, s. 187.

²⁹ Hüseyin Göktepe, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (2016), 7(25), 169-211, s. 177.

³⁰ Selami Turabi, "Nefret Söylemi Kavramı ve Unsurları" in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 22-29, s. 27.

bahsedebilmesi için failin, ceza kanununda düzenlenen bir suçta mağduru mensup olduğu gruba karşı beslediği nefret saiki veya önyargı ile işlemesi gerekir. Bu durumun temelinde failin mağdura kişisel olarak bir husumet beslemesinden ziyade mağdura verilen maddi veya manevi zarar kanalıyla ilgili grubun tamamına gözdağı verme düşüncesi yer alır³¹. Bir nefret suçunun işlenmesinden önce veya suç işlenirken ya da suçun işlenmesinin akabinde nefret söyleminde bulunulması önyargı unsurunun kanıtlanması bakımından kayda değer bir işlev üstlenmektedir³². Failin varsayımına dayansa bile bir gruba mensubiyet bakımından “mağduru kimliği” ve suç fiilinin bu kimliğe binaen gerçekleşmesine yol açan “failin önyargısı”, nefret suçunun yapısal unsurları olarak değerlendirilir. Bu iki unsura yönelik bir bağlama işaret eden ve genellikle toplumun zayıf veya azınlıkta kalan kesimleri etrafında şekillenen “korunan grupların listesini” ise ihtiyari unsur olarak ele almak mümkündür³³. Sonuç itibarıyla temelde suç teşkil eden bir eylemin, ilgili düzenlemede belirtilen özelliklere karşı duyulan nefret saikiyle işlenmesiyle vücuda gelen nefret suçlarının muğlaklıktan uzak olması ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaması elzemdir³⁴. Anlaşılacağı üzere “bir suçun varlığı”; nefret suçundan bahsedebilmek için zorunlu bir unsur iken, nefret söylemi açısından böyle bir zorunluluk yoktur³⁵.

Nefret söylemi ile ilişkisi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da ayrımcılık kavramıdır. Öncelikle çoğulculuğun korunması ve demokrasinin işlevselliği bağlamında devletin nötr pozisyonuna özel önem atfedilir. Bu açıdan devletin gerek tanımlama gerekse ilgili ifadeyi cezalandırma noktasında saldırgan durumları dikte etmesinin fiili bir “bakış açısı ayrımcılığına (viewpoint discrimination)” ve “toplum mühendisliği projesine” yol açacağına dikkat çekilmektedir³⁶. Sözleşme'nin 14. maddesi³⁷

³¹ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19(3), 2693-2701, s. 2698-2700.

³² Ersoy, s. 121.

³³ Uslu, s. 188.

³⁴ Özar, s. 70.

³⁵ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 30.

³⁶ Kiska, s. 128.

³⁷ İlgili madde şu şekildedir: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler; ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” İlave olarak; Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan Irkçı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesinin, Her Türlü Irk

ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Mahkeme içtihadında ayrımcılık, görece benzer durumda olan kişilere objektif ve makul bir gerekçeye dayanmaksızın farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanır³⁸. Bu itibarla Sözleşme'nin güvence sistematğinde yer alan bir hak bakımından farklı bir muameleye gidilmesi halinde meşru bir amacın izlenilmiş olmasına ilave olarak amaç ile araç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması elzemdir³⁹. Ayrımcılık yasağı bakımından devletin yükümlülüğü kaçınma yükümlülüğünden ibaret olmayıp, devletin eşitsizliğe yol açabilecek uygulamaları ortadan kaldırması bakımından gerekli tedbirleri de içeren kapsamlı bir hukuki çerçeveyi ihdas etme yönünde pozitif yükümlülüğü vardır. Bu itibarla Sözleşme'nin güvence sistematğinde yer alan ayrımcılık yasağı bağlamında negatif yükümlülükler ilave olarak pozitif yükümlülüklerin de olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Keza Mahkemenin; nefret söyleminin kışkırtmasına binaen teşebbüs edilebilecek şiddet veya haklara ilişkin diğer müdahaleler karşısında hedef alınan kişileri korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul ettiği belirtilmektedir⁴¹. Ayrıca 12. Protokol⁴² hakkında Avrupa Konseyinin Açıklayıcı Raporundan yola çıkılarak, özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından taraf devletin pozitif yükümlülüklerinin devreye girebilmesi için söz konusu ilişkinin kamusal bir boyutunun olması gerektiği ifade edilebilir⁴³. Sonuç olarak ayrımcılık yasağının ihlali açısından kastın varlığı

Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin uygulanmasına rehberlik etme bağlamında 26 Eylül 2013 tarihli ve 35 sayılı Genel Tavsiye Kararı için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/471/38/PDF/G1347138.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

³⁸ X and Others v. Albania, 73548/17, 45521/19, 31/05/2022, § 77.

³⁹ B. v. Switzerland, 78630/12, 20/10/2020, § 62.

⁴⁰ Ulaş Karan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 82, 86.

⁴¹ Bkz. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun, Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'nın 41. paragrafı. Keza Mahkemenin bu bağlamdaki yaklaşımı için bkz. Georgian Muslim Relations and Others v. Georgia, 24225/19, 30/11/2023, § 86.

⁴² İlgili Protokol'ün "*Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması*" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: "*1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*"

⁴³ Ayşe Özkan Duvar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2, 17-81, s. 50-51. Bu bağlamda 04 Kasım 2000 tarihli, Avrupa İnsan Hakları

zorunlu bir unsur olmayıp belirli bir gruba yönelik orantılı olmayan genel bir politika veya müdahale, özel olarak ilgili grubu hedef almasa bile ayrımcı bir muamele olarak görülebilir. İlaveten nefret söyleminde “*karşılaştırma ve farklı muamele*” söz konusu olmasa da nefret söylemi ve ayrımcılığın birbirini tetikleyen olgular olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁴.

İslamofobikavramınadatemasetmekteyararvardır. İslamveMüslümanlara yönelik tartışmalar özelinde “*İslam karşıtlığının*” modern bir görünümü olarak nitelenen İslamofobi’yi gerek ayrımcılığın gerekse nefret söylemi ve nefret suçunun bir tür dışı vurumu olarak değerlendirmek mümkündür. Bu noktada dine yönelik eleştiri kisvesi altında, esasen Müslümanların hayat tarzını bir sorun olarak göstermek suretiyle ırkçı bir metodun izlenebileceği göz ardı edilmemelidir⁴⁵. Toparlayacak olursak demokratik yönetimlerde fikirlerin serbestçe dolaşımı esas alınır. Bu bakımdan dine getirilen eleştiriler ile bu dinin mensuplarına hoşgörüsüzlük temelinde bulunan ithamlar arasında Mahkeme içtihadında bir sınır çizilmeye çalışıldığı ifade edilebilir. Ancak bu sınırların sağlıklı bir şekilde çizilmesi somut olayın koşullarının dikkate alınmasını gerektirir. İhtilafı ifadeler hoşgörüsüzlüğün gerekçesi olma düzeyine yaklaştıkça, Sözleşmede sağlanan koruma alanının daralacağı

Sözleşmesi’ne Ek 12 No’lu Protokol Hakkında Açıklayıcı Raporun 26-28. paragrafları için bkz. <https://rm.coe.int/09000016800cce48> (Erişim Tarihi: 30.11.2023)

⁴⁴ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 30-31.

⁴⁵ Muhterem Dilbirliği, “Din ve İnanç Temelinde Nefret Söylemi: “İslamofobi”” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 40-65, s. 49-51. İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun 8 Aralık 2021 tarihli Müslüman Karşıtı Ayrımcılığın ve İrkçılıkla Mücadele Edilmesi ve Önlenmesine Dair Revize Edilen 5 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı önem arz etmektedir. Tavsiye Kararı’nın 14. paragrafında Müslüman karşıtı ırkçılığın, “*nefret güdümlü şiddet de dahil olmak üzere nefret ve aşağılayıcı basmakalıplar, dezavantaj döngüleri, kültür ve dinin reddi ve hatta yok edilmesi*” olarak üç temel hareket merkezi etrafında şekillendiğine dikkat çekilmiştir. Keza bu olgunun kişiler arası düşmanlık veya ayrımcılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yapısal bir görünüm de arz edebileceği vurgulanmıştır. Söz konusu Tavsiye kararı için bkz. <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-5-revised-on-preventing-and-comb/1680a5ae44> (Erişim Tarihi: 09.12.2023) Bu noktada İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun 28 Haziran 2022 tarihli Fransa Hakkında 6. Raporu kayda değer hususlar içermektedir. Söz konusu Raporun 43. paragrafında Fransa’da Müslümanlara yönelik hoşgörüsüzlüğün; İslam ile terörizmi eşitleyen politik söylem, Müslümanların Fransız toplumuyla bütünleşmemesine yönelik imalar ve tesettür hakkında aşağılayıcı açıklamalar özelinde yüksek bir düzeyde devam ettiği belirtilmektedir. Söz konusu Rapor için bkz. <https://rm.coe.int/ecri-sixth-report-on-france-adopted-28-june-2022-published-21-septembe/1680a81883> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

çıkarmında bulunmak mümkündür. Bu bakımdan örtülü tahrik niteliği taşısalar dahi ayrımcılık ve nefret söyleminin hoşgörüsüzlük ortak paydasında sıkı bir ilişki içerisinde olduğu ifade edilebilir. Mahkeme içtihadında ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından basın mensuplarına sağlanan geniş koruma bu özgürlüğün sorumsuzca kullanımı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla toplumdaki etki gücünden ötürü bir basın mensubunun nefret söylemi ve ayrımcılık hususunda gerekli hassasiyeti göstermesi elzemdir. Gerek somut olayda örneklendiği üzere dini ve tarihi analiz kisvesi altında ortaya konulan ifadelerin toplumsal ayrışmayı körüklemesi gerekse nefret söyleminin muhtevası ve etkileri itibarıyla soyut bir perspektifle ele alınarak ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde araçsallaştırılması Sözleşmenin demokratik toplum kurgusuyla bağdaşmaz. Mahkeme *Zemmour* kararında her ne kadar unsurları ve şartları yönünden ayrıntılı bir nefret söylemi tanımına yer vermemiş olsa da Taraf Devletin bu konudaki değerlendirmesini somut olay bağlamında üç aşamalı testin süzgecinden geçirerek ve ayrımcılıkla eklemlendirerek yorumlamıştır.

B. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI BAKIMINDAN

Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'nın 39-40. paragraflarında, nefret söyleminin Sözleşme'de açıkça düzenlenmediğine; bununla birlikte Mahkemenin ilgili ifadelerle yönelik müdahaleleri incelerken iki şekilde meseleye yaklaşabildiğine dikkat çekmiştir. Buna göre Mahkeme ya ilgili ifadeleri 17. maddeye⁴⁶ dayanmak suretiyle tamamen 10. maddede sağlanan korumanın dışında bırakır ya da müdahalenin meşru amaca hizmet etmesi ve demokratik toplumda gerekli olması bağlamında bir incelemeye tabi tutar. Komisyon *“belirli bir etnik veya dini gruba yönelik şiddetli saldırılar, antisemitik ifadeler, ırkçı ayrımcı ifadeleri yayma, Holokost'un inkârı”* içeren davalarda birinci yöntemin uygulama alanı bulabildiğini; ikinci yaklaşımın ise *“şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü kışkırttığı veya meşru gösterdiği”* ileri sürülen ifadeler bakımından izlendiğini belirtmiştir⁴⁷. Başka bir anlatımla

⁴⁶ Söz konusu Madde şu şekildedir: *“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmiş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”*

⁴⁷ Söz konusu Tavsiye Kararı için bkz. <https://hudoc.ecri.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ecripublicationdate%20descending%22%5D,%22ecriidentifier%22:%5B%22REC-15-2016-015-ENG%22%5D%7D>

nefret söylemi konusunda ayrımcılığın yasaklanması ve ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı dengelemeye çalışan Mahkeme, iki farklı yöntem üzerinden meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre Mahkeme, ilgili söylemleri Sözleşme'nin 17. maddesine binaen Sözleşme'nin güvence sistematığı bağlamında değerlendirmeyebilir. İzlenebilecek ikinci yöntem ise somut olaydaki müdahalenin, 10. maddenin 2. fıkrasında ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama rejimine riayet etmesi halinde meşru görülmesidir⁴⁸. Bu noktada kabul edilebilirlik incelemesi yapılırken doğrudan 17. maddeye dayanmak suretiyle davanın süratle sonuçlandırılarak reddedilmesi, potansiyel itibarıyla yeterli düzeyde hak temelli bir analize imkân tanımamaktadır. Bu durum karşısında 17. maddenin “giyotin hüküm” olarak nitelendiği unutulmamalıdır⁴⁹.

Esasen Sözleşme'nin 17. maddesi, kişilerin Sözleşme'yle öngörülen güvence sistematığında yar alan haklarını zarar verici bir metotla kullanması bağlamında, totaliter veya marjinal fikirlere dayanan faaliyetlerin Sözleşme kanalıyla meşrulaştırılmasını bertaraf etme amacı taşır⁵⁰. Bununla birlikte Sözleşme'nin 17. maddesinin gerek işlev gerekse yorum bakımından çelişkili bir nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Bu maddenin işlevsel açıdan hem herkesin hakkını hem de demokrasiyi korumaya yönelmesinin bir araya getirilmesi zor hedefler olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda bir tarafta özgürlüğe çok fazla ağırlık verilmesinin, demokrasiye ve haklara zarar vermek isteyenlerin faaliyetlerini kolaylaştırabileceği endişesi; diğer tarafta sınırlamaya daha fazla ağırlık verilmesinin hakkın özünü tehlikeye atması yer alır. Meseleye yorum açısından yaklaşıldığında ise, 17. maddenin uygulanmasıyla verilen kabul edilemezlik kararı; kategorik bir metotla ilgili durum veya eylemlerin Sözleşmenin esasa yönelik hükümlerinde tanınan korumadan ve dengeleme denetiminden mahrum kalmasına sebep olacaktır⁵¹.

Kişilerin subjektif haklarına dair sınırın dışına çıkmalarıyla başkalarının haklarına veya demokratik yapıya zarar vermeleri halinde devreye giren hakkın kötüye kullanılması yasağının, Soğuk Savaşın ardından otoriter

⁴⁸ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 36. Bu bağlamda ayrıca bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 573; Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 1. Bası, Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 188.

⁴⁹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 806.

⁵⁰ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 804-805.

⁵¹ Antoine Buyse, “Prohibition of the Abuse of the Rights”, in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Cambridge, 2018, 1085-1094, s. 1086-1087.

tehditlerin görece azalmasının da etkisiyle genellikle dolaylı bir şekilde uygulandığı gözlemlenmektedir⁵². Nitekim bu durumun bir yansıması olarak Sözleşmenin 17. maddesini, demokratik toplumda gereklilik ölçütüne eklemek suretiyle dolaylı bir şekilde uygulamak mümkündür. Bu bağlamda değerlendirmeye konu edilen durum ilk bakışta hakkın kötüye kullanıldığı izlenimi oluşturmamaktadır. Dolayısıyla davanın esasına girilerek ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasını gerekir. Bu noktada hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hususların dengeleme ölçütünün uygulanmasında dikkate alınabileceği unutulmamalıdır⁵³. Özetle Mahkemenin, ulusal makamlar tarafından nefret söylemi olarak nitelenen bir ifade bağlamında gerçekleştirilen bir müdahalenin meşruluğunu değerlendirirken, ikili bir ayırım yaptığı sonucuna ulaşılabilir. Şayet Mahkemede, ilgili söylemlerin Sözleşmenin güvence sistematigindeki hak ve özgürlükleri yok etme amacı taşıdığı kanaati hasıl olmuşsa 17. madde uyarınca dava sonuçlandırılır. Aksi durumda ise giyotin etkisinden farklı olarak 10. maddenin 2. fıkrası zemininde ifade özgürlüğünün sınırlanması üzerinden meseleye yaklaşılr⁵⁴.

Mahkemenin nefret söylemi ve 17. madde konusundaki yaklaşımını çözümleyebilmek açısından *Norwood* kararı kayda değer hususlar içermektedir. Aşırı sağcı bir partinin üyesi olan Başvurucu, 2001 yılının Kasım ayında dairesinin penceresine İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren “*İslam İngiltere’den dışarı- İngilizleri koruyun*” yazılı bir afiş asmıştır. Ayrıca bu afişte, üzerinde yasaklama işaretinin yer aldığı hilal ve yıldız sembolleri de kullanılmıştır. Ulusal yargılama sürecinde Başvurucu, “*hasmane bir tutumla ırksal veya dini bir gruba karşı tehdit, küfür veya hakaret içeren herhangi bir yazı, işaret veya diğer tasvirleri; ilgili kişinin nazarında tacize, endişe veya sıkıntıya yol açabilecek şekilde sergilemekle*” suçlanmıştır. Başvurucu söz konusu afişin İslami aşırılığa yönelik olduğunu, küfür veya hakaret içermediğini ileri sürmüşse de para cezasına çarptırılmıştır. Ardından Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve 14. maddeye aykırı bir şekilde ayrımcılığa maruz bırakıldığını ileri sürerek Mahkemeye başvurmuştur. Öncelikle Mahkeme 17. maddenin genel amacının, Sözleşme’nin totaliter amaçlara alet edilmesine set çekmek olduğunu vurgulayarak ihtilaf konusu

⁵² Oya Boyar, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, in Sibel İnceoğlu (ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme Ankara, 2013, 81-96, s. 96.

⁵³ Buyse, s. 1092-1093.

⁵⁴ Turabi, s. 25.

afişin Birleşik Krallık'ta yaşayan Müslümanların tamamına yönelik bir saldırı ifadesi olduğunu teyit etmiştir. Dini bir gruba yönelik bu saldırının genel ve sert bir nitelik taşıdığına dikkat çeken Mahkeme, ilgili grubun tamamının vahim bir terör saldırısıyla ilişkilendirilmesinin hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yapmama zemininde Sözleşme'nin değerleriyle bağdaşmadığını ifade etmiştir. Buna binaen Mahkeme Başvurucunun eyleminin 17. maddenin kapsamına girdiğini, dolayısıyla 10. ve 14. maddelerde sağlanan koruma alanından yararlanamayacağını tespit ederek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁵⁵.

Mahkeme'nin *Zemmour* kararında *Norwood* kararından farklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Mahkemenin *Zemmour* kararında hakkın kötüye kullanma yasağına dayanmak suretiyle kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için iki koşulun varlığını dikkate aldığı ifade edilebilir. Bu bakımdan somut olay özelinde ilgili beyanların nefreti tahrik etme amacı taşıması ve Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma veya yok etme amacına matuf olduğunun açıkça anlaşılması koşulları aranmıştır. Bu yaklaşımın yukarıda değindiğimiz giyotin etkisinin olumsuz sonuçlarından imtina etme çabası taşıdığı aşıkardır. Bu denklemde gerek somut olayın bağlamının bireyler ve gruplar üzerindeki etkisini gerekse kamusal tartışmalar çerçevesinde kamu yararına atfedilen önemin ağırlığını bütüncül bir perspektifle göz önünde bulundurmak gerekir. Resmin bütününe bakıldığında Mahkemenin kamusal tartışmayı hareket noktası olarak aldığı ve sonuca ulaşmada olayın bağlamını bireysel faktörleri de hesaba katmak suretiyle etkili bir araç olarak kullandığı görülmektedir.

C. ÜÇ AŞAMALI TESTİN BİLEŞENLERİ BAKIMINDAN

Mahkeme; Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde düzenleme altına alınan haklar bakımından, doktrinde üç aşamalı test olarak isimlendirilen, özel bir usul uygulamaktadır. Kaynağını zikredilen maddelerin ikinci fıkrasından alan bu yöntem ilgili müdahalenin sırasıyla yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmesini esas alır⁵⁶. Söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında öngörülen sınırlama rejimi esas itibarıyla istisnayı teşkil eder. Dolayısıyla sınırlamaya ilişkin fıkraların dar

⁵⁵ *Norwood v. the United Kingdom*, 23131/03, 16/11/2004.

⁵⁶ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 157; Laurens Lavrysen, "System of Restriction", in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018, 307-330, s. 308-309.

yorumlanması elzemdir⁵⁷.

Mahkeme yasallık denetimini gerçekleştirirken maddi anlamda bir yasanın varlığını da yeterli görmektedir⁵⁸. Bu noktada Mahkeme içtihadında yasallık denetimi bakımından özel önem atfedilen bir diğer husus müdahaleye dayanak teşkil eden yasanın taşınması gereken niteliklerdir. Bu ekseninde ilgili yasa yeterince erişilebilir ve açık bir şekilde düzenlenmeli, ayrıca ilgili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamı belirli olmalıdır⁵⁹. Dolayısıyla öngörülebilirlik yasallık ölçütü bağlamında kilit bir rol üstlenir. Zira yasanın yeterince açık bir şekilde formüle edilmiş olması, bireylere gerektiğinde hukuki yardımdan yararlanmak suretiyle davranışlarını düzenleyebilme imkânı sağlar. Bununla birlikte Mahkemeye göre, değişen koşullara uyum sağlanabilmesi ve aşırı katılığa yol açılmaması için yasanın sonuçlarının mutlak bir kesinlikle öngörülmesi şart değildir. Dolayısıyla kimi durumlarda belirsizliğin kaçınılmaz olabileceğine işaret edilmektedir⁶⁰. Bu bilgiler ışığında Mahkeme kesinlik düzeyini belirlerken yasanın muhtevasını, kapsamına alması tasarlanan alanı ve muhatapların sayısı ile statüsünü dikkate alır⁶¹. Mahkemenin *Zemmour* kararında yasallık denetimine binaen gerçekleştirdiği denetiminde yasanın öngörülebilir bir nitelik taşınması belirleyici olmuştur. Bu noktada mahkemelerin geliştirdikleri yerleşik içtihatların bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmelerinde önemli bir işlev üstlendiği aşıkardır. Nefret söyleminin kendine özgü yapısı düşünüldüğünde bu konuda ihdas edilen suçların yeterli kesinlikte düzenlenmesi ve mahkeme içtihatlarında istikrarlı bir şekilde somutlaştırılması gerekir. Bu durum hukuk devletinde belirliliğin teminine verilen önemin bir yansıması olarak görülebilir.

Sözleşme’de öngörülen ve sınırlama sebebi niteliği taşıyan meşru amaçların, kapsam itibarıyla geniş bir yoruma imkân tanınması dolayısıyla Taraf Devletlerin bu konuda ileri sürdüğü amaçlar ekseriyetle Mahkeme

⁵⁷ Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü/ Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 363.

⁵⁸ Salihpaşaoğlu, s. 159. Bu doğrultuda bkz. Pařízek v. the Czech Republic, 76286/14, 12/01/2023, § 43.

⁵⁹ Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Right, 4. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 188. Bu doğrultuda bkz. P.N. v. Germany, 74440/17, 11/06/2020, § 61.

⁶⁰ Guz v. Poland, 965/12, 15/10/2020, § 76.

⁶¹ Lavrysen, s. 312. Bu doğrultuda bkz. Bavčar v. Slovenia, 17053/20, 07/09/2023, § 147.

nezdinde kabul görmektedir⁶². Bu durumun istisnasını ise 18. maddenin devreye sokulduğu yargılamalar teşkil eder⁶³. Somut olayda 18. maddenin uygulanmasını gerektiren bir emare söz konusu değildir. Nitekim Mahkeme ilgili müdahalenin Müslümanların itibarlarını veya haklarını koruma amacı taşıdığı değerlendirilmesinde bulunarak üç aşamalı testin son ve belirleyici safhasına geçmiştir.

Mahkeme içtihadında demokratik toplumda gereklilik ölçütünün temel bileşenlerinden ilki, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” yanıt oluşturması gerekliliğidir. Bu itibarla söz konusu müdahale zorlayıcı toplumsal ihtiyaç için gerekli olan düzeyi aşmamalıdır. Aynı doğrultuda ölçütün diğer bileşenini, bireyin maruz kaldığı yaptırımın ağırlığı ile kamu yararına atfedilen önemin dengelenmesine odaklanan “orantılılık” değerlendirmesi oluşturur⁶⁴. Sözleşmenin güvence sistematığında yer alan bir hak ve özgürlüğe müdahale edilirken zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayanılması bu müdahalenin meşru görülebilmesi için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda sınırlamaların temel amacının “toplumun olağan düzenine” dönmek olduğunun bilinciyle, orantılılık ölçütüne binaen sınırlamanın amacını aşmaması gerekir⁶⁵. Ayrıca somut olaya özgü bir inceleme etrafında şekillenen zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütünün, taraf devletlere geniş bir takdir marjının bırakıldığı hallerde katı bir uygulama alanı bulmadığı ifade edilebilir⁶⁶. Bu ekseninde Mahkeme ifade özgürlüğü ve demokratik toplumda gereklilik ölçütü arasındaki ilişkiye dair yerleşik içtihadı şu şekilde formüle edilebilir:

- Özgürlüğün tabi olduğu istisnalar katı bir yoruma tabi tutulmalı ve ilgili kısıtlama ihtiyacı ikna edici şekilde gösterilmelidir.

- Gerekli sıfatının ima ettiği zorlayıcı toplumsal ihtiyaç konusunda taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjı Mahkeme denetimiyle kayıtlanmıştır.

⁶² Salihpaşaoğlu, s. 163.

⁶³ Sözleşme'nin “Haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlanması” başlıklı 18. maddesi şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.” Bu doğrultuda bkz. *Juszczyzyn v. Poland*, 35599/20, 06/10/2022, § 306-316.

⁶⁴ Bernadette Rainey/ Elizabeth Wicks/ Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 359.

⁶⁵ Zeynep Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 190.

⁶⁶ Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 1. Bası Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 235-236.

- Mahkeme davayı bütüncül bir perspektifle ‘güdülen meşru amaçla orantılı’ olma ve “ilgili ve yeterli” gerekçelere yer verme yönünden inceler.

- Ulusal makamların 10. maddeye ilişkin ilkelere riayet etmeleri ve olguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanmaları gerekir.⁶⁷

Bu bilgiler ışığında *Zemmour* kararında da özel önem atfedilen “*ilgili ve yeterli*” gerekçelere açıklık getirmekte yarar vardır. “*İlgililik*”, müdahaleye dayanak teşkil eden gerekçelerin belirlenmesine ve bu gerekçelerin soyut olarak mantıken değerlendirilmesine odaklanırken; “*yeterlilik*” söz konusu gerekçelerin somut olayda müdahalenin meşru görülmesini sağlayacak ağırlığa ulaşip ulaşmadığını tespit etmeye katkı sağlar⁶⁸. Ayrıca orantılılık ölçütü bağlamında ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu net bir şekilde ortaya konulmamış olmakla birlikte; ilgili ve yeterli gerekçelerin varlığının gözetilmesi, müdahalenin meşrulaştırılmasında Taraf Devletlere getirilmiş bir yükümlülük olarak görülebilir⁶⁹.

Mahkeme içtihadında sonuca ulaşırken “*dar anlamda orantılılık*” olarak da isimlendirilen dengeleme incelemesi belirgin bir işlev üstlenmektedir⁷⁰. Nitekim Mahkemenin insan haklarının birbirleriyle veya meşru amaçlarla çatışması halinde meseleye “*adil denge*” kriteri üzerinden yaklaşması kayda değer bir durumdur⁷¹. Bununla birlikte ilgili ağırlıklar ve sonuçlar üzerinden bir karara ulaşmaya çalışılırken meseleye bireysel olmayan bir bakış açısı ile yaklaşılmasının, insan haklarına dair taleplerin göreceli niteliğini kavramakta yeterli olmayacağı yönünde eleştirel bir yaklaşım da söz konusudur. Bu yaklaşıma göre toplumsal menfaatlere kişi sayısı gözetilerek daha fazla ağırlık verilmesi azınlıkları güvencesiz bir konumda bırakır⁷². Ayrıca Mahkeme; ülkenin gerçekleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olan ulusal yargılama mercilerinin, menfaatlerin dengelenmesi bakımından uluslararası yargılama mercilerine nazaran daha iyi bir konumda olduğuna dikkat çekmektedir. Bu

⁶⁷ İlgili Mahkeme içtihadı konusunda bkz. Delfi AS v. Estonia, 64569/09, 16/06/2015, § 131; Karácsony and Others v. Hungary, 42461/13, 44357/13, 17/05/2016, §132; NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova, 28470/12, 05/04/2022, §177.

⁶⁸ Gerards, s. 241.

⁶⁹ Steven Greer, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997, s. 15.

⁷⁰ Gerards, s. 243.

⁷¹ Hazar, s. 172.

⁷² Başak Çalı, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, Human Rights Quarterly, 2007, 29(1), 251-270, s. 263.

itibarla ifade özgürlüğü etrafında şekillenen menfaatlerin ulusal yargılama mercilerince Mahkeme içtihadında geliştirilen ilkelere binaen tartışılması halinde, Mahkeme kendi değerlendirmesini ancak güçlü sebepler mevcutsa ulusal makamların değerlendirmesine ikame edebileceğine özellikle dikkat çekmektedir⁷³.

Esasen Mahkeme orantılılık denetimini gerçekleştirirken takdir marjından hareketle, yerel bilgileri ve ikincillik ilkesini gözeterek bireysel ve kamusal yararın tartışılmasında ulusal makamların değerlendirmesine bir noktaya kadar riayet eder⁷⁴. Mahkeme içtihadında ulusal makamlara bırakılan takdir marjının genişliğinin bir dizi faktöre bağlı olduğu belirtilmektedir. Bu faktörler ilgili hakkın niteliği ve birey için taşıdığı önem, müdahalenin niteliği ve izlediği meşru amaç şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷⁵. Bu ekseninde takdir marjının kapsamı belirlenirken; Avrupa konsensüsü, ulusal makamların görece daha iyi bir konumda bulunması ve etkilenen hakkın niteliği göz önünde bulundurulur⁷⁶. Taraf Devletlere bırakılan takdir marjının genişliği ile Mahkeme nezdinde gerçekleştirilen orantılılık denetimi arasında ters orantılı bir ilişkiden bahsetmek mümkündür. Şöyle ki, Taraf Devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmışsa Mahkeme prensip itibarıyla katı bir orantılılık denetimi uygulamaz⁷⁷.

Mahkemenin müdahalenin orantılılığını incelerken dikkate aldığı hususlardan bir diğeri ise cezanın niteliği ve niceliğidir. Her ne kadar *Zemmour* kararında açıkça zikredilmese de Başvurucunun iddialarının, bir noktada kendisine uygulanan yaptırımın caydırıcı etkiye yol açtığı fikrine dayandığı ifade edilebilir. Kamuoyu tartışmalarına atfedilen özel önem düşünüldüğünde ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin muhatabını aşan yansımalarını ayrıca irdelemek gerekir. Dolayısıyla Mahkeme içtihadında Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri bakımından belirgin bir uygulaması olan caydırıcı etki kavramına mercek tutmakta yarar vardır. Esas itibarıyla caydırıcı etki, ifade özgürlüğüne yönelik belirli müdahalelerin sadece birey üzerinde değil, daha geniş bir düzlemde toplumun bütününe yönelik etkileri olduğu düşüncesine

⁷³ Miljević v. Croatia, 68317/13, 25/06/2020, § 58.

⁷⁴ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 14-15.

⁷⁵ Axel Springer SE v. Germany, 8964/18, 17/01/2023, § 36.

⁷⁶ Gerards, s. 172 vd.

⁷⁷ Salihpaşaoğlu, s. 191.

dayanır⁷⁸. Kamuoyunun; “*dördüncü kuvvet*” ve “*kamu bekçisi*” olarak da nitelenen basından bilgi edinmemesi halinde gerek yetkilileri gerekse etkili özel kuruluşları, demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü bağlamında denetleyemeyeceği belirtilmektedir⁷⁹. Bu itibarla caydırıcı etkinin en katı tezahürünün, kamuoyu tartışmalarındaki rolü düşünüldüğünde basın özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar aracılığıyla oluşturulabileceği unutulmamalıdır⁸⁰. Mahkemeye göre orantılılık bakımından, yaptırımın niteliği fark etmeksizin, salt Başvurucu aleyhine bir hüküm kurulmuş olmasının önem arz ettiği haller söz konusudur. Öyle ki ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir gereksiz kısıtlamanın varlığı, ilerleyen süreçte benzer bilgi veya fikirlerin basına konu edilmesini engelleme riskini bünyesinde taşır⁸¹. Keza Mahkeme ifade özgürlüğüne yönelik para cezası içeren bir müdahalenin dahi, görece ılımlı bir nitelik taşımasına rağmen, caydırıcı bir etkiye yol açabileceğine dikkat çekmektedir⁸².

Nitekim *Balaskas* kararında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğüne yönelik cezai müeyyide içeren bir müdahale söz konusu olduğunda uygulanan cezanın niteliği ve ağırlığı, orantılılık açısından kayda değer hususlardır. Karara konu olan olayda, bir yüksek okul müdürü kişisel bloğunda, askeri diktatörlüğe karşı 1973 yılındaki kitlesel öğrenci hareketlerini konu edinen bir gönderi paylaşmıştır. Bu gönderi üzerine Başvurucu yerel bir gazetede, yüksek okul müdürünü Neo-nazi olmakla itham eden bir makale yayınlamıştır. Ardından Başvurucu hakaret davası neticesinde üç aylık hapis cezasına çarptırılmış ve bu ceza ertelenmiştir. Bu bağlamda özel hukuk yollarına ve diğer alternatiflere dikkat çeken Mahkeme cezai mahkumiyetin ciddi bir müdahale olduğunu tespit etmiştir. Keza Mahkeme hakaret davalarında hapis cezası verilmesinin, temel hakların ciddi anlamda zedelendiği nefret söylemi veya şiddete teşvik gibi istisnai durumlar dışında Sözleşme'nin güvence sistemiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bu itibarla Mahkeme somut olayın, kamuoyu tartışması bağlamında yerel çevrede tanınan bir yetkiliye yöneltilen eleştirilere

⁷⁸ Lavrysen, s. 312.

⁷⁹ Trine Baumbach, “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 2018, 6(1), 92-114, s. 93-94.

⁸⁰ Baumbach, s. 113.

⁸¹ *Traustason and Others v. Iceland*, 44081/13, 04/05/2017, § 54.

⁸² *Anatoliy Yeremenko v. Ukraine*, 22287/08, 15/09/2022, § 107. Ayrıca bkz., *Radio Broadcasting Company B92 AD v. Serbia*, 67369/16, 05/09/2023, § 98.

dayandığını ve cezanın ertelenmiş olmasının kamuoyu tartışması üzerindeki caydırıcı etkiyi engellemediğini vurgulamıştır⁸³. Ayrımcılık ve dini nefrete tahrikin demokratik toplum nezdindeki olumsuz yansımaları göz önünde bulundurulduğunda, *Zemmour* kararındaki ilgili müdahalenin caydırıcı etkiye yol açtığından bahsetmek anlamlı olmayacaktır. Yine taraf devlete geniş bir takdir marjı bırakılmış olmasının da bu değerlendirmeyi teyit ettiği söylenebilir. Aksine bir değerlendirme kararda işaret edilen hoşgörüsüzlük çağrılarını bağlamında kesinlikle aşılması gereken sınırları esnetme sonucu doğuracaktır.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütünün muhtevasına ilişkin bu hususların *Zemmour* kararındaki yansımalarını ele almakta yarar vardır. Mahkeme *Zemmour* kararında ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşruluğunu test ederken toplumsal gerginlik düzeyine, bir gruba yönelik kategorik ifadeler ve bunların zarar verme potansiyellerine bütüncül bir perspektifle yer vermiştir. Bu bakımdan başvurucunun gazeteci olmasının kendisine yüklediği ödev ve sorumluluklar bir yönüyle sınırlandırıcı bir faktör olarak ele alınmıştır. Keza terör saldırılarının yaşandığı bir atmosferde dini bir grubu sömürgecilikle itham etmenin ve dinleriyle Fransa arasında bir arasında bir seçim yapmalarını telkin etmenin ayrıştırıcı etkisine ağırlık verilmiştir. Bu noktada, Mahkemenin de işaret ettiği üzere, ilgili beyanların Fransa'da yaşayan Müslümanlar ile diğer vatandaşlar üzerinde çift yönlü bir etkisinin olduğu açıktır. Bu beyanlar Müslüman olmayan Fransızları şayet kendi değerlerini korumak istiyorlarsa Müslümanları reddetmeye, dolayısıyla azınlığa karşılık gelen bu grubu toplumsal alandan soyutlamaya çağırılmaktadır. Mahkemenin bu manzara karşısında bir taraftan kamu yararına tartışmaları diğer taraftan dini bir gerekçeyle ayrımcılığa maruz kalan azınlığın toplumsal bütünlük içerisindeki konumunu dikkate aldığı görülmektedir.

Mahkeme *Zemmour* kararında esas itibarıyla yeterli bir gerekçenin varlığına ve tedbirin orantılı olmasına odaklanmıştır. Bu noktada müdahalenin gerekliliği değerlendirilirken somut olayın bağlamı adeta turnusol işlevi üstlenmiştir. Somut olayın bağlamına atfedilen özel önemin ve göreceli faktörlerin, ülkenin dinamikleriyle doğrudan temas halinde olan ulusal makamların değerlendirmelerine geniş bir takdir marjı bırakılmasını gerektirdiği çıkarımında bulunmak mümkündür. Her ne kadar kabul edilebilirlik incelemesinde 17. madde uygulanmamış olsa da sonuca

⁸³ Balaskas v. Greece, 73087/17, 05/11/2020, § 61.

ulaşırken, bu Maddenin ışığında hareket edilmesi, ayrımcılıkla mücadelenin altının çizilmesi ve Taraf Devlete geniş bir takdir marjının bırakılmış olması birlikte okunduğunda Mahkemenin esnek bir orantılılık denetimine yer verdiği ifade edilebilir. Nitekim Mahkeme dengeleme ölçütünü ayrıntılı bir şekilde uygulamak yerine, hoşgörüsüzlük çağrısı niteliği taşıyan ifadeleri kısıtlamaya yönelik zorlayıcı toplumsal ihtiyaç bağlamında ileri sürülen argümanların ağırlığı ile uygulanan yaptırımın niteliği ve niceliğini azami ceza muvacehesinde incelemekle yetinmiştir.

IV. SONUÇ

İfade özgürlüğü toplumsal ilişkiler ağı bakımından dinamik bir faktördür. Bu faktörü su geçirmez sınırlarla kayıt altına almaya çalışmak gerçekçi olmayacaktır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü sınırsız bir özgürlük addetmek de aynı ölçüde gerçeklikten uzaktır. Aslolan bu sınırların gerek keyfiliğe gerekse toplumsal karmaşaya zemin oluşturmamasıdır. Mahkemeye göre hak ve özgürlüklerin kullanımı ve sınırları bakımından, Sözleşme'nin temel değerleri olarak kabul edilen ayrımcılık yapmama ve hoşgörü özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme içtihatları kanalıyla somutlaştırılmaya çalışılan “Avrupa kamu düzenini” geliştirme ve sürdürme noktasında ifade özgürlüğüne güçlendirilmiş bir koruma alanı sağlayarak bireyleri etkin kılma arayışı Sözleşme'nin asli bir dinamiği olarak ele alınabilir. İfade özgürlüğünü sınırlama rejimi açısından, Sözleşme'de doğrudan yer verilen yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütleri bu yaklaşımın yansımalarıdır. Keza demokratik toplumda gereklilik kavramının içini doldurmak için içtihat kanalıyla geliştirilen orantılılık, dengeleme ve caydırıcı etki kavramları bu bağlamda ele alınabilir. Bu manzara karşısında nefret söyleminin, kategorik olarak ifade özgürlüğün dışında mı bırakılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme içtihadının, bir Taraf Devlet nezdinde nefret söylemi olarak nitelenen ifadelerin farklı görünüşleri ve bağlamı karşısında değişkenlik gösterdiği çıkarımında bulunmak mümkündür. Nitekim *Zemmour* kararında; kategorik bir dışlamaya zemin oluşturan hakların kötüye kullanılması yasağının devreye girebilmesi, hak ve özgürlükleri yok etme amacının açıkça ortada olması şartına bağlanmıştır. Esasen bu yaklaşımın 17. maddenin kabul edilebilirlik incelemesinde devreye sokulmasının yol açtığı giyotin etkisini bertaraf etme amacı taşıdığı söylenebilir.

Kamusal tartışmalar bağlamında çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bir gereği olarak sarsıcı yanlarını da kapsayacak şekilde ifade özgürlüğüne özel önem atfedilir. Ancak hoşgörüsüzlük amacı taşıyan nefret söylemine

güçlendirilmiş bir ifade kategorisi olarak yaklaşılması bir tür paradoksa yol açar. Nefret söylemi bir yönüyle kamuoyu tartışması zemininde ortaya konulsa da diğer yönüyle hoşgörüsüzlük çağrısı niteliği taşır ve ifade özgürlüğünün kesinlikle aşılması gereken bir sınırı olarak değerlendirilir. Dolayısıyla açıkça hak ve özgürlükleri yok etme amacının tespit edilememesi halinde, kamuoyu tartışmasını bir çıkış noktası kabul etmek ve ayrımcı amaç taşıyan söylemlere müdahale bakımından Taraf Devlete geniş bir marj takdir marjı bırakmak alternatif bir yol niteliği taşır. İfade özgürlüğü açısından prensip itibarıyla özel bir korumadan yararlanan basın mensupları tarafından sorumsuzca kullanılan ifadeler bu duruma bir istisna oluşturmaz. Öte yandan Taraf Devlete bırakılan takdir marjının sınırsız bir surette tanınmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla her ne kadar görece esnek bir denetimde olsa, hak eksenli yaklaşımın bir gereği olarak, orantılılık hesaba katılır. Bu noktada azınlıkların konumu ve alternatif tedbirlerin varlığı sonuca ulaşmada etkili faktörler olarak ele alınabilmektedir. Nitekim *Zemmour* kararında, kamu yararı ve bireysel yararın dengelenmesine yönelik bir vurgudan ziyade doğrudan doğruya cezaların niteliği ve niceliği ön plana alınmıştır.

Bütün bu denklemde, *Zemmour* kararında da vurgulandığı üzere, müdahalenin gerekliliği bakımından ihtilaf konusu ifadelerin şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlükle ilişkisi ile zarar potansiyeline ilave olarak ilgili toplumsal bağlam, kümülatif biçimde belirleyici bir işlev üstlenir. Bununla birlikte *Zemmour* kararında nefret söylemi konusunda ayırt edici bir tanıma yer verilmemesi, 17. maddenin saklı tutulduğu, belirsiz bir düzleme karşılık gelmektedir. Nitekim Mahkeme, yukarıda yer vermiş olduğumuz *Norwood* kararı ile *Zemmour* kararı arasındaki değerlendirme farkını açıkça ortaya koyabilecek kriterlere yer vermemiştir. Bu noktada Mahkemenin özellikle ilgili ifadelerin zarar verme potansiyellerini çözümlenmeye katkı sağlayacak netlikte kriterler üzerinden meseleye yaklaşması elzemdir. Bu açıdan somut olayda olduğu gibi canlı yayınların toplum üzerindeki etkisi ile nefret söylemine maruz kalan grubun toplumsal hayattaki konumu, hitap edilen kitlenin benzer söylemler karşısındaki yaklaşımları, sosyal medyanın olası rolü gibi hususlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmalıdır. Benzer şekilde orantılılık değerlendirmesinde cezaların türü ve niteliğine ilişkin hususlar, güçlendirilmiş bir korumadan yararlanan ifade kategorileri ile nefret söylemi bağlamındaki ifadeler açısından farklılık arz edecektir. Mahkeme *Zemmour* kararında bu farka işaret eden bir ölçüte yer vermemiş, somut olayın bağlamı ve ilgili kanun hükmü dairesinde sonuca ulaşmıştır. Bu noktada Mahkemenin alternatif tedbirleri yeterince somutlaştırmaması, caydırıcı etki içeren

müdahalelere zemin hazırlayabilir. Bu itibarla Mahkeme bağlam vurgusuyla yetinmemeli, gerekirse Taraf Devletlerin konuya ilişkin uygulamalarına yer vermelidir. Son olarak *Zemmour* kararında, nefret söylemi bağlamındaki ifadeler ile Taraf Devlete bırakılan takdir marjının genişliği arasındaki ilişkide belirleyici faktörlere detaylı bir şekilde yer verilmemiştir. Sert eleştiri olarak kabul edilmeyen ve ayrımcı bir amaç taşıyan bu ifadelerin takdir marjıyla olan ilişkisinin kapsamlı bir analizine yer verilmesi Taraf Devletlerin bu konudaki müdahalelerinde ve ifade özgürlüğünün korunmasında yol gösterici olacaktır.

KAYNAKÇA

- Baumbach T, "Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 2018, 6(1), 92-114.
- Boyar O, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", in Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* Ankara, 2013, 81-96.
- Buyse A, "Prohibition of the Abuse of the Rights", in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018, 1085-1094.
- Bychawska-Siniarska D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018.
- Çalı B, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", *Human Rights Quarterly*, 2007, 29(1), 251-270.
- Demirbaş T, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19(3), 2693-2701.
- Dilbirliği M, "Din ve İnanç Temelinde Nefret Söylemi: "İslamofobi"" in Muhterem Dilbirliği (ed.), *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ankara, 2021, 40-65.
- Doğru O / Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 1. Bası, Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Ersoy U, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, 9(35), 111-174.
- Gerards J, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 1. Bası Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Göktepe H, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), 7(25), 169-211.

- Gözübüyük Ş/ Gölcüklü F/ Saygılı A, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Greer S, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.
- Hazar Z, İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Karan U, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, (*Karan, İfade Özgürlüğü*).
- Karan U, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Kiska, R, “Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence”, Regent University Law Review, 2012, 25(1), 107-152.
- Küzeci E, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, (71), 174-200.
- Lavrysen L, “System of Restriction”, in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018, 307-330.
- Leach P, Taking a Case to the European Court of Human Right, 4. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Özar S, “Önyargı, Hoşgörüsüzlük ve Nefret Suçları” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 68-81.
- Özkan Duvan A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2, 17-81.
- Rainey B / Wicks E / Ovey C, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Salihpaşaoğlu Y, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Turabi S, "Nefret Söylemi Kavramı ve Unsurları" in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 22-29.

Uslu C, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, (38), 185-202.

Waldron J, The Harm in Hate Speech, Harvard University Press, London, 2012.

<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/471/38/PDF/G1347138.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20ZEMMOUR%20v.%20FRANCE%20-%20%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-225292%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20ZEMMOUR%20v.%20FRANCE%20-%20%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-225292%22%5D%7D) (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

<https://hudoc.ecri.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ecripublicationdate%20descending%22%7D,%22ecriidentifier%22:%5B%22REC-15-2016-015-ENG%22%7D%7D> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

<https://rm.coe.int/09000016800cce48> (Erişim Tarihi: 30.11.2023)

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-5-revised-on-preventing-and-comb/1680a5ae44> (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

<https://rm.coe.int/ecri-sixth-report-on-france-adopted-28-june-2022-published-21-septembe/1680a81883> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955#_ftn2 (Erişim Tarihi: 21.11.2023)

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20

Addressing%20in%20field.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

KARARLAR

- Anatoliy Yeremenko v. Ukraine, 22287/08, 15/09/2022.
Axel Springer AG v. Germany, 39954/08, 07/02/2012.
Axel Springer SE v. Germany, 8964/18, 17/01/2023.
B. v. Switzerland, 78630/12, 20/10/2020.
Balaskas v. Greece, 73087/17, 05/11/2020.
Bavčar v. Slovenia, 17053/20, 07/09/2023.
Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, 40454/07, 10/11/2015.
Delfi AS v. Estonia, 64569/09, 16/06/2015.
Dmitriyevskiy v. Russia, 42168/06, 03/10/2017.
E.S. v. Austria, 38450/12, 25/10/2018.
Georgian Muslim Relations and Others v. Georgia, 24225/19, 30/11/2023.
Guz v. Poland, 965/12, 15/10/2020.
Hurbain v. Belgium, 57292/16, 04/07/2023.
Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, 1413/08, 28621/11, 28/08/2018.
Juszczyszyn v. Poland, 35599/20, 06/10/2022.
Karácsony and Others v. Hungary, 42461/13, 44357/13, 17/05/2016.
Kilin v. Russia, 10271/12, 11/05/2021.
Miljević v. Croatia, 68317/13, 25/06/2020.
NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova, 28470/12, 05/04/2022.
Norwood v. the United Kingdom, 23131/03, 16/11/2004.
P.N. v. Germany, 74440/17, 11/06/2020.
Pařízek v. the Czech Republic, 76286/14, 12/01/2023.
Rabczewska v. Poland, 8257/13, 15/09/2022.
Radio Broadcasting Company B92 AD v. Serbia, 67369/16, 05/09/2023.
Samoylova v. Russia, 49108/11, 14/12/2021.

Sanchez v. France, 45581/15, 15/05/2023.

Skudayeva v. Russia, 24014/07, 05/03/2019.

Taganrog LRO and Others v. Russia, 32401/10, 44285/10, 3488/11...,
07/06/2022.

Traustason and Others v. Iceland, 44081/13, 04/05/2017.

X and Others v. Albania, 73548/17, 45521/19, 31/05/2022.

Zemmour v. France, 63539/19, 20/12/2022.