

AIHS'NİN 10. MADDESİ İŞİĞİNDA NEFRET İÇERİKLİ VE IRKÇI NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI*

Elif KÜZECİ*

Giriş

Çalışmamızın konusunu oluşturan “*nefret içerikli ve ırkçı nitelikli*” ifadeler kanımızca, düşünceyi açıklama özgürlüğü içerisinde özellikli bir yere sahiptir. Bu, öncelikle konunun insan hakları öğretisi açısından oldukça hassas bir konuma sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi insan haklarının gelişim temelleri çok daha önceki dönemlere dayansa da konuya ilişkin asıl büyük atılım II. Dünya Savaşı'nın yarattığı korku ve dehşet ortamı içerisinde gerçekleşmiştir. Savaşın hemen ardından özellikle Avrupa devletlerinde etkisini gösteren bu büyük karamsarlığın kuşkusuz en önemli nedeni Nazilerin başta Yahudiler olmak üzere aşağı gördükleri çeşitli topluluklara karşı gerçekleştirdikleri vahşi eylemlerdir. Batı devletleri bir daha böyle bir olayla karşılaşmamak üzere çalışmalara işte böylesine korku dolu bir ortam içerisinde başlamışlardır.

Bunun son derece doğal bir sonucu olarak, bu dönemde geliştirilen önemli insan hakları belgelerinin hemen hepsinde açık ya da üstü kapalı olarak, bu soruna yönelik endişe hissedilmektedir. Bu anlamda nefret içerikli açıklamalara ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmasının II. Dünya Savaşı sonrası bir fenomen olduğunu söylemek olanaklıdır.¹

* Bu çalışma Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfının düzenlediği KAPANİ-SAVCI İnsan Hakları İnceleme Yarışmasında 2005 yılı birincilik ödülünü almıştır.

¹ Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutioanla Jurisprudence: A Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, C. 24, s. 4, Y. 2003, s. 1525. Ayrıca aynı kaynak için bkz., <http://www.cardozo.yu.edu/cardlrev/pdf/244Rosenfeld.pdf> (son yararlanma: 10 Eylül 2005).

Konu ile ilgili önemli örneklerden biri Birleşmiş Milletler Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin² 19 ve 20.³ maddeleridir. Bir diğer düzenleme ise Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nin⁴ 4. maddesinde yer almaktadır.⁵ Her iki hüküm de nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının yasaklanmasında önemli uluslararası kaynaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Bu belgelere uygun olarak pek çok devlet belirtilen türdeki düşünceleri yasaklayan yasaları iç hukuk düzenlerinin parçası haline getirmişlerdir.⁷

² Belirtilen Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Sözleşmenin düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesinden sonra gelen bu hüküm şöyledir: "1. Her türlü savaş propagandası yasayla yasaklanır. 2. Ayrımcılığa, düşmanlık ve şiddete yol açan ulus, ırk ya da din karşıtlığı yasayla yasaklanır".

⁴ Belirtilen Sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 21 Aralık 1965 tarihinde 2106 A (XX) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵ Sözleşmenin 4. maddesi şöyledir: "Taraf Devletler, belli bir ırkın ya da belli bir renk ya da etnik kökenden kişiler topluluğunun üstünlüğü düşünceleri ya da kuramları üzerine dayalı olan ya da herhangi bir biçimde ırk düşmanlığı ve ayrımcılığı haklı göstermeye ya da geliştirmeye kalkışan bütün propaganda ve bütün örgütlenmeleri کنار ve böyle bir ayrımcılığa yönelik bütün kışkırtma ya da eylemleri yok etmek için ivedi ve olumlu önlemler almayı ve bu amaçla, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan ilkelere ve bu sözleşmenin 5. maddesinde açıkça öne sürülmüş olan haklara gereken saygıyı göstererek, başka önlemlerin yanı sıra; a. Irksal üstünlük ya da düşmanlık temeline dayalı düşüncelerin yayılmasını, ırk ayrımcılığı kışkırtıcılığı ve herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökenden kişiler topluluğuna karşı şiddet eylemi ya da bu gibi eylem kışkırtıcılığına ve ırkçı etkinliklere parasal yardım dahil, herhangi bir yardım sağlamayı, yasalara göre cezayı gerektiren bir suç saydığını ilân eder; b. Irk ayrımcılığını geliştiren ya da kışkırtan örgütleri ve örgütlü ya da başka propaganda etkinliklerini yasa dışı ilân ederek yasaklar ve bu örgütlere ve etkinliklere katılmayı yasaya göre cezalandırılacak bir suç sayar; c. Ulusal ya da yerel resmi makamların ya da kamu kuruluşlarının, ırk ayrımcılığını özendirmesine ya da kışkırtmasına izin vermez". Sözleşmenin bu hükmü hazırlık aşamasında pek çok tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Natan Lerner, "International Definitions of Incitement to Racial Hatred", *New York Law Forum*, s. 14, Y. 1968, s. 54-57.

⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki son dönemde Avrupa'da ırkçı tavırların artış göstermesi AB bünyesinde de konuya ilişkin çeşitli belgelerin kabul edilmesine neden olmuştur. Bu çerçevede kabul edilen önemli belgeler şunlardır: *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildiri*, 11 Haziran 1986; *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Mücadeleye İlişkin Karar*, 29 Mayıs 1990; *Antisemitizm, İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına İlişkin Bildiri*, 25-26 Haziran 1990; *İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildiri*, 9-10 Aralık 1991. Daha geniş bilgi için bkz., Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları no: 89, Ankara 2001, s. 58-62.

⁷ Donald A. Downs, Samuel Nelson, *The Encyclopedia of Democracy*, Haz. Martin Lipset, C. 1, Routledge, Londra 1995, s. 191; David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", *Cardoza Law Review*, s. 8, Y. 1987, s. 445-513; David O. Brink, "Millian Prin-

Ancak bu noktada nefret içerikli düşünce açıklamalarının sınırlandırılması konusunda ABD'nin yaklaşımı ile diğer Batılı devletler ve uluslararası sözleşmelerde görülen yaklaşım arasında ciddi farklılıklar bulunduğu dikkat çekmek gerekir.⁸ Yukarıda da belirttiğimiz gibi Avrupa'nın XX. yüzyılda yaşadığı trajik soykırım ve totalitarizm deneyimi düşünülürken Avrupalı hukukçuların ABD'li meslektaşlarına göre daha kötümser bir tablo çizmeleri şaşırtıcı değildir.⁹ Bu doğrultuda geçtiğimiz yüzyılda Naziler tarafından açığa vurulan nefretin uzun ve tehditkar gölgesi günümüzde Avrupa'da kamusal alanı ve hukuksal politikaları etkilemeye devam etmektedir.¹⁰ Aşağıda da inceleneceği üzere bu gibi düzenlemelerin yapılması çoğu zaman makul gerekçelere dayansa da düşünceyi açıklama özgürlüğünün zedelenmesi tehlikesini de taşıdığı dikkatten kaçmamalıdır.

Bu doğrultuda kanımızca son dönemlerde yaşanan siyasal ve sosyal gelişmeler nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının sınırlandırılmasına ilişkin sorunu tekrar gündemin önemli konularından biri durumuna getirmiştir. Bunda öncelikle yaşanan uluslararası terör

ciples, Freedom of Expression, and Hate Speech", *Legal Theory*, s. 7, Y. 2001, s. 131; örnekler üzerinden bir değerlendirme için bkz., Wojciech Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Çev., M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT, Ankara 2002, s. 273-277; eleştirel bir değerlendirme için bkz., Robert Trager, Dona L. Dickerson, *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Çev., A. Nuri Yurdusev, LDT, Ankara 2003.

⁸ Nitekim ABD, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesinin Anayasası'nın 1. Ek Maddesinden kaynaklanan düşünceyi açıklama özgürlüğü sistemine aykırı olduğu gerekçesi ile sözleşmeye ihtirazı kayıt koymuştur. Bununla birlikte son dönemlerde ABD sisteminde de Avrupa'ya yaklaştığı gözlenmektedir. Özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, daha önce toplumsal destek görmeyen bazı sınırlamacı yaklaşımlar daha açık bir şekilde ortaya kaonulmaya başlamıştır. Bkz., *Silenced*, An International Report On Censorship and Control of The Internet, Eylül 2003, <http://www.privacyinternational.org/survey/censorship>, (son yararlanma: 5 Haziran 2004), s. 129.

⁹ Anthony Lester, "Freedom of Expression", *The European System for the Protection of Human Rights*, haz. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1993, s. 474.

¹⁰ Tarlach Mcgonagle, "Wresting (Racial) Equality From Tolrance of Hate Speech", <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/DULJhatespeech.pdf> (son yararlanma: 15 Ekim 2005), s. 5. Bu makale ayrıca aynı adla *Dublin University Law Journal*, s. 21, s. 21-54'de de yayımlanmıştır.

olaylarının,¹¹ radikal sağın yükselişinin,¹² ulusların sosyal, etnik, dinsel ve kültürel olarak hızla bölünmeye başlamasının¹³ etkisi vardır.

Bunun yanında başta İnternet olmak üzere yeni iletişim teknolojilerinin sınırlanması güç geniş bir özgürlük alanı yaratması da tartışmanın canlanmasına neden olmuştur. Radyo, televizyon, sinema, tiyatro gibi kitle iletişim araçları her zaman ırksal, ulusal, dinsel ya da etnik nefretin tahrik edilmesinde ve bu bağlamda çeşitli karalamaların yapılmasında güçlü araçlar olarak görülmüş, bu nedenle hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çeşitli sınırlamalar getirilmesi yönünde bir ihtiyaç duyulmuştur.¹⁴ Şimdi ayrıca bilgilerin, bu arada nefret içeren ifadelerin de, son derece hızlı bir şekilde yayılmasını sağlayan ve denetlenmesi oldukça güç olan yeni iletişim araçlarının ortaya çıkması sorunun önemini tekrar gündeme taşımıştır.¹⁵

Tam da böyle bir zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin¹⁶ kuruluşuna dayanak olan ve "*İnsan Hakları Avrupa Anayasası*"¹⁷ olarak nitelendirilebilecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁸ sisteminin nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarına yaklaşımını ortaya koymanın birkaç açıdan yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle Avrupa'da özgürlüklerin bekçisi olarak nitelendirilebilecek Mahkemenin hangi durumlarda sınırlamayı kabul ettiğinin anlaşılması düşün-

¹¹ Düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunmasına ilişkin olarak özde ABD'ne oldukça benzer bir yaklaşım sergileyen İngiltere'de bile son dönemde "*dinsel nefreti teşvik*"e karşı bir yasa yürürlüğe girmiştir. Bunun gibi konuya ilişkin pek çok düşünceyi açıklama özgürlüğü davasının da 11 Eylül 2001 saldırıları sonunda ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Craig s. Smith, "Free Speech and Hate Speech: French Ruling Roils The Waters", *New York Times*, (Late Edition (East Coast)), 27 Haziran 2005.

¹² Avrupa'da radikal sağ partilerin son dönemdeki gelişimine ilişkin olarak bkz., Hasan Saim Vural, *Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi*, İletişim, İstanbul 2005.

¹³ Michel Rosenfeld, s. 1566.

¹⁴ Natan Lerner, s. 49.

¹⁵ Bu konuya ilişkin olarak bkz., Chris Wolf, "Hate on the Internet", Doug Isenberg, *The Giga Law (Guide to Internet Law)*, Random House, ABD 2002, s. 248-259.

¹⁶ Bundan sonra kısaca AIHM ya da "*Mahkeme*" olarak söz edilecektir. Ancak 11 Numaralı Protokol yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin oluşturduğu sistemde mahkemenin yanında bir de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bulunması nedeniyle, yalnızca bu komisyonu nitelendirmek amacıyla AIHK kısaltması, bazı yerlerde her ikisini de kapsayacak şekilde "*AIHS'nin öngördüğü organlar*" deyişi kullanılmıştır.

¹⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge, Ankara 2002, s. 213.

¹⁸ Tam adı "*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*" olan bu metinden bundan sonra kısaca AIHS ya da "*Sözleşme*" olarak söz edilecektir.

ceyi açıklama özgürlüğünü yorumlama şekli hakkında önemli ipuçları verecektir. Ayrıca mahkemenin yaklaşımı hakkında bilgi edinilmesi ve bu yaklaşımın değerlendirilmesi kanımızca, başka zeminlerde yürütülen tartışmalara da ışık tutacaktır.

I. NEFRET İÇERİKLİ VE İRKÇİ NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI

Düşünceyi açıklama özgürlüğü anlayışı içerisinde bu türdeki açıklamaların yarattığı sorunu ve AİHS sisteminde konuya nasıl yaklaşıldığını ortaya koyabilmek için öncelikle bu deyimler ile neyin ifade edildiğini açıklamak gerekir. Nefret içerikli söylem genel olarak, “*ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, anti-semitizmi ve hoşgörüsüzlüğü yayan, teşvik eden, destekleyen ya da haklı çıkarmaya çalışan her türlü düşünce açıklaması*”¹⁹ olarak tanımlanabilir.

Kısacası hemen hemen bütün ırkçı ve ırkçılıkla bağlantılı zararlı içerikler, kişilerin kimliğine saldıran diğer açıklamalar deyişin anlamı içerisinde değerlendirilmektedir.²⁰ Bu bağlamda nefret içerikli açıklamalar, cinsiyetler arası ya da dinler arası nefreti ve hoşgörüsüzlüğü savunan ifadeleri de kapsayan bir alanı oluşturmaktadır. Ancak çalışmamızın odak noktasını oluşturan ırkçı söylem, bu alan içinde belki de en çok vurgu yapılan nefret ifadesi türüdür. Bu doğrultuda karşımıza yeni bir tanımlama yapma zorunluluğu çıkmaktadır: *İrkçi söylem nedir?*

XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa tarihinin bir ögesi durumuna gelen²¹ ırkçılık, “*ayrımci gruplar-arası ilişkilerin biyolojik temellerle doğrulanabileceği yanılmamacasına dayanan anti-sosyal inanış ve dav-*

¹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Nefret İçerikli Söylem’e İlişkin Tavsiye Kararı, Rec. No. R. (97)20, (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997, at the 607th meeting of Minister’s Deputies).

²⁰ Tarlach McGonagle, “*Protection of Human Dignity, Distrubition of Racist Content (Hate Speech)*”, Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>, (son yararlanma: 27 Kasım 2004).

²¹ David Miller, Janet Coleman, William Conolly, Alan Ryan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, Çev., Bülent Peker, Nevzat Kıraç, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994, s. 379-383. İrk kelimesi ise Rönesans döneminden beri genel özellikleri ile belirlenmiş hayvan ve insan topluluklarını nitelemek için kullanılmıştır. Bkz., George L. Mosse, *Encyclopedia of the Holocaust*, C. 3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990, s. 1206.

ranişlar"²² olarak tanımlanmaktadır. Irkçı söylem ise bu düşüncelerden hareketle nefreti, hoşgörüsüzlüğü yayan, teşvik eden, haklı çıkarmaya çalışan her türlü açıklamalardır.²³

Bu şekilde genel tanımlamalar yapılabilmesine karşın, uygulamada konunun oldukça sorunlu bir yapı sergilediği söylenebilir. Şöyle ki; farklı ülkelerin ve mahkemelerin, farklı türdeki açıklamalara "*ırkçılık*" başlığı altında yer verdiği görülmektedir. Irkçı açıklamaların koruma kapsamı dışında tutulması ise, demokratik bir toplumda üzerinde durulması gereken bazı konuların tartışılmasının engellenmesi tehlikesini yaratacaktır.²⁴

Bu doğrultuda yukarıda anlamlarına kısaca değindiğimiz ifade türlerinin daha tanımlama aşamasında düşünceyi açıklama özgürlüğü açısından bir sorun yarattığı söylenebilir. Nitekim ırkçı söylemin yasaklandığı ülkelerde, bu söylemin kapsamı geniş yorumlanması durumunda demokratik ölçülere zarar verecek oranda sınırlamalar ile karşılaşılacaktır. Bu noktada tanımlama ve yorumlama yöntemlerinin önemi belirginlik kazanmaktadır.

AİHM'nin kararlarına bakıldığında, konumuzu oluşturan ifade türleriyle ilgili doğrudan ve açık bir tanımlama vermekten kaçınıldığı görülür. Ancak Mahkeme, nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaları temel hak ve özgürlükler bağlamında incelemiş ve, aşağıda inceleneceği üzere, belirli bazı ölçütler çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu ölçütlerin ortaya konulmasının AİHS sisteminde konuya yönelik hassasiyetlerin anlaşılmasını sağlayacağı düşüncesindeyiz.

²² UNESCO tarafından benimsenen bu tanımlama, Siyonizm ve Irkçılık Üstüne Uluslararası Sempozyum, *Siyonizm ve Irkçılık*'tan aktaran, Alâeddin Şenel, *Irk ve Irkçılık Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984, s. 134.

²³ Bu açıklamaların önemi zihinlerde var olan ırkçı düşüncelerin dış dünyaya yansımalarını sağlamalarından kaynaklanmaktadır: "*Irkçılık ... farklılık işaretlerinin (isim, derinin rengi, dinsel ibadet) etrafında eklenen ve koruma ya da ayırım hayalinin (toplumsal bünyeyi arılaştırma, "kendi", "biz" kimliğini her türlü melezleşme, karışma ve istiladan koruma zorunluluğu) zihinsel ürünleri olan söylemlerde, temsillerde ve pratiklerde (şiddet, hor görme, hoşgörüsüzlük, aşağılama, sömürü biçimlerinde) kayıtlıdır*". Etienne Balibar, "*Bir 'Yeni Irkçılık' Var mı?*", Balibar, Wallerstein, *Irk, Ulus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev., Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000, s. 25-26.

²⁴ Raphael Cohen-Almagor, *İfade, Medya ve Etik*, Çev., Nihat Şad, Phoenix Yayınevi, Ankara 2002, s. 26.

II. NEFRET İÇERİKLİ VE İRKÇİ NİTELİKLİ DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARI-DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

AİHS, Avrupa'da insan haklarının korunmasının gerçek anlamda temelini oluşturmaktadır. Sözleşmenin Başlangıç bölümünde de belirtildiği gibi bu hak ve özgürlüklerin sağlanıp korunabilmesi "gerçekten demokratik bir siyasal rejim"i gerektirir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü ile demokrasi anlayışının yakın ilişkisi ise tartışılmazdır: "Düşünceyi açıklama özgürlüğü demokrasiyi, demokrasi düşünceyi açıklama özgürlüğünü gerektirir".²⁵ Bununla bağlantılı olarak sözleşmenin ekseninde "çoğulculuk ve hoşgörü" ikiz değerleri bulunur.²⁶

Bu doğrultuda, AİHS'nin öngördüğü organların yerleşmiş içtihadı uyarınca düşünceyi açıklama özgürlüğü yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen "bilgi" ya da "düşünceler" için değil, hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik toplumun" olmazsa olmaz unsurları içerisinde yer alan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir.²⁷

Bu nedenle nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların da sözleşmenin düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 1. fıkrası²⁸ kapsamında koruma görmesi gerektiği düşünülebilir. Nitekim Komisyon değerlendirmelerinde konumuzu oluşturan içeriklere sahip ifadeleri 10. madde kapsamında incelediğini açıklamaktadır.²⁹

²⁵ Stanley C. Burbaker, *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Seymour Martin Lipset, C. 2, Routledge, Londra 1995, s. 504.

²⁶ Tarlach Mcgonagle, "Council of Europe Approaches and Legal Developments Under The European Convention on Human Rights", *Combating Racially Motivated Crime and Hate Crimes Through Legislation, Roundtable Discussion*, Dublin Castle, 8 Haziran 2005, s. 6.

²⁷ *Zana Türkiye'ye Karşı*, Başvuru no: 18954/91, 25 Kasım 1997, par. 51; *Handyside Büyük Britanya'ya Karşı*, Başvuru no: 5493/72, 7n Aralık 1976 par. 49; *Lingens Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 9815/82, 8 Temmuz 1986, par. 41.

²⁸ Bilindiği gibi bu hüküm şöyledir: "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahaleleri ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir".

²⁹ Bu doğrultuda Holokost'un inkârına ve Antisemitist düşüncelerin de bir inanç olduğuna dayanan ve bu nedenle de 9. maddenin korumasından da yararlanacağına ilişkin iddiaları Komisyon kabul etmemektedir. Bkz., *F.P. Almaya'ya Karşı*, Başvuru no:19459/92, 29 Mart 1993. Bu noktada AİHS'nin 9. maddesinde yer alan "düşün-

AİHS’te nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarına ilişkin doğrudan bir sınırlama bulunmadığını belirtmek gerekir. Ancak sözleşmede de öngörüldüğü gibi demokratik bir toplumda bile düşünceyi açıklama özgürlüğü bütünüyle sınırsız bir alan olarak kabul edilmemektedir³⁰ ve Sözleşme organları, konuya ilişkin tavrını açık bir şekilde ortaya koymuş, bu türdeki ifadeleri düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruma alanı dışında tutmuştur.³¹ sözleşmenin 17. maddesine³² ve/veya 10. maddesinin 2. paragrafında³³ yer alan istisnalara dayanılarak oluşturulan bu yöndeki içtihat, pek çok devletin çeşitli yasalarında yer alan konuya ilişkin yasakların meşru kabul edilmesi sonucunu getirmektedir.

ce” ya da “düşünme” özgürlüğü ile 10. maddede düzenlenen “düşünceyi açıklama özgürlüğü” deyimlerinin kapsamı arasında kesin çizgilerle ayırım yapmak kolay olmasa da, Komisyon ve Mahkeme içtihatları ile önemli bir farklılığın ortaya konulduğunu da belirtmek gerekir. 9. madde kapsamındaki düşünce özgürlüğü, felsefi öğreti bütünlüğüne sahip bir inanç anlamındadır. Bu doğrultuda 9. m.deki anlamıyla “inanç” insel, felsefi ya da ideoloji evrensel değerle ilişkilidir. Bkz., F.P. Almanya’ya Karşı Kararı. 10. maddede ise “anlamı ve kapsamı daha geniş olan ‘kanaat’ veya ‘görüş’, ‘ıçtihat’; ... yani bilgilenme sonucu elde edilen kişisel kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı, ‘fikir’ sahibi olma” durumu söz konusudur. Bkz., Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, 6. Baskı, Ankara 2004, s. 356.

³⁰ Bkz., Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırları”, *AÜSBFD*, s. 57/2, Nisan-Haziran 2002; Ergun Özbudun, Adnan Güriz, Nevzat Toroslu, “Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ocak 1995, C. 3, s. 1, s. 3-7; İlhan F. Akın, *Kamu Hukuku*, İÜY no: 1983, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 391.

³¹ Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10. maddesine İlişkin İçtihat), Çev., Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002, s. 24.

³² 17. madde şu düzenlemeyi getirmektedir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”. Belirtmek gerekir ki hakların kötüye kullanılması yasağı, BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin 30. maddesinde, BM Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin 5. maddelerinde de benzer hükümler yer almaktadır.

³³ 10. maddenin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir: “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

Bu bağlamda nefret içerikli açıklamaların yasaklanmasının gerekli olup olmadığının oldukça önemli bir tartışma alanı oluşturduğunu belirtmek gerekir. Belirtilen türdeki düşünce açıklamalarının yasaklanması gerektiğini savunan yazarlar, bunların toplumda önemli zararlara neden olabileceğine dikkat çekmektedirler: Bunlar, mağdurun da “şiddet”le tepki vermesine neden olabilecekleri gibi, başkalarının şiddet eylemlerine tahrik edilmesi sonucunu da doğurabilirler. Bunun yanında bu tür açıklamalar mağdurun psikolojisini etkileyeceği için başka bir şiddet eylemine gerek olmadan, yalnızca bu açıklamaların yapılması sonucunda bir zarar ortaya çıkabilir. Ayrıca bunların büyük oranda kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıdığı unutulmamalıdır.³⁴ Bu görüşe, yasaklamalarda bulunması durumunda devletin tartışmalarda taraf tutmuş olacağı, bu hakkını kötüye kullanabileceği ve bunun sonucunda da düşünceyi açıklama özgürlüğünün ciddi zararlar göreceği gibi son derece makul gerekçeler ile karşı çıkmaktadır.³⁵

Görüldüğü gibi nefret içerikli açıklamalar düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlarını saptamakta zor sorular ortaya çıkarmaktadır. Bu sorulara yanıt bulmak ve aralarındaki ilişkiyi ortaya koyabilmek için AİHS sistemini incelemek ve değerlendirmek elverişli bir çalışma olacaktır.

III. GENEL OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN DEĞERLENDİRME ÖLÇÜTLERİ

AİHS organları önüne gelen diğer olaylarda yaptığı gibi bu konuya ilişkin kararlarında da başvurunun içeriğinde yer alan özel koşulları bir sistem içerisinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda öncelikle sözleşmeyi ihlâl ettiği ileri süren devlet tarafından bu türdeki açıklamalara getirilen sınırlamanın, sözleşmenin 10/2 hükmü uyarınca bir zorunluluk olarak belirtilen “yasa ile öngörülen” bir sınırlama olup olmadığı incelenmektedir.³⁶ Yasa ile öngörülmesi ve ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik koşullarının gerçekleşmesi durumunda açıklamanın içeriğine, açıklamada bulunanın niyetlerine ve açıklamaya izin verilmesinin olası sonuçlarına göre değerlendirmelerde bulunmaktadır.

³⁴ Wojciech Sandurski, s. 298-335.

³⁵ Eric Barendt, *Freedom of Speech*, 2. Baskı, Oxford, New York 2005, s. 31-34.

³⁶ Mahkeme içtihatları ile bu koşulun anlamı, “hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal (iç) hukukta yasal dayanağın bulunması demektir”. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, s. 375.

AIHS organları nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yasaklanmasına ilişkin yasaların ilgili devletin halkının bir arada ve barış içerisinde yaşaması amacına yöneldiğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda sözleşme organları, ilgili devletin müdahalesinin sözleşmenin 10/2. hükmünde belirtilen "...kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi,... başkalarının şöhret ve haklarının korunması" için başvurulmuş bazı sınırlamalar ve yaptırımlardan oluştuğuna karar vermiştir.

Bu noktada özellikle Nazi ideolojisinin esaslarından etkilenen eylemlerin ilk inceleme aşamasında geri çevrilen başvuruların ana bölümünü oluşturduğunu belirtmek gerekir.³⁷ Bu doğrultuda sözleşmenin 35/3 hükmü³⁸ uyarınca bunlar "açıkça dayanaktan yoksun" sayılarak reddedilmektedir.

AIHM ve AIHK bu türdeki açıklamaları değerlendirirken çoğu zaman kamusal yarar açısından bir karşılaştırma yapmaktadır. Buna göre ilgili yasanın bağlayıcı olduğu ülkenin halkı için kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi ile belirtilen içerikteki ve suç niteliği taşıyan yayınları yapan başvuranın özgürlüğü karşılaştırılmış ve ilkinin sağladığı kamusal yararın daha önemli olduğuna karar verilmiştir.³⁹ Böylece Komisyon, bu türdeki açıklamalara müdahalenin demokratik toplumda "gerekli" olduğu düşüncesini de ortaya koymaktadır.⁴⁰

³⁷ Mcgonagle, "Council of Europe...", s. 9.

³⁸ AIHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrası şöyledir: "Mahkeme, Madde 34 çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuru hakkında, Sözleşme ve onun Protokollerindeki hükümler ile bağdaşmaz, açıkça temelsiz ya da başvuru hakkının bir kötüye kullanımı olduğu değerlendirilmesini yaptığında, kabuledilemez olduğunu açıklayacaktır".

³⁹ Kühnen Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988; Malcolm Lowes Birleşik Krallığa Karşı, Başvuru no: 13214/87; Walter Ochensberger Avusturya'ya Karşı, Başvuru no: 21318/93,2 Eylül 1994; Rebhandl Avusturya'ya Karşı Kararı, Başvuru no: 24398/94,16 Ocak 1996; Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 25992/94,29 Kasım 1995; Honsik Avusturya'ya Karşı, Başvuru No: 25062/94, 18 Ekim 1995.

⁴⁰ Mahkeme içtihatlarına göre "gerekli" sözcüğü "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim" i ifade eder. Bkz., Sunday Times İngiltere'ye Karşı, Başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979 par.59,62. Mahkeme "gereksinim" in varlığını saptarken ülkenin olay anındaki durumu, şikayet konusunun özelliklerini dikkate alacak, kabul edilir şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini inceleyecektir. Bkz., Lingens Avusturya'ya Karşı, Başvuru no: 9815/82, 8 Temmuz 1986. Ayrıca tekrar dikkat çekmek gerekir ki müdahale ancak "demokratik topluma" aykırı düşmemesi durumunda meşru sayılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, s. 377-391.

Mahkeme ayrıca pek çok kararında AİHS'nin 17. maddesine atıfta bulunarak, 10. maddede düzenlenen düşünceyi açıklama özgürlüğünün bu hükme aykırı bir şekilde kullanılmayacağına dikkat çekmiştir.⁴¹ Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının ile düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlanması da, hiçbir topluluk ve hiçbir kişinin sözleşme tanınan hak ve özgürlükleri tahribe yönelik bir etkinlikte bulunma hakkının olmadığı düşüncesinden kaynaklanır.⁴² Sözleşmede yer alan hakları koruma amacına yönelmiş bu hüküm, kişilerin her türlü hak ve güvenceden yararlanmalarını değil, hak ve özgürlükleri yok etmeye olanak tanıyan maddelerden (örneğin 10. maddeden) yararlanılmasını önlemektedir.⁴³

Bu doğrultuda Avusturya'ya karşı yapılan bir başvuruda Komisyon, nasyonal-sosyalizmin, demokrasi ve insan hakları ile bağdaştıramaz bir öğreti olduğuna ve taraftarlarının 17. maddede sözü edilen türde amaç güttükleri, yani "*Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş bir sınırlamaya uğratılmasına yönelik*" bir etkinliğe giriştikleri ya da eylemde bulduklarının şüphesizliğine dikkat çekmiştir.⁴⁴

Ayrıca Komisyon ve Mahkeme bu türdeki açıklamaların, AİHS'nin başlangıç bölümünün 5. paragrafında belirtilen ana değerlerinden, temel özgürlüklerin ancak gerçek bir demokraside en iyi şekilde sürdürülebileceği ilkesine karşıtlık oluşturduğuna, ayrıca yine başlangıç bölümünde yer alan adalet ve barış içinde yaşama ilkesine aykırı bulunduğuna; ırksal, dinsel ayrımcılık yarattığına hükmetmiştir.⁴⁵

AİHS bazı durumlarda da düşünceyi açıklama özgürlüğünü korusa da açıklamanın sonuçlarını korumamaktadır. Örneğin Kosiek'in

⁴¹ Örneğin bkz., *Kühnen Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988.

⁴² *Purcell ve diğ. İrlanda'ya Karşı*, Başvuru no: 15404/89, 16 Nisan 1991.

⁴³ *Lawless İrlanda'ya Karşı (No:3)*, Başvuru no: 332/57, 1 Temmuz 1961.

⁴⁴ *B. H., M. W., H. P. ve G. K. Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 12774/87, 12 Ekim 1989. Belirtmek gerekir ki Holokost'un inkârı da aynı kapsamda değerlendirilmektedir. *Garaudy Fransa'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 65831/01, 24 Haziran 2003.

⁴⁵ *Kühnen Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 12194/86, 12 Mayıs 1988; *Malcolm Lowes Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 13214/87; *Walter Ochensberger Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 21318/93, 2 Eylül 1994; *Rebhandl Avusturya'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 25992/94, 29 Kasım 1995; *Honsik Avusturya'ya Karşı*, Başvuru No: 25062/94, 18 Ekim 1995.

Almanya aleyhine yaptığı başvuru,⁴⁶ amaçları Alman Anayasası'nda belirlenen özgür demokratik sisteme aykırı olarak değerlendirilen, Nasyonal Demokratik Partiye üyeliği nedeniyle işinden atılan bir öğretmeninin durumunu ilişkindir. Bu davada komisyon 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Benzer şekilde belirtilen türde düşünceler taşıdığı ortaya çıkan askerin işten atılması da uygun görülmektedir.⁴⁷ Çünkü böyle bir tutum bu kişinin güvenilir olma sorumluluğu ile bağdaşmamaktadır ve devletin kendini temsil eden kişiler için bazı özel yükümlülükler öngörmeye hakkı vardır. Buna göre kişilerin düşünceyi açıklama özgürlükleri korunsa da bazı durumlarda bunların sonuçları ile yaşamak zorunda olduklarının kabul edildiği söylenebilir.⁴⁸

Bunun yanında komisyon, hapisane gibi düzenin ve disiplinin sağlanmasının çok önemli olduğu kurumlarda yukarıda belirtilen kuralların daha sıkı uygulanabileceğini de kabul etmiştir. Mahkemenin bir mahkumun yasak olmayan ancak Yahudi karşıtı içerikleri bulunan bir yayını almasını engelleyen hapisane yönetiminin tutumunu AİHS 10/2 hükmü uyarınca uygun bulmasında bu yaklaşım kendini açıkça göstermektedir.⁴⁹

IV. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KARŞISINDA HOLOKOST'UN İNKARI

AİHM ve AİHK'nun yukarıda kısaca değindiğimiz yaklaşımına uygun olarak, açık ve doğrudan nefret içerikli açıklamalar genel olarak kabul görmemektedir. Bu türdeki açıklamaların neler olduğunun saptanması da hukuksal olarak olanaklıdır. Ancak bu görüşlere bağlı kalınıp üstü kapalı olarak ifade edilen veya gerçeğe görüş arasındaki çizgiyi belirsizleştirmeye çalışan açıklamalar çok daha ciddi bir sorun ortaya çıkarmaktadır.⁵⁰

Bu noktada özellikle Holokost⁵¹'un inkârı üzerinde durulmalıdır.

⁴⁶ *Kosiek Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 9704/82, k.t.: 28 Ağustos 1986.

⁴⁷ *F.P. Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993.

⁴⁸ Francis G. Jacobs, Robin C. A. White, *The European Convention On Human Rights*, 2. Baskı, Oxford, New York 1996, s. 223-224.

⁴⁹ *Malcolm LOWES Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 13214/87, 9 Aralık 1988.

⁵⁰ Michel Rosenfeld, s. 1557.

⁵¹ Holokost'un inkâr edilmesi kısaca "İkinci Dünya Savaşı sırasında yaklaşık altı milyon Yahudi'nin Nazi katliamına kurban gitmesi gibi bir olayın gerçekleşmediği iddiasıdır".

Özellikle Nazi ideolojisini yansıtan nefret ifadelerine getirilen yasaklar dolayısıyla bu türdeki görüşleri benimseyen kişiler, ırkçı mesajlarını açıklamak için, günümüzde genellikle Holokost'un inkârı gibi yolları seçmektedirler.⁵² Belirtmek gerekir ki yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan saptamalara konu olan başvuruların büyük bir bölümü bu türdeki yayınlarından dolayı, ulusal yasalar uyarınca, suçlu bulunan kişiler tarafından yapılmıştır.⁵³

Holokost'un inkârı nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların "sui generis" bir türüdür⁵⁴ ve beraberinde özellikli bazı tartışmaları getirmektedir. Her şeyden önce, bu kapsamda başvuruda bulunan kişiler ya da kişi toplulukları genellikle açıklamalarının çağdaş tarihle ilgili ifade ve düşünceler olduğunu ileri sürmektedirler.⁵⁵

Bu doğrultuda, eserlerinde dipnotlar kullanarak, üçüncü kişilerin ağzından yazılarını kaleme alarak gerçekçi olmayı ve okuyucularını inandırmayı ummakta,⁵⁶ mutlak gerçeğe ulaşamaz, etkili sorgulama toplumun yararı için taşıyıcıdır, hiçbir olgu karşı çıkıştan bağımsız değildir gibi sloganlarla düşünceyi açıklama özgürlüğünün şemsiyesinden yararlanmaya çalışmaktadırlar.⁵⁷

Ancak bu savlar genel olarak ulusal ve uluslararası yargı organları önünde kabul görmemektedir.⁵⁸ Aynı şekilde bu ifadeler AİHS sistemi

Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, Çev., Ebru Kılıç, İstanbul 2002, s. 7-8; Uriel Tal, *Encyclopedia of the Holocaust*, s. 681.

⁵² Michel Rosenfeld, s. 1525-1526.

⁵³ Örneğin bkz., F. P., *Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993; Rehandl Avusturya'ya Karşı, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; Remer Almanya'ya Karşı, Başvuru no: 25096/94, 6 Eylül 1995.

⁵⁴ Mcgonagle, "Wrestling...", s. 16.

⁵⁵ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı*.

⁵⁶ Robert Angove, *Holocaust Denial and Professional History-Writing*, University of Saskatchewan, Saskatoon 2005, s. iii.

⁵⁷ Mcgonagle, "Wrestling...", s. 16.

⁵⁸ Örneğin İngiltere gündemini uzun süre meşgul eden ve kamu oyunda kısaca "Irving Davası" olarak anılan yargılama sonucunda Mahkeme "Akıllı, sorumluluk sahibi insanlar bu tür tartışmalara girmezler, çünkü en azından Holokost'un kanıtları kuvvetlidir" hükmüne varmıştır. 11 Nisan 2000'de Yargıç Gray tarafından açıklanan kararın tam metnine Internet aracılığı ile şu adresten ulaşılabilir: Bkz., <http://www.nizkor.org/hweb/people/i/irving-david/judgement-08-01.html> (son yararlanma: 20 Kasım 2004). Konuya ilişkin bir diğer önemli değerlendirme ise BM Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Seçmeli Ek Protokolü uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılmıştır. Robert FAURISSON, *Fransa'ya Karşı Kararı*, Com. No. 550/1993, U. N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996). Başvuru

içerisinde de korunmamakta, bu konuya ilişkin başvurular daha ilk inceleme aşamasında reddedilmektedir.⁵⁹ AIHS sisteminin öngördüğü organlar Holokost'un kesin bir tarihsel bilgi olduğunu ve yadsınamayacağını açıklamaktadır.⁶⁰ Nitekim yukarıda belirtilen yargı kararlarının yanında öğretide de pek çok yazar, Holokost'un inkâr edilmesinin tarih olmadığı ve tarihmış gibi tartışılmayacağı görüşündedir.⁶¹

Bu bağlamda AIHM, Chauvy ve diğerlerinin Fransa'ya karşı yaptığı başvuruda⁶² tarihsel tartışmalar ile düşünceyi açıklama özgürlüğü ilişkisini incelemiştir. Mahkeme öncelikle tarihsel gerçeklerin araştırıl-

ran, Nazilerin Yahudileri öldürmek amacı ile gaz odaları kurmadıklarına ilişkin görüşünü yasaklayan bu yasa ile kabul edilemez bir sansür getirildiğinden, tarihsel araştırmanın engellendiğinden, sonuç olarak düşünceyi açıklama ve bilim özgürlüğünün önemli oranda sınırlandığından yakınmaktadır(par. 3.1.) Komitenin değerlendirmesi pek çok açıdan AIHM ile benzerlikler taşımaktadır. Öncelikle düşünceyi açıklama özgürlüğü üzerinde herhangi bir sınırlama yapılabilmesi için bunun yasada öngörülmüş olması; başkalarının haklarına saygı gösterilmesi, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığının ya da genel ahlakın korunması amaçlarından birine yönelmesi ve meşru bir amaca ulaşmak için zorunlu olması gerektiği vurgulanmıştır(par. 9.4). Komite bu kapsamda yaptığı incelemesi içerisinde Bay FAURISSON'un açıklamalarının başkalarının haklarına ve şöhretlerine zarar verdiğine ilişkin ulusal Mahkeme kararını yerinde görmüş ve ilgili yasanın başvurana uygulanmasında Sözleşmenin hükümlerine uygun hareket edildiğine karar vermiştir(par. 9.5). Ayrıca sınırlamaların Yahudilerin, anti-semitist bir ortamın yaratacağı korkulardan uzak, özgürce yaşayabilmeleri için getirildiği yönündeki düşüncesini açıklamıştır(par. 9.6.). Son olarak, yasanın çıkarılış amacının ırkçılık ve anti-semitizm ile mücadele olduğuna dikkat çekerek, buna uygun olarak yapılan düşünceyi açıklama özgürlüğü sınırlanmasının sözleşmenin 19/3 hükmüne uygun olduğu saptanmıştır(par. 9.7.).

⁵⁹ Örneğin bkz., *F. P., Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 19459/92, 29 Mart 1993; *Rebhandl Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 24398/94, 16 Ocak 1996; *Remer Almanya'ya Karşı*, Başvuru no: 25096/94, 6 Eylül 1995.

⁶⁰ Örneğin bkz., *Graudy Fransa'ya Karşı Kararı*, Başvuru no: 65831. Belirtmek gerekir ki bu kararda başvuranın çalışmasının siyasal bir çalışma olduğunu ileri sürdüğü, bu bağlamda siyonizme ve İsrail devletinin siyasasını eleştiren bir bakış açısını taşıdığını; ancak çalışmasının ırkçı ya da Antisemitist içeriği bulunmadığını iddia etmiştir.

⁶¹ Örneğin bkz., Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, s. 70.

⁶² *Chauvy ve Diğerleri Fransa'ya Karşı*, Başvuru no: 64915/01. Karara konu olan olayda başvuran, yayınladığı bir kitapta II. Dünya Savaşı sırasında Fransız direnişi içerisinde yer almış, vatan hainliği ile suçlanmış, ancak suçlu bulunmamış bazı kişiler hakkında bir kitap yazmıştır. Kitabın sonuç bölümünde, bu yargılamada yer alan ifadelerin bazılarının hayal ürünü olabileceğine ilişkin bazı açıklamaların ve bu kişilerin masumiyetlerini sorgulayan soruların bulunması üzerine, adı geçen kişiler hakaret nedeniyle dava açmışlardır. Dava sonucunda başvuranlar tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

masının düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu ve tarihçiler arasında süregelen tartışmaları sonuca bağlamanın Mahkeme'nin görevi olmadığını belirtmiştir.⁶³ Bununla birlikte getirilen sınırlamanın demokratik bir toplum için zorunlu olup olmadığını saptayabilmek üzere bazı incelemelerde bulunması gerektiğini açıklamış ve ilgili kitabın içeriğinin tarihsel yöntemin başlıca kurallarına uymadığına, ayrıca ciddi imaların uygun delillere ve nedensel açıklamalara bağlanmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak mahkemenin kararı 10. maddenin ihlalinin gerçekleşmediği yönünde olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, başvuruya konu olan düşünce açıklamasının Holokost gibi varlığı açıkça bilinen bir konuya ilişkin olmadığına da dikkat çekmiştir.⁶⁴

Gerçekten Holokost'u inkâr eden düşünce açıklamalarının yarattığı sorun, sözleşme sistemi içerisinde o kadar önemli görülmektedir ki, Komisyon belirtilen türdeki düşüncelerin açıklanması "*olasılığı*"ndan hareketle yapılan sınırlamayı bile haklı bulmuştur.

Gerçekten Almanya'da etkinlik gösteren bir siyasal partinin bölge teşkilatı tarafından düzenleneceği ilân edilen bir konferansa, Holokost'u inkâr eden görüşlere sahip oldukları ve Nazi ideolojisini destekledikleri bilinen kişilerin de davet edilmesi üzerine, konferansa ilişkin olarak kamu otoriteleri tarafından konulan şartları ve şartlara uyulmaması durumunda gerçekleştirilen sınırlamaları komisyon yerinde görmüştür.⁶⁵ Belirtilen şartlara göre, konferansı düzenleyen kuruluşun, konuşmalar içerisinde Nazi rejimi altında Yahudilerin yaşadığı eziyetin sorgulanmasını ya da inkâr edilmesini içeren hiçbir ifadede bulunulmamasını güvence altına alması, ayrıca böyle bir konuşma yapılması durumunda da hemen müdahale ederek toplantıyı sona erdirmesi gerekiyordu.

Öte yandan konuya ilişkin katı tutumun neden olabileceği bazı sınırlamalar olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu şekilde ciddi ve bilimsel çalışmaların yapılmasına engel olunabileceği ve devletlerin açılan bu yolla resmi ideolojilerine aykırı gelen görüşlerin dile getirilmesini bütünüyle yasaklayabilecekleri düşünülebilir.

⁶³ A.g.k., par. 69.

⁶⁴ A.g.k., par. 69.

⁶⁵ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern Almanya'ya Karşı Kararı* Başvuru no: 25992/94, 29 Kasım 1995.

Ancak bizim düşüncemize göre böylesine yaklaşımların AİHM önünde büyük olasılıkla kabul görmeyeceği yönündedir. Bunun birincil nedeni çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilerin yaşadığı soykırımın insan hakları öğretisinin gelişimindeki özellikli yeridir. Bu durum mahkemeyi de etkilemiş ve başka hiçbir tür açıklamaya ilişkin olarak görülmeyen oranda bir “*sı-nırlama*” yaklaşımını sergilemesine neden olmuştur.

Bu yaklaşımın başka konulara da yaygınlaştırılacağını düşünmek, mahkemenin genel tutumu dikkate alındığında, en azından yakın gelecek için olanaklı görülmemektedir. İkinci olarak kanımızca mahkemenin değerlendirme sistemi de bu sakıncayı ortadan kaldıracak niteliktedir. Gerçekten yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz gibi, mahkeme her olay için ölçütleri ayrı ayrı değerlendirmekte, bu doğrultuda olaya özgü olguları da dikkate almaktadır.

Bununla birlikte mahkemenin köklerine bu oranda bağlılığı ve Nazi ideolojisi ile ilişkili açıklamalarda takındığı katı tutum, objektifliği konusunda bazı soruları da akla getirmektedir. Örneğin Mahkeme *Gündüz Türkiye'ye Karşı Kararı*'nda⁶⁶ şeriatı savunan ancak şeriatın kurulması için şiddete başvurma çağrısında bulunmayan bir konuşmanın nefret içerikli açıklama olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁷ Oysa Holokost'un inkarına ilişkin açıklamalarda doğrudan bir şiddet çağrısı bulunması gibi bir koşul aranmamakta, yalnızca tarihsel bir gerçeğin inkarı sözleşmenin 10. maddenin 2. fıkrasına, 17. maddesine ve başlangıç bölümünün 5. paragrafına aykırılığın saptanması için yeterli görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki mahkeme bazı özel koşulların varlığı durumunda bu katı tutumunu yumuşatmaktadır. Buna göre mahkeme, açıklama içerisinde bazı dengeleyici ifadelerin bulunması durumunda, diğer koşullar da dikkate alınarak, konuya ilişkin taraflı bir tutumla düşüncelerin dile getirilmesinin düşüncüyü açıklama özgürlüğünün korumasından yararlanabileceğine karar vermektedir.

Mahkemenin bu yaklaşımı, birkaç açıdan önemli olan, *Lehideux ve Isorni Fransa'ya Karşı Kararı*'nda⁶⁸ görülmektedir. Başvuranlar günlük

⁶⁶ *Gündüz Türkiye'ye Karşı*, Başvuru no: 35071/97, 14 Haziran 2004.

⁶⁷ Bkz., a.g.k., par. 51.

⁶⁸ *Lehideux ve Isorni Fransa'ya Karşı*, Başvuru no: 24662/94, 23 Eylül 1998.

“Le Monde” gazetesinde Mareşal Henri Philippe Pétain’in⁶⁹ hayatını ve yaptıklarını olumlu bir değerlendirme ile sunan “Fransız Halkı, Zayıf Bir Hafızanız Var” başlıklı bir ilân yayınlamışlar, bu nedenle de Fransız yasaları uyarınca “savaş ve düşmanla işbirliği suçlarının savunmasını yapmaktan” dolayı cezaya çarptırılmışlardır.⁷⁰

Mahkeme kararında Nazi sempatisini bir siyasanın savunulmasının 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını tekrar etmiştir. Ancak somut olaya konu olan gazete ilânında başvuranlar, “Nazi canavarlığı ve zulmü” ve “Almanların sınırsız gücü ve barbarlığı”ndan duydukları hoşnutsuzluğu açıkça belirtmişlerdir.⁷¹ Bununla birlikte Mahkeme başvuranların Mareşel Pétain’in bunlara katılımına ilânda yer vermeyi özellikle ihmal ettiklerini saptamış, bunun ahlaksal açıdan yerinde görülmemesine karşın, bunlardan hiç bahsedilmemesine ilişkin başka koşulların da dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.⁷²

Bu doğrultuda mahkeme, yayında konu edilen olayların üzerinden kırk yıl gibi uzun bir sürenin geçtiğine işaret etmiş, bu tür sözlerin on, yirmi yıl öncesi ile aynı sertlikle ele alınmasının uygunsuz olacağını saptamıştır.⁷³ Sonuç olarak mahkeme, “özel hukuk yolları ile diğer müdahale ve çürütme yolları olanakları varken, bir ceza mahkumiyetinin ağırlığının” altını çizerek başvuranlara verilen cezanın oransızlığına dikkat çekmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁴

Lehideux ve Isorni Fransa’ya Karşı Kararında mahkemenin dengeleyici ifadelerin yer almasını, nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yaratacağı zararı ortadan kaldıracığı düşüncesini ortaya koyduğu söylenebilir. Ayrıca mahkeme, olayların üzerinden geçen süreye işaret ederek de toplumsal değişiklikleri değerlendirme kapsamına aldığını,

⁶⁹ I. Dünya Savaşı’nın büyük kahramanlarından Mareşel Pétain, (1856-1951) bilindiği gibi II. Dünya Savaşı sırasında Almanlarla işbirliği yapan, anti-semitist bir tutum izleyen Vichy hükümetinin devlet başkanı olarak görev yapmıştır. Savaş sonrasında vatan hainliğinden yargılanarak idam cezasına mahkum edilmiş, ancak yaşı nedeniyle bu ceza müebbet hapse çevrilmiştir. Bkz., “Biography, Marshal Henri Philippe Pétain”, <http://worldatwar.net/biography/p/petain/>, (son yararlanma: 25 Kasım 2004); Alan Parmer, *Dictionary of Twentieth Century History, 1900-1991*, Penguin, 4. Baskı, Londra 1992, s. 325-326.

⁷⁰ Bkz., a.g.k., par.12-23.

⁷¹ Bkz., a.g.k., par.53.

⁷² Bkz., a.g.k., par.54.

⁷³ Bkz., a.g.k., par.55-56.

⁷⁴ Bkz., a.g.k., par.57.

bu anlamda oluşabilecek zararın derecesini “zaman” ölçütüne göre de değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

Ancak mahkemenin olayların üzerinden uzun zaman geçmesini kararında dikkate alması kanımızca hayli ilginçtir. Nitekim AİHM'nin ve AİHK'nun yukarıda değindiğimiz diğer kararlarında böylesine bir değerlendirme ölçütü görülmemektedir. Bizim düşüncemize göre bu karardaki farklılaşma iki nedenden kaynaklanmaktadır. Birincisi, bu karara konu olan olay Nazi rejimi ile yakın ilişkisi bulunan ve şu anda yaşamayan bir kişiye ilişkindir. Mahkeme bu kişiye tekrar itibarını kazandırmaya yönelik açıklamaların günümüz kamusal yaşamına ciddi anlamda bir zarar vermeyeceğini düşünmüş olabilir. Bu birinci neden ikinci olarak yazıda “dengeleyici ifadeler” kullanılması ile güçlenmektedir. Böylece, yazının özellikle Marşal Pétain'in uygulamalarından dolayı mağdur olmuş kişiler üzerinde yaratabileceği potansiyel zarar sınırlanmış olmaktadır.

V. NEFRET İÇERİKLİ VE İRKÇİ NİTELİKLİ DÜŞÜNCELERİN AÇIKLANMASINA ARACILIK ETMEK

Konuya ilişkin oldukça önemli bir karar da bir gazetecinin *Danimarka'ya Karşı* yaptığı⁷⁵ başvuru sonucunda verilmiştir. Bu başvuru Danimarka'daki göçmenlere ve etnik topluluklara ilişkin çirkin ve aşağılayıcı açıklamalarda bulunan “*Yeşil Ceketliler*” adlı bir topluluğun üyeleri ile gerçekleştirdiği röportajı Danimarka Radyosu'nda yayınlanan bir gazeteci tarafından yapılmıştır. Yayın sırasında belirtilen topluluk üyelerinin “*Bir zenci insan değildir, bir hayvandır, bu diğer bütün yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları ve her nasıl adlandırılıyorsa, diğerlerini de içine alır*” gibi ifadeler⁷⁶ kullanmaları nedeni ile başvuran, “*Yeşil Ceketliler*”i ırkçı görüşlerini beyan etmeye teşvik etmesi ve bunları dengeleyecek herhangi bir karşı görüş olmaksızın yayınlaması nedeniyle Danimarka yasaları uyarınca suçlu bulunmuş ve bu karar temyiz mercî tarafından da onaylanmıştır.

⁷⁵ *Jersild Danimarka'ya Karşı*, Başvuru no: 15890/89, 23 Eylül 1994. Belirtilen karar Türkçeye de çevrilmiştir Bkz., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Derleyen ve Yorumlayan, Vahit Bıçak, Kararı Türkçeye Çev., Ahmet Yıldız, *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2002, s. 165-187.

⁷⁶ Bkz., a.g.k., par. 10.

Bu başvuruya ilişkin olarak AİHM'nin verdiği karar birkaç açıdan çok önemlidir. Öncelikle bu başvuruda ilk kez, Nazi sempatisini görüşler barındıran bir düşünce açıklaması AİHM önünde incelenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu türdeki düşünce açıklamalarına dayanan başvurular, daha ilk inceleme aşamasında geri çevrilmektedir. Ancak gazeteci Jersild'in başvurusunu diğerlerinden ayıran bir farklılık bulunmaktadır: Burada belirtilen türdeki düşünceler başvuran tarafından dile getirilmemiştir, o yalnızca gazeteci kimliği ile bu görüşlerin açıklanmasına aracılık etmiştir.

Mahkeme bu kararında da yukarıda belirtilen içtihada atıf yapmakta ve Yeşil Ceketlilerin yargılanmalarına neden olan açıklamaların 10. maddenin korumasından kesinlikle yararlanamayacağını yinelemektedir. Ancak mahkeme, başvuranın programı hazırlama şekli bir bütün olarak incelendiğinde aynı durumun bu kişi için söz konusu olmadığını görüleceği düşüncesindedir.⁷⁷

Mahkeme, bir röportaj sırasında başkaları tarafından dile getirilen görüşlerin yayımına destek olduğu için bir gazetecinin cezalandırılmasının kamu yararı olan konuların tartışılmasında basın katkısını büyük oranda engelleyeceği ve bu şekilde davranmayı gerektirecek önemli sebepler olmadıkça bu yola gidilmemesi gerektiği yönündeki düşüncesini açıklamıştır.⁷⁸ Bunun, büyük oranda demokrasinin işleyebilmesi için gazeteciliğin özerkliğine verilen önemden ve haberciliğe duyulan saygıdan kaynaklandığı söylenebilir.⁷⁹

Mahkeme ayrıca kitle iletişim araçlarının potansiyel gücüne dikkat çekmiş, görsel ve işitsel araçların yazılı basına göre daha etkili olduğuna değinmiş;⁸⁰ ancak bu haber programı bütün olarak incelendiğinde ve objektif bir şekilde değerlendirildiğinde ırkçı görüş ve düşüncelerin propagandasının yapıldığı gibi bir sonuç çıkmayacağına, burada yalnızca ciddi bir kamusal kaygı kaynağı olan bir sorunun çeşitli yönleri ile incelendiğine karar vermiştir.⁸¹

Ayrıca programın açıkça ırksal nefretin desteklenmesinin ve bir ırkın üstünlüğüne dayalı düşüncelerin ahlak dışılığını, tehlikeliliğini

⁷⁷ Bkz., a.g.k., par. 35.

⁷⁸ Bkz., a.g.k., par. 35.

⁷⁹ Mcgonagle, "Council...", s. 9.

⁸⁰ Bkz., a.g.k., par. 31.

⁸¹ Bkz., a.g.k., par. 33.

ve yasa dışılığını yansıtmadığı kabul edilmiştir. Ancak AİHM, ulusal mahkemelerin vurguladığı gibi aşırı görüşlerin dengeleme amacı güdülmeksizin sunulduğu iddiasını da inandırıcı bulmamıştır.⁸²

Mahkemenin düşünce açıklamasında hedef alınan kitlenin yapısına önem verdiğini gösteren başka kararları da bulunmaktadır. Örneğin müstehcen ifadeler konusunda AİHS sistemi içerisinde incelenen ilk başvuruya konu olan *Handyside Birleşik Krallığa Karşı*⁸³ kararında mahkeme, müstehcen nitelikteki açıklamalardan etkilenmeye nispeten daha yatkın bir okuyucu kitlesinin-12, 18 yaş aralığında bulunan çocukların-hedeflenmesini müdahalenin gerekliliğine dayanak olarak görmüştür.⁸⁴

Jersild'in Danimarka'ya karşı yaptığı başvurunun konusunu oluşturan haber programında ise bunun tam tersine, daha az koruma gerektiren, bilgili bir dinleyici topluluğuna yönelik olarak yapılan düşünce açıklamaları söz konusudur. *Otto-Preminger Avusturya'ya Karşı*⁸⁵ kararı ayrı tutulmak üzere mahkemenin rıza göstermiş yetişkinlerin bilgilenebilmesine müdahaleyi genel olarak kabul etmediği söylenebilir.⁸⁶

Bu kararda Mahkeme, AİHS'nin 10. maddesini değerlendirirken 1965 tarihli BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi'ni de dikkate almıştır. Bu doğrultuda mahkeme, AİHS'nin 10. maddesinin BM Sözleşmesi ışığında ırk ayrımcılığına karşı korunma hakkını sınırlayacak, azaltacak ya da ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ancak iki sözleşme arasında kurulan bağlantı bir özet niteliğinin ötesine geçememiştir.⁸⁷

Sonuç olarak mahkemenin kararı, delillerin müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koymaya yeterli olmadığı, özellikle "başkalarının şerefini ya da haklarını koruma" amacıyla orantılı bulunmadığı yönündedir.⁸⁸

⁸² Bkz., a.g.k., par. 34.

⁸³ *Handyside Birleşik Krallığa Karşı*, Başvuru no: 5493/72, 7 Aralık 1976.

⁸⁴ Bkz., a.g.k., par. 52.

⁸⁵ *Otto-Preminger Avusturya'ya Karşı*, Başvuru no: 13470/87, 20 Eylül 1994. Kutsal değerlere hakaret ettiği gerekçesi ile bir filme el konulmasının sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği ileri sürülen bu başvuruda Mahkeme düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁸⁶ Prohibition of Incitement to Hatred Act: 1989, *A Review Submission by the National Consultative Committee on Racism and Interculturalism*, Dublin, Ağustos 2001, s. 16.

⁸⁷ Mcgonagle, "Wrestling...", s. 11

⁸⁸ Bkz., a.g.k., par. 37.

Ancak belirtmek gerekir ki bu karar yediye karşı on iki oyla verilmiştir. Kanımızca karara muhalefet eden üyelerin bulunması şaşırtıcı değildir. Nitekim bu karara kadar bu çeşit ırkçı açıklamalara dayanan başvurular ilk inceleme aşamasında reddedilmiştir. Burada ise başvuruda bulunan kişinin gazeteci kimliğinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu karar, mahkemenin haberlerin ve olayların topluma aktarımına aracılık etmekle görevli basın mensuplarına daha geniş bir özgürlük alanı tanıdığı şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim bir karşı oy yazısında şu ifadeler yer almaktadır:⁸⁹

“Mahkeme, ilk defa geniş bir kişiler topluluğuna “insan olma” keyfiyetini atfetmeyi reddeden ırkçı beyanların yayımına ilişkin bir davayı incelemektedir. ... Yeşil ceketlilerin ‘10. maddenin sağladığı korumadan yararlanamayacakları’ şeklindeki çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Aynı şey bu tür ırkçı ifadeleri destekleyici yorumlarıyla ve onaylarıyla yayan gazeteciler için de geçerlidir. Bu sebeple, açıktır ki, basın özgürlüğüyle diğerlerinin hakları arasındaki hassas dengeyi kurmak zordur. Ancak çoğunluk görüşü, gazetecinin özgürlüğüne ırkçı nefretten zarar görenlerin korunması ile karşılaştırıldığında daha fazla ağırlık vermektedir”.

Bunun yanında başvuru konusu olayda, mahkemenin bu türdeki açıklamaları kabul edilebilir görmesine neden olan dengeleyici ifadelere oldukça sınırlı yer verilmesine karşın çoğunluk görüşünün 10. maddenin ihlali yönünde olmasına da bazı üyeler katılmamıştır. Yargıçlardan Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Ortak Karşı Oy Yazısında bu görüşlerini şu ifadelerle açıklamışlardır:⁹⁰

“Bugün çok sayıda genç insan, hatta nüfusun önemli bir kesimi, hayatın zorlukları, işsizlik ve fakirlik altında kendilerini ezilmiş bulunca, hiçbir ihtiyat payı bırakmadan durumlarını ilişkilendirebilecekleri günah keçileri aramaya aşırı istekli duruma gelmişlerdir; nitekim ki bu önemli bir noktadır, söz konusu yayımdan sorumlu gazeteci, sunduğu görüşlere karşı görüşleri iletmek için hiçbir ciddi girişimde bulunmamıştır ki bu en azından izleyiciler için, eğer etkileri dengelenecekse, yapılması zorunlu olan bir şeydi”.

Kanımızca nefret içerikli ve ırkçı nitelikli düşünce açıklamalarının hedef aldığı toplulukların onurlarının ve kişilik haklarının saldırılardan korunması için bu gibi haberlerde dengeleyici bazı ifadelerin

⁸⁹ Bkz., a.g.k., Yargıçlardan Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou’nun Ortak Karşı Oy Yazısı.

⁹⁰ Bkz., a.g.k., Yargıçlardan Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Ortak Karşı Oy Yazısı.

bulunması gerekir. Ancak bu gereklilik açıklamada bulunan kişi için öngörülen ağırlıkta olmamalıdır. Aksi takdirde büyük bir baskı altında kalacak olan gazeteciler, haberciler görevlerini, yani kamusal ilgi uyandıran konularda düşünce ve bilgi iletimini gereği gibi yerine getiremezler. Unutulmamalıdır ki basın özgürlüğüne saygı, gazetecilerin haber yapma teknikleri açısından özgür olmalarını da gerektirmektedir.

Bir başka anlatımla, nefret içerikli açıklamada bulunan kişinin sorumluluğu ile kitle iletişim araçları ile bunları halkın ilgisine sunan habercilerin sorumluluğu birbirinden ayrılmalıdır. Bu durumda habercinin konuya yaklaşımı her olayın özel koşulları dikkate alınarak değerlendirilecek ve amacının kamunun ilgisine bazı konuları sunmak mı, yoksa bu düşüncelerin yayılmasına yardımcı olmak mı olduğu saptanacaktır. Nitekim yukarıda incelenen kararda Mahkemenin çoğunluk görüşü de bu yöndedir.

Sonuç

Görüldüğü gibi AİHS sisteminde nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamalar özellikle de herhangi bir şekilde Nazi ideolojisine yakın görüşler içermesi durumunda düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruması dışında kalmaktadır. Bu durum AİHS'nin bireylerin onuruna ve azınlıkların haklarına saygıyı düşünceyi açıklama özgürlüğünden daha üstün bir konuma taşıdığına göstergesidir.

Pek çok kararında “*gerçek siyasi demokrasi*”nin önemine işaret eden AİHS organları, çoğu zaman sözleşmenin 17. maddesini de değerlendirme kapsamına alarak toplumların bir arada ve barış içerisinde yaşamalarını bozabilecek açıklamaları yasaklamayı haklı bulmuştur.

Bunun yanında bu türdeki ifadelerin sınırlarını çizilebilir halen sorunludur. AİHM ve AİHK kararları ışığında şöyle bir saptamada bulunulabilir: açıkça Nazi ideolojisini destekleyen ifadeler, benzeri bir sistemi tekrar canlandırma isteğini yansıtan sözler ya da bu rejim altında yaşanan zulmü “*inkâr*” eden açıklamalar kesinlikle AİHS'nin 10. maddesinin koruması dışında kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki AİHM'nin tarihsel köklerine sıkı sıkıya bağlılığı ve bu türdeki ifadelerle ilişkin katı ve taviz vermez tutumu kararlarındaki objektifliğini bir ölçüde de olsa etkilemektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bazı özel durumlarda AİHM'nin bu yaklaşımının değiştiği, yumuşadığı da görülmektedir. Buna göre dengeleyici ifadelerin kullanılması, açıklamanın yapılmasındaki amaç ve doğurduğu sonuçlar da gözetilerek bu türdeki bir ifadenin 10. maddenin 1. fıkrası kapsamı içerisinde görülmesini sağlayabilir. Aynı doğrultuda AİHS sistemi, gazetecilere ve gazetecilik mesleğine de özel önem vermekte ve bu kapsamda kamuyu bilgilendirmek için nefret içerikli ve ırkçı nitelikli açıklamaların yapılmasına aracılık etmeyi düşüncüyü açıklama özgürlüğünün bir parçası olarak değerlendirmektedir. Ancak bunların, mahkemenin objektifliğine ilişkin belirttiğimiz sorunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı kanımızca halen tartışmaya açıktır.

KAYNAKÇA

- Akın, İlhan F., *Kamu Hukuku*, İÜY no: 1983, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Alan Parmer, *Dictionary of Twentieth Century History 1900-1991*, Penguin, 4. Baskı, Londra 1992.
- Angove, Robert, *Holocaust Denial and Professional History-Writing*, University of Saskatchewan, Saskatoon 2005.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Derleyen ve Yorumlayan: Vahit Bıçak, Kararı Türkçe'ye Çev., Ahmet Yıldız, *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara 2002.
- Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat)*, Çev., Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002.
- Balibar, Etienne, "Bir 'Yeni Irkçılık' Var mı?", Balibar, Wallerstein, *İrk, Ulus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev., Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, 2. Baskı, Oxford, New York 2005.
- "Biography, Marshal Henri Philippe Pétain", <http://worldatwar.net/biography/p/petain/>, (son yararlanma: 25 Kasım 2004).

- Brink, David O., "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", *Legal Theory*, S. 7, Y. 2001, s. 119-157.
- Burbaker, Stanley C., *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Seymour Martin Lipset, C. 2, Routledge, Londra 1995.
- Cohen-Almagor, Raphael, *İfade, Medya ve Etik*, çev. Nihat Şad, Phoenix Yayınevi, Ankara 2002.
- Downs, Donald A., Nelson Samuel, *The Encyclopedia of Democracy*, haz. Martin Lipset, C. 1, Routledge, Londra 1995.
- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, 6. Baskı, Ankara 2004.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğünün Sınırları", *AÜS-BFD*, S.57/2, Nisan-Haziran 2002, s. 17-40.
- Jacobs, Francis G.; White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights*, 2. Baskı, Oxford, New York 1996.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge, Ankara 2002.
- Kretzmer, David, "Freedom of Speech and Racism", *Cardoza Law Review*, S. 8, Y. 1987.
- Lerner, Natan, "International Definitions of Incitement to Racial Hatred", *New York Law Forum*, S. 14, Y. 1968, s. 49-59.
- Lester Anthony, "Freedom of Expression", *The European System for the Protection of Human Rights*, haz. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1993.
- Mcgonagle, Tarlach, "Council of Europe Approaches and Legal Developments Under The European Convention on Human Rights", *Combating Racially Motivated Crime and Hate Crimes Through Legislation, Roundtable Discussion*, Dublin Castle, 8 Haziran 2005, 35 s.
- Mcgonagle, Tarlach, "Protection of Human Dignity, Distrubition of Racist Content (Hate Speech)", Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>, (son yararlanma: 27 Kasım 2004).

Mcgonagle, Tarlach, "Wresting (Racial) Equality From Tolrance of Hate Speech, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/DULJ-hatespeech.pdf> (son yararlanma:15 Ekim 2005). Bu makale ayrıca aynı adla *Dublin University Law Journal*, S. 21, s. 21-54'de de yayınlanmıştır.

Miller, David; Coleman, Janet; Conolly, William; Ryan, Alan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, çev. Bülent Peker, Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994.

Mosse, George L., *Encyclopedia of the Holocaust*, C. 3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990.

Özbudun, Ergun, Güriz, Adnan, Toroslu, Nevzat, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ocak 1995, C. 3, S. 1.

Prohibition of Incitement to Hatred Act: 1989, A Review Submission by the National Consultative Committee on Racism and Interculturalism, Dublin, Ağustos 2001, 31 s.

Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust'un İnkâr Edilmesi*, Çev., Ebru Kılıç, İstanbul 2002.

Rosenfeld, Michel, "Hate Speech in Constitutioanla Jurisprudence: A Comparative Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 24, S. 4, Y. 2003, s. 1523-1567. Ayrıca aynı kaynak için bkz. <http://www.cardozo.yu.edu/cardlrev/pdf/244Rosenfeld.pdf> (son yararlanma: 10 Eylül 2005).

Sadurski, Wojciech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Çev., M. Bahattin Seçilmişoğlu, LDT, Ankara 2002. Trager, Robert, Dickerson Dona L., *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Çev., A. Nuri Yurdusev, LDT, Ankara 2003.

Silenced, An Innernational Report On Censorship and Control of The Internet, Eylül 2003, <http://www.privacyinternational.org/survey/cencorship>, (son yararlanma: 5 Haziran 2004).

Smith, Craig S., "Free Speech and Hate Speech: French Ruling Roils The Waters", *New York Times*, (Late Edition(East Coast)), 27 Haziran 2005.

Şenel, Alâeddin, *Irk ve Irkçılık Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984.

Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları no: 89, Ankara 2001.

Vural, Hasan Saim, *Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi*, İletişim, İstanbul 2005.

Wolf, Chris, "Hate on the Internet", Doug Isenberg, *The Giga Law (Guide to Internet LAw)*, Random House, ABD 2002.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Komisyonunun çalışmamız içerisinde yararlanılan bütün kararlarına bu kuruluşun resmi internet sitesi aracılığı ile ulaşılmıştır. Bkz. <http://echr.coe.int>

Abonet Reklamı 1