

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, DİNİN VEYA DİNİ DUYGULARIN
KORUNMASI AMACIYLA SINIRLANABİLİR Mİ?***
(CAN FREEDOM OF EXPRESSION BE RESTRICTED FOR THE PURPOSE OF
PROTECTION OF RELIGION OR RELIGIOUS FEELINGS?)

Tolga Şirin**

ÖZ

İfade özgürlüğü ve din özgürlüğü, demokratik bir toplum düzeninde, oldukça önem taşıyan özgürlüklerdir. Her iki özgürlük de Anayasa'da ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlenmiştir. Bunlardan birinden, kategorik olarak vazgeçilemez. Fakat bazen iki özgürlük arasında çatışma çıkabilir. Bu gibi hallerde, çatışmanın uyumlaştırılması gerekir. Türkiye'de son yıllarda böyle durumlarda, kategorik olarak ifade özgürlüğü aleyhine bir yaklaşım savunulmuşur. Öyle ki; dinin ve dini duyguların korunması adına, ifade özgürlüğünden vazgeçilmekte, adeta dine yönelik eleştiri özgürlüğünün yasaklanması söz konusu olmaktadır. Bu makalede bu sorunun üzerinde durulacak ve din özgürlüğünün "dini" ve "dini duyguları" koruyup korumadığı sorgulanacak ve bu unsurların din özgürlüğü içinde olmadığı savunulacaktır.

Anahtar kelimeler: İfade özgürlüğü, din özgürlüğü, nefret söylemi, hakaret, temel hak çatışmaları

ABSTRACT

The freedom of expression and the freedom of religion are very important freedoms in a democratic society. These freedoms are regulated not only in the international human rights instruments, but also in

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.07.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 21.11.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

the Constitution. None of them are dispensable. However, sometimes some conflicts can arise between them. In such cases, it is necessary to harmonize the conflict. Nevertheless, in the recent years in Turkey, freedom of expression has been categorically ignored in such conflict possibilities and this approach almost forbids the freedom of criticism of religion.

In this paper I am going to focus on the remarkable examples in the recent years regarding this matter and I will question whether “religion” as a institution and “religious feelings” as a spiritual elements are in the scope of freedom of religion.

Keywords: *Freedom of expression, freedom of religion, hate speech, defamation, blasphemy, conflicts of fundamental rights.*

Giriş

İfade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında çatışma olasılıkları, sanılanın aksine çok yaygın değildir. Bu konudaki potansiyel sorun, din özgürlüğünün koruduğu alanın içinde olup olmadığı tartışmalı “din kurumu” ve “dini duyguların”, ifade özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak gündeme getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu tebliğde, anılan sorunun üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken, öncelikle, din özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün 1982 Anayasasındaki durumu aktarılacak; ardından ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında “çatışma” yarattığı düşünülen alanlar sorgulanacaktır.

I. Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü’nün 1982 Anayasasındaki Durumu

1982 Anayasası, birçok Avrupa ülkesine nazaran, oldukça zengin bir temel haklar kataloğuna sahiptir.¹ 177 maddeden oluşan Anayasa’nın 58 maddeden oluşan “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmı, doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklere özgülenmiştir. Fakat temel

¹ Örneğin 1949 tarihli Alman Anayasası, 19 temel hak maddesinden oluşmaktadır. Alman Anayasası’ndaki temel haklar ile ilgili olarak bkz. Bodo Pieroth/Berhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, (Heidelberg: C. F. Müller, 2015).

hakların mevcut olduğu tek kısım bu değildir. Anayasa'nın diğer bölümlerinde de, çok sayıda "temel hak benzeri" düzenleme yer almaktadır.² Ayrıca, Anayasa'nın temel hakların sınırlandırılması sistemine özgü bölümü ve devletin nitelikleriyle ilgili olup, temel haklar için yol gösterici karakter taşıyan bölümü de dikkate alındığında, 1982 Anayasa'nın neredeyse yarısının temel haklara özgülendiği söylenebilir.

1. İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü açısından; 1982 Anayasası'nın bu temel hakka dair güvenceleri çok sayıda maddeye dağılmıştır. Bu hakla ilgili genel bir maddeye (md. 26) yer verilmiş olmasına rağmen; bilim ve sanat (md. 27), basın (md. 28), yayım (md. 29) ve basın araçları (md. 30) için ayrıca özel düzenlemelere (lex specialis) yer verilmiştir. Bunlardan bazıları herhangi bir özel sınırlama nedeni içermemektedir. Örneğin bilim ve sanatı öğrenme, öğretme, açıklama ve araştırma hakkına yönelik herhangi bir sınırlama nedeni yoktur. Bu bakımdan ifade özgürlüğünün bu özel görünümüne yönelik müdahalelerde meşru görülebilecek tek amaç, "zımnî sınırlar öğretisi"nden veya Anayasa 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasından türetilebilecek şekilde, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" olacaktır.³

Genel nitelikteki ifade özgürlüğü düzenlemesi ise şu şekildedir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklan-

² Temel haklar bölümünde yer almamakla birlikte anayasa şikayetine konu edilebilen diğer hükümler için bu kavram (Grundrechtsgleiche Rechte/Quasi-fundamental rights) kullanılır. Bkz. Ibid., s. 89 vd.

³ Anayasa'nın 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasını hatırlatmak gerekirse; "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

maması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

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

Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

Söz konusu madde, büyük ölçüde İHAS’ın 10’uncu maddesi ile uyum görmektedir.

2. Din Özgürlüğü

Din özgürlüğü ile ilgili olarak; öncelikle bu özgürlüğe yol gösterici nitelikteki laiklik ilkesinin, Anayasa’nın çok sayıda maddesinde ve aynı zamanda devletin değiştirilmez nitelikleri arasında yer aldığı görüyoruz.⁴ Bunun yanında; din özgürlüğü, Anayasa’nın 24’üncü maddesinde de düzenlenmiştir:

“Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini ve-

⁴ Laiklik ilkesinin din özgürlüğü ile bütünleşik şekilde ele alınması konusunda bkz. Tolga Şirin/Erkan Duymaz/Deniz Yıldız, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (Ankara: TBB, 2016)

ya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

Bu maddeye bakıldığında *ilk olarak*; din özgürlüğüne içsel alanında yer alan vicdan, dini inanç ve dini kanaat özgürlüklerine tanınan güvencenin; bunları açıklamaya zorlanma, bunlardan dolayı kınanma ve suçlanma yasağı ile de pekiştirildiği görülmektedir.⁵ Bu madde, kaynağını kanonik hukukta bulan⁶, fakat bugün AYM tarafından da kullanılan⁷ “forum internum” (içsel alan) ve “forum externum” (dışsal alan) ikiliğini içermektedir:

İkincisi, madde 24’te, din özgürlüğünün içsel alanına yönelik sınırlama nedenlerine yer verilmediği görülmektedir. Bu durum, din özgürlüğünün içsel alanının “sınırsız olduğu” görüşünün ileri sürülmesine müsaittir.⁸

Üçüncüsü; söz konusu madde, İHAS md. 9’un aksine, “dinini değiştirme özgürlüğü”nü veya BM MSHS’nin 18’inci maddesinde olduğu gibi bunu ima edecek türden bir ifadeyi içermemektedir. Ancak öğretilde, bu maddenin dinini değiştirme özgürlüğünü de içerdiği kabul edilmektedir.⁹ AYM de bu unsuru açıkça içtihadına dahil etmiştir.¹⁰ Dolayısıyla 1982 Anayasası’nın din özgürlüğünün içsel alanına tanıdığı güvencenin uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.

Maddeye, din özgürlüğünün dışsal alanı yönünden bakıldığında ise; ibadet, dinsel ayin, dinsel tören ve dinsel eğitim ve öğretim şeklinde dinsel pratiklere yer verildiği görülmektedir. Madde gerekçesinde ise “inancın gereklerini yerine getirme”den bahsedilmiştir. Uygulamada da hüküm, İHAS md. 9 ve BM MSHS md. 18’i’de yer alan *practice* ve *observance* öğelerini içerecek şekilde anlaşılmaktadır.¹¹ Dolayısıyla din

⁵ Bu yasaklar, Anayasa’nın 15’inci maddesi gereğince; savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi geçerlidir.

⁶ Libero Gerosa, Canon Law, (Münster: LIV Verlag, 2002), s. 157.

⁷ Tuğba Arslan başvurusu, AYM, 2014/256, 25/06/2014, §§ 56 vd.

⁸ Tartışmalar için bkz. Hañan Saim Vural, Türkiye’de Din Özgürlüğü’ne İlişkin Anayasal Güvence, (Ankara: Seçkin Yay., 2013).

⁹ Ibid.; Şirin/Duymaz/Yıldız, ss. 15 vd.

¹⁰ AYM, E.1997/62, K.1998/52, K.T.16/9/1998; Esra Nur Özbey başvurusu, AYM, 2013/7443, 20/05/2015, §§ 47 vd.

¹¹ Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1985/9-596, K. 1986/293, T. 25.5.1986. H.S. Vural da, maddenin getirdiği negatif din özgürlüğünden hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır. Vural, s. 317.

özgürlüğünün dışsal alanına tanınan güvencenin kapsamının da uluslararası insan hakları enstrümanları ile paralellik arz ettiği söylenebilir.

Aktarılan bu paralellik, “sınırlama nedenleri” yönünden geçerli değildir. Maddede İHAS md. 9/2’de yer alan kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması türünden nedenlere yer verilmemiştir. Bunun yerine, “hakkın kötüye kullanılması” ve “geniş sınırlama yasağı”nı düzenleyen md. 14’e atıf yapılmış, ayrıca “Din kültürü ve Ahlak Öğretimi” dersine de yer verilmiştir.

Bu bakımdan İHAS’ta, din özgürlüğünün dışsal alanına yönelik olarak yer alan sınırlama nedenleri, her hangi bir müdahalenin “meşru amacı” olarak kullanılamayacaktır. Özgürlüğün bu alanıyla ilgili tek kayıtlama, az önce de değinildiği gibi, “başkalarının hak ve özgürlükleri” olabilir. Bu sınırlama nedeninin pozitif dayanağı olarak ise Anayasa’nın 12/2’nci maddesi gösterilebilir. Zira; söz konusu hüküm, “temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” diyerek, bütün haklar için “başkalarının hak ve özgürlükleri”ni bir sınırlama nedeni haline getirmiş görünmektedir. Öte yandan, AYM’nin -İHAM’dan esinlenerek- kabul ettiği “zımnî sınırlamalar teorisi” ışığında da bazı ek sınırlar üretilebilir.¹² Fakat Anayasa’nın İHAS’ın 17’nci maddesinden mülhem bulunan, “temel hakları Anayasa’da belirtilenden daha geniş sınırlama yasağı” kuralı, bu teorinin sınırlarını daraltmaktadır.¹³ O halde Anayasa’nın sistematüğinden ek sınırlama nedenleri türetililecekse bile bu sınırlamalar, İHAS’ın düzeyine ulaşmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa’da din özgürlüğünün dışsal alanına, laiklikle kayıtlanmış şekilde daha geniş koruma getirdiği söylenebilir.

¹² “Anayasa’nın 20. maddesinde, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa’nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir.” Bkz. Sevim Akat Eşki, AYM, 2013/2187, 19/12/2013, § 33.

¹³ Bu konuda bkz. Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975, Yargıç Zekia’nın karşıoyu.

Sonuç itibariyle; “Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü’nün Türk Anayasasındaki Durumu” başlığı yönünden bir değerlendirme yapmak gerekirse; 1982 Anayasası’nın, metinsel olarak, uluslararası insan hakları metinlerinden geri kalmadığı, hatta bazı noktalarda (örn. din özgürlüğünün dışsal alanı ve akademik ifade özgürlüğü gibi noktalarda) daha ileri bir güvence getirdiğı söylenebilir. Ayrıca AYM’nin 2014 yılında verdiğı bir kararda yer alan, “İHAM’ın kararlarının iç hukukla çatışması durumunda bu kararların iç hukuku zımnen ilga etmiş sayılacağı” yönündeki hükmü de bu ileri güvenceyi pekiştirmiştir.¹⁴ AYM’nin bu kararı, Türkiye’de sadece Sözleşme’yi değil, İHAM’ın temel hak jurisprudansını da anayasal düzeyde yer alan ve doğrudan uygulanabilir bir referans haline getirmiştir. Bu da anayasadaki temel hakların sahip olduğı güvenceleri ilerleten bir faktördür.

II. İfade Özgürlüğü ile Bir Kurum Olarak Din Arasında Çatışma?

İfade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki çatışmaya uzaktan ve soyut olarak bakıldığında, “ifade” ile “din”in çatışacağı düşünülebilir. Fakat Anayasa’ya daha yakından ve bütünlüklü bakıldığında; böyle bir çatışmanın, gerçekte, anayasanın getirdiğı güvenceler arasında bir çatışma olmadığı görülecektir. Çünkü “dine tanınan koruma” ile “din özgürlüğü koruması” farklı şeylerdir. Anayasa’nın hiçbir yerinde dine referans yapılmadığı gibi, dinlere yönelik herhangi bir koruma da getirilmemiştir. Hatta tam tersine, 1982 Anayasası, birçok Avrupa devletinin anayasasından veya uluslararası insan hakları enstrümanlarından farklı olarak, açıkça laiklik ilkesine yer vermek suretiyle, devletin bir dine dayanmasını yasaklamıştır.¹⁵ Yani Türkiye’de devlet, anayasal açıdan dinsizdir.¹⁶ AYM’nin de laiklik ilkesini yorumladığı bir kararında ifade ettiğı gibi; “kanunlar, dine dayanamaz ve bağlanamaz.”¹⁷ Yani Anayasa’da kişilerin din özgürlüğünden ayrı olarak bir kurum olarak “din”e koruma getirilmediğı gibi, AYM’nin yorumuna göre hukuk düzeninin dine dayandırılması veya ona referanslar taşıması yasaklanmıştır.

¹⁴ Sevim Akat Eşki başvurusu, AYM, 2013/2187, 19/12/2013, §44.

¹⁵ AYM, E. 2008/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 2008/2, T. 30/07/2008

¹⁶ İbrahim Kaboğlu, “Devletin Dinsizleştirilmesi ve AKP”, BirGün, 10/04/2008.

¹⁷ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, T. 07/03/1989.

İfade özgürlüğü maddesinde, bir dine yönelik eleştiriye müdahale edilmesini haklılaştırabilecek bir sınırlama nedeni yoktur. Şöyle ki; Anayasa'nın ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemesinde, İHAS'tan farklı olarak, "genel ahlak" sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Gerçi bu nedene yer verilmesi ihtimalinde dahi, genel ahlak kavramı ile din kavramını aynılaştırmak ve buradan dine yönelik bir koruma türetmek en az üç nedenle mümkün olmazdı:

Birincisi; ahlak kavramı, dinlerin tekelinde olmadığı gibi ondan bağımsız bir anlam taşımaktadır. Şüphesiz ki bir dinin emirleri ile ahlak kuralları kesişebilir. Fakat ahlak kurallarının bu kesişimi, bağlamına göre ateizm, pasifizm, vejetaryenlik gibi farklı inanç ve kanaatlerin temel kabuller ile de gerçekleşebilir. Sadece bu kesişmeden hareketle Anayasa'nın ateizmi, İslamı veya vejeteryanlığı koruduğu sonucuna ulaşılamaz. Anayasa'da devletin herhangi bir dinsel inanç veya kanaat konusunda hem tarafsız, hem de laik bir vurguyla nötral olması tercih edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, bu inanç ve kanaatlerin kendilerini korumamaktadır. Anayasa'nın koruduğu şey, bunlara inanan veya inanmayan kişilerin özgürlükleridir.

İkincisi; eğer "ahlak" ile "din" kavramı aynılaştırılacak olursa; bu durumda genel ahlak ifadesinin de "genel din" şeklinde algılanması gerekecektir. Bu ise meseleyi niceliksel bir alana çeker. Türkiye'de çoğunluğun dini Sünni-İslam'dır. O halde; bu mantıkla, ifade özgürlüğünün, Sünni-İslam'ın kuralları çerçevesinde sınırlandırılacağından bahsetmek gerekecektir. Böyle bir çıkarım ise hem AYM'nin ve İHAM'ın çoğulculuk konusunda oluşmuş ve dezavantajlı kişilerin özel hassasiyetle korunmasına yönelik bulunan içtihatlarına açıkça aykırıdır.¹⁸

Üçüncüsü; din özgürlüğünün kendisinden böyle bir güvence türetilmezken genel ahlak kavramından böyle bir koruma türetmek, Anayasa hükmünün, temel hakların daha geniş sınırlanması amacıyla yorumlanması anlamına gelir. Bu ise Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki "Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla ta-

¹⁸ Bu konuda bkz. Saba Mahmood, "Religious Reason and secular Affect: An Incommensurable Divide?", Talal Asad et. al. (eds.), *Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech*, (University of California Press, Los Angeles, 2009), s. 86. Hülya Dinçer, "Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve 'Dini His'lere Tanınan Koruma", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Köksal Bayraktar'a Armağan*, 2010/1, ss. 1113.

nın temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” şeklindeki yasağa aykırı olacaktır.

Dördüncüsü; din özgürlüğünden ayrı olarak, bir an için tek başına bir değer olarak “din” kurumuna yönelik korumanın meşru olduğu düşünülse bile, bu bağlamda temel hak çatışmasının “gerçek olmayan temel hak çatışması” şeklinde ifade edilmesi gerekecektir. Şöyle ki; gerçek temel hak çatışmaları (*echte Grundrechtskollision/horizontal conflict*), hak kullanan bir kişinin hakkına, doğrudan hak kullanan diğer bir somut kişi lehine müdahale edilip edilmemesi konusudur. Bu gibi hallerde uyumlaştırılması gereken “yatay” bir ilişki vardır. Buna karşın; gerçek olmayan temel hak çatışmalarında (*unechte Grundrechtskollision/vertical conflict*), hak kullanan bir kişinin hakkına, bir hakkın değil, bir kurumun korunması amacıyla müdahalede bulunulur. Bu durumda sınırlama nedeni somut değil, spekülatiftir. İlgili kurumun korunmasından hareketle doğrudan değil, sadece dolaylı bir hak koruması iddiası mevcuttur. Bu gibi hallerde uyumlaştırılması gereken “dikey” çatışma vardır. Çoğu kez bu spekülatif nedenler (örn. bayrağın, Türklüğün, askerliğin korunması gibi) “düşünce suçu” (*Gedankenverbrechen*) kategorisi yaratır. Özgürlükçü bir düzende, bireysel hakların korunmasına dayanmayan sınırlama nedenlerinin minimal düzeyde tutulması gerekir.¹⁹

Dolayısıyla tüm bu nedenlerle ifade özgürlüğü ile din arasında, anayasal düzeyde bir çatışmadan bahsedilemez. Çünkü dinler, bir ifadeye karşı sınırlama getirmek için kullanılabilecek bir anayasal korumaya sahip değildir.

Dolayısıyla az sayıda da olsa, anayasal laikliğin olmadığı bazı Avrupa ülkelerinde de görülen ve ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama getiren *blasphemy* kanunları, 1982 Anayasası’na aykırıdır. Türkiye anayasal

¹⁹ Gerçek/gerçek olmayan, yatay/dikey temel hak çatışmaları konusunda bkz. Peggy Ducoulombier, “Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”, Eva Brems (ed.), *Conflict between Fundamental Rights*, (Antwerp: Intersentia, 2008), ss. 219 vd. Almanca’da bkz. Klaus Stern, *Staatsrecht: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, III/2, München: C. H. Beck, 1994. Türkçe’de farklı kavramlaştırmalarla bkz. Kerem Altıparmak, “Kutsal Değerleri Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, *İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye*, (İstanbul: İletişim Yay., 2007), ss. 73 vd.

düzenindeki, Venedik Komisyonu'nun bu konudaki tavsiyeleri ile uyumlu olan bu durumda bir sorun yoktur.²⁰

Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse; yakın zaman önce basına yansıyan bir haberde Eskişehir'de, The Exploited isimli punk müzik grubunun bir şarkısında yer alan ve Türkçe'de de "Dininizi sinkaf ediyim" anlamına gelen "Fuck your religion" sözlerini duvara yazan üniversite öğrencisine "dini değerleri aşağıladığı" gerekçesiyle hapis cezası verilmesi, ifade özgürlüğüne yönelik, din özgürlüğünü değil, din kurumunun koruma amacıyla yapılan ve anayasal temelden yoksun bir müdahaledir.²¹ Zira burada spesifik bir dinin mensubunun dini duygularına yönelik açık ve yakın bir saldırı dahi yoktur.

III. İfade Özgürlüğü ile "Dini Duygular" Arasında Çatışma?

Dini duygular, metinsel olarak İHAS kapsamında olmadığı gibi, Anayasa'nın da koruması altında değildir. Gerçi Anayasa'nın Başlangıç kısmında "lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" söylenmektedir. Fakat bundan bir temel hak türetilmesi pek mümkün görülmemektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, hâlihazırda ne din özgürlüğü ile ilgili olarak ne de ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak, bu yönde bir tespit olmadığını görüyoruz.

İHAM'ın ise bu konuda –gelgitli de olsa- belirlemeleri vardır. Az önce, İHAM kararlarının kanundan daha üstün bir düzeyde olduğunu söylenmişti. Dolayısıyla İHAM'ın türettiği bir hak, Türkiye'de de gerekli koşulları varsa görece anayasal değerde sayılacaktır. Strazburg organlarının kararlarına baktığımızda; başvuru sahiplerinin "dini duygularının" incindiği iddiasıyla yaptığı hiçbir başvuruda ihlal kararı verilmediğini görüyoruz. Komisyon, *Choudhury v. Birleşik Krallık* kararında, Müslüman başvuru sahibinin, Salman Rushdie ve kitabı *Satanic Verses*'in yayıncısı

²⁰ Venedik Komisyonu'na göre; "Dine hakaret suçu tüm Konsey üyelerinde terk edilmelidir. Nefrete teşvikin kurucu unsur olmadığı durumlarda dinsel duygulara hakaret de suç olmaktan çıkarılmalıdır." Bkz. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred, 17-18 October 2008, Doc. No. CDL-AD(2008)026, § 89.

²¹ Haber için bkz. Radikal Gazetesi, 06/11/2014.

hakkında ceza soruşturulması açılmamasının dini hislerinin ihlali olduğu yönündeki iddiası reddedilmiştir.²² Mahkeme de aynı şekilde *Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka* kararında, Danimarka'daki peygamber karikatürleriyle ilgili olarak Tunus'tan gelen başvuruyu yer yönünden yetki alanı dışında bularak reddetmiş, dini duyguları korumayla ilgili bir tespitte yer vermemiştir.²³ Yani İHAM arşivinde hâlihazırda “dini duygular” için açıkça din özgürlüğünün içsel alanından türetilmiş bir güvenceye odaklanan karar yoktur.²⁴

Buna karşın, “dini duygular”a, din özgürlüğü temelinde değil; fakat ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında yer verilmiştir. Komisyon, *Gay News Ltd ve Lemon v. Birleşik Krallık* kararında madde 10 çerçevesinde yaptığı incelemede *blasphemy* suçunun amacının “yayınlar yoluyla, yurttaşların dini duygularına saldırılmaması hakkını korumak” olduğunu söylemiştir.²⁵ Dikkat edilecek olursa Komisyon'un, bu hakkın, Sözleşme'deki hangi hakkın kapsamında olduğuna dair bir açıklama yapmadığı farkedilecektir. Bu konudaki daha net belirleme, Mahkeme'nin *Otto-Preminger-Intitute v. Avusturya* kararında yapılmıştır. Mahkeme bu kararında, “inananların, madde 9'da güvence altına alınan dini duygularına saygı”dan bahsetmiştir.²⁶ Dolayısıyla doğrudan 9'uncu madde başvurularında bu tür bir belirlemeye yer verilmemişse de, 10'uncu madde başvurularında ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru amacı yönünden bu güvenceye gönderme yapılmıştır. Fakat bu göndermeye yönelik, doktrindeki yaygın eleştiri karşısında Mahkeme geri adım atmış ve sonraki kararlarının hiçbirinde bu denli net bir tespitte bulunmamıştır. Hatta bu vurgu, zamanla silikleşmiştir. Şöyle ki; *Wingrove v. Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, dinsel öğelere müstehcen şekilde yer veren bir filme yönelik müdahalenin başkalarının hak ve özgürlüklerine koruma amacıyla yapıldığı ve bunun “madde 9 tarafından

²² Choudhury v. Birleşik Krallık, İHAM [k.k.], 17439/90, 05/03/1991.

²³ Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka, İHAM [k.k.], 5853/06, 11/12/2006.

²⁴ Françoise Tulkens, “Conflicts between Fundamental Rights: Contrasting Views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights”, *Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society*, (Strasbourg: CoE, 2010), ss. 121 vd.

²⁵ *Gay News Ltd ve Lemon v. Birleşik Krallık*, İHAM, 78710/79 (1982) 5 EHRR, s. 130 Akt. Paul M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press), s. 85

²⁶ *Otto-Preminger-Intitute v. Avusturya*, İHAM, 13470/87 , 20/09/1994, § 47.

sağlanan korumanın amacı ile uyumlu” olduğunu söylemiştir.²⁷ Din özgürlüğü konusunda en tanınmış insan hakları hukuku monografisinin yazarı P. M. Taylor’a göre Mahkeme’nin bunu söylemesi, “inananların dini duygularına saygı” ile “madde 9’da kapsamındaki güvenceler”i eşitlemekten kasıtlı olarak kaçındığını göstermiştir.²⁸ Yine yazara göre bu tespit, Mahkeme’yi, dini duyguların md. 9 kapsamında korumaya sahip olup olmadığı tartışmasına girmekten kurtaran, bilinçli bir tercihin ürünüdür.²⁹ Öte yandan; önce, 4-3 çoğunlukla ihlal olmadığına hükmedilen *İ.A. v. Türkiye*³⁰ kararındaki karşı oylarda ve nihayet hakaret cezasının madde 10 ihlali yarattığı sonucuna ulaşılan *Klein v. Slovakya*³¹, *Aydın Tatlav v. Türkiye*³², *Giniewski v. Fransa*³³ kararında, aynı veya farklı formüle edilmiş cümlelerle, söz konusu ayırım gözetilmiş ve madde 9’da dini hislere koruma tanındığı belirlenmesinden vazgeçilmiştir. Bu verilere bakıldığında; K. Altıparmak’ın İHAM’ın *Otto-Preminger-Institut* içtihadından döndüğü yönündeki savı gerçekçidir.³⁴

Bu kararlara yönelik reaksiyonlara bakıldığında, bunlar siyasal ve hukuksal olarak ikiye ayrılabilir. Türkiye’deki durumu ortaya koymak gerekirse; özellikle dine yönelik eleştirilerin gündeme geldiği hallerde, *Otto-Preminger-Institut* kararının özellikle siyasal alanda fazlasıyla yankı bulduğu ve ilginç şekilde bu kararın ısrarla savunulduğu görülmektedir.³⁵ İHAM’ın diğer kararlarını görmezlikten gelen bu yaklaşım, doğrudan dine yönelik olmasa bile, dindar kişileri incitebileceği düşünülen her türlü söylemin cezalandırılabilir olduğu algısını üretmektedir. Nitekim, birazdan değinilecek olan Fazıl Say, Sevan Nişanyan, Hikmet Çetinkaya/Ceyda Karan vakaları bunun tipik örneklerindedir.

Türkçe hukuk doktrini açısından ise; bu konunun nispeten az sayıda yazar tarafından değerlendirildiği söylenebilir. Bunlardan, 9’uncu

²⁷ Wingrove v. Birleşik Krallık, İHAM, 17419/90 , 25/11/1996, § 48.

²⁸ Taylor, s. 88.

²⁹ Ibid.

³⁰ İ. A. v. Türkiye, İHAM, 42571/98, 13/09/2005, § 32.

³¹ Klein v. Slovakya, İHAM, 72208/01, 31/10/2006 §§ 45- 47

³² Aydın Tatlav v. Türkiye, İHAM, 50692/99, 02/05/2006, § 45.

³³ Giniewski v. Fransa, İHAM, 64016/00 , 31/01/2006 İHAM, § 40.

³⁴ Kerem Altıparmak, “Fazıl Say’ın Tweetleri ve Doğru Sandığımız Yedi Yanlış”, *Bianet*, 19/04/2013. Ayrıca bkz. Lestas, ss. 252 vd.

³⁵ Tüm bunlar için bkz. *ibid.*

maddenin dini duygulara koruma sağladığı yönündeki söyleme ihtiyatlı bir tavırla olumlu yaklaşanlar olduğu gibi; yumuşak veya sert şekilde eleştirel yaklaşanlar da vardır.³⁶ Konuyla ilgili değerlendirme yapan yazarlardan biri de hâlihazırda AYM başkanı olan Zühtü Arslan'dır. Arslan'a göre; "din özgürlüğü, dini duygulara saygı gösterilmesini isteme hakkını da içermektedir ve dinsel saldırılar ve hakaretler karşısında inançların korunması, dinsel barışı korumak için önemli ve olumludur."³⁷ Fakat Z. Arslan bu korumanın, ifade özgürlüğünün alanını daraltmak pahasına yapıldığının altını çizmiş; bunun yol açacağı sorunlardan kaçınmak için, gerçekten de başkalarının haklarının korunmasının söz konusu olup olmadığına ve bu konudaki tehlikenin açık ve mevcut olup olmadığına bakılması gerektiğini söylemiştir.³⁸ Z. Arslan'ın bu değerlendirmesinde kendisinin, *blasphemy* kanunları yoluyla ifade özgürlüğü üzerinde keyfi baskı kurulmasından rahatsızlık duyduğu anlaşılmaktadır. Yazarın bu konudaki hassasiyeti -AYM başkanı olduğu da dikkate alındığında- anlamlı ve değerlidir. Ancak yazarın 2005'te kaleme aldığı yazısından sonra içtihatla, az önce değinilen gelişmelerin yaşandığının burada yeniden altını çizmek gerekir. H. S. Vural'ın dediği gibi bu içtihatların bütününe baktığımızda; (en azından hâlihazırda) madde 9'un, kişilere inançlarından dolayı hassasiyetlerinin incitilmemesi için başkalarının ifade özgürlüğünün sınırlanmasını talep hakkı vermediğini; ancak, ulusal kamu otoritesi bu yönde hareket ettiğinde, din özgürlüğünü bu yolla korumanın ifade özgürlüğünü sınırlamanın meşru gerekçelerinden biri kabul edilebileceği ve ulusal makamların bu konuda geniş ama eleştiriler üzerine daralmakta olan bir takdir marjından yararlanacağını anlıyoruz.³⁹

Bu kaydın yanında, dikkat çekilmesi gereken ek noktalar da bulunmaktadır.

Birincisi; takdir marjı doktrini, İHAM'ın kendine özgü niteliklerinden kaynaklanan bir doktrindir. İHAM'ın uluslararası bir mahkeme olması, ulusal devletlerin egemenlik yetkisine yönelik belirlemelerinde

³⁶ Bu konudaki çalışmalar için bkz. Dinçer, op. cit.; Vural, op. cit.; Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2005), ss. 53 vd.

³⁷ Arslan, s. 57.

³⁸ Ibid., s. 58.

³⁹ Vural, s. 313.

nispeten çekimser olmasına neden olabilir. Öte yandan çok sayıda devletin bir arada olduğu bir sistemde sistemin bütünlüğü ve devamlılığını sağlamak, bazen taraf devletlere belli bir marj bırakılması ile mümkün olmaktadır. Çok tartışmalı konularda, ulusal organların, İHAM'a nazaran yerel sorunları daha iyi tanıyor olması ve bunlara daha yakın olması da bir başka faktördür. Bu ve benzeri nedenler, söz konusu doktrinin ulusal mahkemeler tarafından aynen kullanılmasına izin vermemektedir. İHAM bu takdiri taraf devletlere bırakmıştır. AYM'nin de aradan çekilerek, bu marjı doğrudan doğruya yasama organına bırakması yerinde olmaz. Duruma göre kendisi de bağımsız bir erk olarak kendi belirlemesini yapabilir. Bu belirlemeyi yaparken de baskın dini kültürü değil, çoğulculuğu ve özellikle azınlıkta kalanların dezavantajlı durumunu dikkate alınmalı ve takdir yetkisini bu yönde kullanmalıdır.⁴⁰ Bu, AYM'nin geçmişteki evrensel demokrasiye karşı savunduğu "milli demokrasi tezinin" de düzeltilmesi için bir fırsat olabilir.⁴¹

İkincisi; dinsel duygulara, ifade özgürlüğü aleyhine güvence tanımak, dini ibadet veya dini açıklama gibi din özgürlüğünün dışsal alanına yönelmeyen ve onu ihlal etmeyen, fakat dinsel kalıpları yıkmaya veya tabuları sarsmaya yönelik söylemlerin üzerinde baskı kurar. Gerçekte sadece bir söylemden ibaret olan davranışın, kişilerin iç dünyalarında yıkıcı bir etki yaratması teknik olarak oldukça zordur. İfade özgürlüğünün sınırını, din özgürlüğünün dışsal alanının çok ötesinde bir yerde, yani din özgürlüğünün içsel alanından çizmek gerekli olmadığı gibi, aslında bir tür sansür üretmek anlamına gelecektir; çünkü dini duyguların din özgürlüğünün parçası olduğunu söylemek; din özgürlüğünün varlığını veya yokluğunu, yani ihlal edilip edilmemesini, diğer kişilerin söylemlerine bağlı hale getirmiş olur. Bu durumdan çıkacak anlam, çoğu kez statik nitelikteki dini emirlerin, kamusal alanda neyin konuşulup neyin konuşulmayacağını tespit etmesi anlamına gelir. Oysa laik Türkiye'de kanunlar bile dini emirlere göre çıkartılamazken, bütün bir kamusal tartışmanın dini emirlere göre belirlenmesi haklı görülmez. Dini

⁴⁰ Tüm bunlarla ilgili olarak bkz. Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2013, ss. 359-401.

⁴¹ Bu teze ilişkin olarak bkz. Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bası Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, C. 19, 2002, ss. 148 vd.

hislerin sosyal hayatta veya siyasal hayatta bile dışa vurulması mümkün görünürken⁴²; bu hislerin sosyal ve siyasal hayatta mutlak bir korumadan yararlandığını söylemek tutarsızlık olur. Aksinin kabul edilmesi, mesela bir piyanistin sosyal medyada yazmış olduğu tweetlerden dolayı milyonlarca kişinin iç dünyasında yıkım olduğu şeklinde gerçeklikten uzak sonuçlara ulaştırır. Örneğin **Fazıl Say**'ın, Ömer Hayyam'dan alıntı yaparak yazdığı “İrmaklarından şaraplar akacak diyorsun, cennet-i ala meyhane midir / Her mümine 2 huri vereceğim diyorsun cennet-i ala kerhane midir” şeklindeki tweetinden dolayı, ceza soruşturmasına uğraması, hatta ceza alması gibi çoğulculuktan uzak sonuçlar kaçınılmaz hale gelir.⁴³

Üçüncüsü; dini duyguların ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlama nedeni olarak ortaya çıkması, belirsiz sayıdaki dinin, belirsiz sayıdaki kuralının yaratacağı belirsiz sayıdaki duygunun ifade özgürlüğünün önünde bir engel olarak çıkabilmesi anlamına gelir.⁴⁴ Eğer dinsel duygular bağlamında çoğunluğun mensup olduğu dininin yine çoğunluk üzerinde yarattığı duygular esas alınacak olursa bu, İHAM'ın ve AYM'nin ifade özgürlüğünün “sadece hoş giden veya zararsız ya da tepki yaratmaz sayılan haberler veya fikirler için değil, devlete veya halkın bir kısmına ters düşen, şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerli olduğu”nu ve “çoğulculuğun, hoşgörü ve yeniliğe kucak açmayı gerektirdiği”ni söylediği içtihatlarına aykırı olur.⁴⁵ Nitekim, Türkiye’de sayısı nispeten az olan ateistlerden **Sevan Nişanyan**'ın “bundan yüzlerce yıl önce Allah'la kontak kurduğunu iddia edip bundan siyasi, mali ve cinsel menfaat temin etmiş bir Arap lideriyle dalga geçmek nefret suçu değildir. İfade özgürlüğü denilen şeyin, adeta anaokulu seviyesindeki bir test örneğidir.” şeklindeki yazısı ve bu yazısıyla ilgili olarak katıldığı programda bu söylemi tekrar etmesine yaptırım uygulanmış olması bunun tipik örneğidir.⁴⁶ Bir ateistin peygamberlik konusundaki temel düşüncelerinin özeti olan bu söyleme, inananların duygularını incittiği iddiasıyla

⁴² Bu konudaki doktrin görüşlerinin özeti için bkz. Vural, ss. 135 vd.

⁴³ Örn bkz. İstanbul, 19. Sulh Ceza Mahkemesi, E. 2012/299, K. 2013/424, 15/04/2013.

⁴⁴ George Lestas, “Is There a Right not to be Offended in One’s Religious Beliefs?”, Lorenzo Zucca/Camil Ungureanu (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2012, ss. 250 vd.

⁴⁵ Handyside v. Birleşik Krallık, İHAM, 5493/72, 07/12/1976, § 49; Emin Aydın başvurusu, AYM, 2013/2603, 23/01/2014, §42.

⁴⁶ “Aykırı Sorular” isimli programdaki bu beyanlardan dolayı RTÜK kanala ceza vermiştir. Bkz. RTÜK Kararı, 62/18, T. No. 2012/62, K. No. 18, 14/11/2012.

yaptırım uygulanmasının, zımnen ateist fikirlerin yasaklanmasını sonuçlayacağı açıktır. Ateist görüşlerin kamusal tartışmaya katkı sunmadığı yönünden bir iddianın, demokratik toplum düzeninin temel değerleriyle uyumlu olmadığı da aynı şekilde açıktır.

Dördüncüsü; bu tür fikirlerin yasaklanması üçlü zarar üretmektedir. Yaptırım, bir yandan ifadeyi ileri sürene yönelik bir yasak anlamı taşır. Yaptırım, diğer yandan, bu ifadeye karşı çıkacak kişilerin bu görüş ile tartışmasına engel olmak suretiyle aslında karşı görüşteki kişiler yönünden de olumsuz bir durum yaratır. Zira bir fikrin ifade edilmesi, karşı fikrin de bu fikri çürütmesi için bir imkandır. Yatay şekilde sürdürülen bu polemige devletin müdahil olması, karşı fikirdeki kişileri tâlileştirmekte, hem onları zayıf göstermekte hem de bu polemikte karşı tez üretme imkanlarını ellerinden almaktadır. Örneğin bir ateistin söylemine yaptırım uygulandığında, bir dindarın bu fikirlere karşı görüş ileri sürme imkanı da sınırlandırılmış olmaktadır. Öte yandan bu, o dindarın, görüşlerini devletin müdahalesi olmadan savunamayacağı gibi bir algı oluşturmaktadır. Son olarak ifadenin yasaklanması, bu polemikten beslenecek üçüncü kişilerin ve genel olarak toplumun da cezalandırılması anlamına gelir. Çünkü toplum bu tür bir kamusal tartışmadan mahrum kalacak ve Mill’ci anlamda “fikirler piyasası”nda oluşan monopol, iyi fikirlerin, kötü fikirleri piyasadan elemesine yönelik yarışımı engelleyecektir.⁴⁷

Beşincisi; dinsel duygulara tanınan güvencenin madde 26/2’deki “başkalarının hak ve özgürlükleri” ifadesinden türetilmesi halinde, buradaki hak ve özgürlüklerin Anayasa dışındaki hak ve özgürlükleri de içerdiği anlamı çıkaracaktır. Böyle bir kayıtsız çıkarım ise yine ifade özgürlüğünün önüne sınırsız, hatta özel bir belirleme yapmanın dahi gerekli olmadığı belirsiz bir sınırlamalar demeti çıkaracaktır.⁴⁸ Üstelik böyle bir yorumun, ifade özgürlüğünün, Anayasa’nın öngördüğünden daha

⁴⁷ Fikirler piyasası (marketplace of ideas) konusunda bkz. John Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine Seçme Yazılar*, (İstanbul: Belge Yay., 2014). ABD Yüksek Mahkemesi yönünden bkz. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Türkçe’de bkz. “*Abrams v. United States*”, İrfan Neziroğlu (çev.), Zühtü Arslan (der.), ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2013), ss. 62 vd.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Jacco Bomhoff, “The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights”, Eva Brems (ed.), *Conflict between Fundamental Rights*, (Antwerp: Intersentia, 2008), s. 619 vd.

geniş şekilde sınırlandırılması yasağı öngören 14'üncü (İHAS'ın 17'inci) maddesine aykırılık yaratabileceği de göz ardı edilmemelidir.⁴⁹

Altıncısı; bir an için dinsel hislere güvence getirilmemesinin, onları azınlıkta kalan inanç ve kanaat mensuplarının ırkçı ve ayrımcı söylemler, karşısında korunmasız bırakacağı akla gelebilir. Fakat bu düşünce geçersizdir. Nefret söylemi niteliği taşıyan ifadelerin, tıpkı AİHM'in madde 17'yi kullandığı gibi, Anayasa'nın 14'ncü maddesi çerçevesinde kapsam dışı sayılmasına bir engel yoktur. Devletin nefret söylemlerini cezalandırmamak şeklindeki pratiğine karşı özel yaşama saygı hakkı veya toplantı ve örgütlenme özgürlüğü hakkı gibi haklar ve bu haklar temelinde pozitif yükümlülükler doktrini etkili hale getirilebilir. İHAS'ın 8, 11 ve 14'üncü maddelerinin getirdiği pozitif yükümlülüklerle denk düşen bu güvencelere (özellikle 8'inci maddeye) dayanmak, daha tutarlı ve daha az tartışmalıdır. Çünkü meseleyi din özgürlüğü temelinde kavramanın bazı açmazlara yol açma potansiyeli vardır. Şöyle ki; sistem, aynı zamanda dinden özgür olma ve dine karşı söylem geliştirme güvencelerini de tanımaktadır. Dini hisleri korumak adına dine yönelik söylemlere müdahale etmek, hem dinden özgürlük hakkını hem de dini eleştirme hakkını tartışmalı hale getirecektir. Oysa bu tür bir paradoksun, meselenin kişilik hakları bağlamında ele alınması durumunda ortaya çıkma ihtimali daha düşüktür. Çünkü Sözleşme sisteminde kişilik hakkına (*right to personality*) ek olarak, "kişilikten özgürlük" (*freedom from personality*) veya insanların kişiliklerine karşı söylem geliştirme hakkı türünden bir güvence yoktur.⁵⁰ Hal böyleyken dinlere yönelik eleştirel bir söylem, o dinin mensuplarının kişilik haklarına yönelik bir saldırı içermedikçe serbestlik kazanabilecektir. Ayrıca, eğer bir ifade, çoğunluğun mensup olduğu dine yönelik ise bu durumda o dinin mensuplarından çok, bu söylemi ileri süren kişilerin hassas (*vulnerable*) durumda olduğu göz ardı edilmemelidir. Örneğin Irak Şam İslam Devleti örgütünün Paris'te İslam Peygamberi'nin karikatürü çizildiği için gerçekleştirdiği katliamdan sonra bu konuya dikkat çeken bir karikatürü Cumhuriyet gazetesindeki köşesine taşıyan **Ceyda Karan** ve **Hikmet Çetinkaya**'ya yönelik sosyal medyada başlatılan ırkçı ve cinsiyetçi linç, gazete önünde

⁴⁹ Karş. Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975, Yargıç Zekia'nın karşıoyu.

⁵⁰ Tam tersine, Anayasa'nın 12'nci maddesi, paternalizm tehlikesine rağmen "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." hükmüne yer vermiştir.

ileri sürülen tehditler ve en sonunda verilen ceza, bu konuda dini hislere yönelik devlet korumasından ziyade, ifade özgürlüğünü kullanan öznelere yönelik hassasiyet gösterilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.⁵¹

Yedincisi; bazı ifadelerin kişilerin duygularına yönelik olumsuz etkide bulunması, kendiliğinden temel hak müdahalesi oluşturmaz. İnsanların yoğun hissettiği “duygulara” insan hakkı niteliği kazandırmak ve belli sözlerin o duygular üzerinde kurduğu baskıdan hareketle, insan hakkı niteliği açık olan “ifade özgürlüğü” hakkı üzerinde sınırlama yapmak, insan hakları teorisi açısından da haklılaştırılabilir değildir. Öyle ki birçok insan için “aşk acısı”, kimi zaman insanların intiharı göze alabilecekleri düzeyde ağır duygusal tahribat yaratır. Benzer şekilde yakın dostlar arasındaki bazı davranışlar ve beklenmeyen sözler, diğer birçok müdahaleden ağır hayal kırıklıklarına ve psikolojik olumsuzluklara yol açabilir. Keza bir kişinin doğum gününü unuttuğunuzda bu, o kişi ile olan ilişkinize zarar verebilir. İnsanlar arasındaki ilişkilerde “şu şekilde davranılmalı” veya “şu şekilde davranılmamalı” gibi yönlendirmelerle, aslında ahlaki alanda yer alan bu tür ilişki biçimlerinin devlet tarafından özel olarak düzenlenmesi gerektiğini söylemek, ağır bir müdahaleciliğe kapı aralamak anlamına gelir.⁵²

Sonuç itibariyle, konuya tüm bu yazılanlar ışığında baktığımızda; dini duyguların, Anayasa’nın 90’ıncı maddesi gereğince Türkiye’de de anayasal bir güvenceye sahip olduğunu söylemek mümkün olmamaktadır. Dini duygulara yönelik Anayasa altı düzeyde böyle bir güvence getirilmesi, eğer bir temel hak olan ifade özgürlüğünün korunmasına yönelik yeterli kayıtlar düzenlenmemişse, Anayasa’ya aykırı olacaktır. Anayasa’ya uygunluğu tartışmalı bir hakkın ise anayasal olarak ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ifade özgürlüğü ile çatışması halinde, çatışmanın anayasal hakla çözümlenmesi anlamlı olacaktır.⁵³

⁵¹ Bkz. “Ceyda Karan ve Hikmet Çetinkaya’ya Hapis Cezasının Gerekçeli Kararı Açıklandı”, Cumhuriyet, 16/11/2016

⁵² Lestas, s. 255.

⁵³ Hakların çatışmasının çözümüne ilişkin olarak hiyerarşi argümanı konusunda bkz. Ducoulombier, ss. 217.

IV. “İfade Özgürlüğü” ile “İnancından Dolayı Kınanmama ve Suçlanmama Hakkı” Arasında Çatışma?

İfade özgürlüğü ile din özgürlüğünün içsel alanına tanınan güvence arasındaki esas çatışma, kişilerin inançlarından dolayı “kınanmaması” ve “suçlanmaması” güvenceleri ile bağlantılı olarak gündeme gelebilir. Söz konusu güvenceler, İHAS metninin aksine Anayasa’da açıkça düzenlenmiştir; dolayısıyla, ifade özgürlüğü aleyhine kullanılmaya daha açık bir imkân tanımaktadır.

AYM, bu yasaklardan suçlanma yasağını, içtihadına “baskı kurma yasağı” olarak kavramlaştırarak aktarmıştır.⁵⁴ Bu kavramlaştırma, oldukça yerindedir ve bize bir çıkış yolu sağlamaktadır. Şöyle ki; “baskı kurmak”, hiyerarşi içeren bir şeydir. Baskı altına alacak olan, “erk sahibi” olan egemendir. Dolayısıyla dinsel konulardaki söylemlere yönelik din özgürlüğünün içsel alanından türetilen sınırlamanın, baskı altına alınabilecek veya başka bir ifadeyle hassas (*vulnerable*) olan inanç ve kanaat gruplarına “zarar” yaratabilecek söylemler için geçerli olduğu düşünülmelidir. Böyle bir yoruma göre; dinsel konularla ilgili bir ifadeye, toplumdaki çoğunluk inancına göre veya algısına göre “tehlikeli”, “ahlaka aykırı”, “yanlış” veya “baştan çıkarıcı” olduğu için değil, ancak “zarar” yarattığı gerekçesiyle müdahale edebilmesini sağlar.⁵⁵ Böyle bir zarar olmadıkça, dinsel bir konudaki ifadenin sınırlanmaya tabi olması da mümkün olmayacaktır. ABD Yüksek Mahkemesi’nin içtihatlarındaki “zarar ilkesini” Türk hukukuna uyarlayacak bu yorum, din özgürlüğünün içsel alanındaki “kişilerin inancından dolayı kınanması yasağının” da anayasanın sistematığına ve uluslararası insan hakları belgelerine uyumlu yorumlanmasını sağlar. Şöyle ki; kınama yasağı, dar bir lafzî yorumla yaklaşıldığında, belli bir dinin ritüellerini ve pratiklerini savunan kişilere karşı sert eleştirilerin veya kınamaların bile yasaklanması anlamına gelebilir. Bu ise İHAM’ın demokratik toplumda kırıncı, rahatsız edici, şoke edici fikirlere de tanınan güvence ve din ve vidan özgürlüğünün farklı dinler ve ateistler, agnostikler, kuşkucular veya ilgisizler açısından da önemli bir kazanım olduğu yönündeki içtihatlarına⁵⁶ ve buna kendi kararında yer veren AYM’nin yaklaşımına⁵⁷ aykırı bir durum yaratır.

⁵⁴ Tuğba Arslan başvurusu, § 57.

⁵⁵ Altıparmak, ss. 100 vd.

⁵⁶ Kokkinakis v. Yunanistan, İHAM, 14307/88, 25/5/1993, § 31

⁵⁷ Esra Nur Özbey başvurusu, § 43.

İşte tam da bu nedenle kınama yasağının, “baskı altına alma” kavramıyla bütünleşik şekilde algılanması bu sorunun aşılmasına yardımcı olacağı kanaatindeyim. Yani “kınama yasağı”, “baskı altına alma yasağı”nın bir adım öncesi olarak algılanmalıdır.

Baskı altına alma, sonuçlanmış bir durumdur; yani zarar ortaya çıkmıştır. Oysa kınama, henüz baskı altına almanın gerçekleşmediği bir aşamadır, zarar henüz ortaya çıkmamıştır. Buna rağmen; zarar ilkesi gereği ifadelere, belli bir zarar oluşmadan önce, fakat açık ve yakın bir zarar tehlikesi oluşturması durumunda, müdahale edilmesi mümkün olabilir. İşte meseleye buradan bakıldığında kınama yasağının da “baskı altına alma” konusunda “açık” ve “yakın” bir tehlike yarattığı hallerde gündeme geldiği kabul edilmelidir. Böyle bir yorum, kişilerin inançlarından dolayı baskı altına alınmaları konusunda açık ve yakın bir tehlike oluşmadıkça; “dini inançlarının başkalarının tarafından reddedilmesi olgusuna katlanmaları ve hatta başkalarının kendi inançlarına muhalif görüşlerini kabullenmelerinin” gerekli olmasını sağlar.

Kınama yasağı, dine yönelik söylemler için değil, spesifik bir kişinin belli bir inanca sahip olması/olmaması bağlamında düzenlenmiştir. Yani kınamanın hedefinde bir kişi olmalı ve bu kişi, inancı nedeniyle hedef olmalıdır. Dolayısıyla mesela bir inancı, mensuplarına değinmeksiz kınamak veya çok sert biçimde eleştirmek bu yasak kapsamında görülemez.

Kınamanın ötesine geçen saldırgan eylemlerin, ifade özgürlüğüne dayanarak haklılaştırılmayacağı açıktır. Bu konuda *Karaahmed v. Bulgaria* kararı dikkat çekicidir.⁵⁸ Bu vakada, cami önünde toplanan bir gösteri düzenlemiş, gösteri sırasında da ibadet edenlere saldırmışlardır. Yapılan suç duyurularından ise sonuç alınamamıştır. Bu kararda, görece olarak toplu ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü çatışıyor gibidir⁵⁹; fakat gerçekte durum biraz farklıdır; çünkü İHAM, bu kararda göstericilerin sloganları ve söylemlerinden ziyade saldırgan fiziki eylemlerine odaklanmıştır. Dolayısıyla konuyla en alakalı sayılabilecek vakada dahi din

⁵⁸ Özellikle Öllinger v. Avusturya ve Fáber v. Macaristan kararları dikkate değer olsa da, konuyla en yakın ilişki *Karraahmed v. Bulgaristan* kararında kurulabilir. Bkz. *Karraahmed v. Bulgaristan*, İHAM, 30587/13, 24/02/2015.

⁵⁹ Karara ilişkin bkz. Lourdes Peroni, “*Karaahmed V. Bulgaria: The (In)Visible Racial and Religious Motivation of Violence*”, *Strasbourg Observer*, 27/03/2015.

özgürlüğü ile ifadelerin değil, fiziksel eylemlerin çatışması söz konusu olmuştur. Bu bakımdan salt söylemle ibadet özgürlüğü arasında çıkacak çatışmalar yönünden İHAM içtihatlarının da çok zengin olduğunu söyleyemiyoruz. Fakat, örneğin bir ibadethane önünde ırkçı nitelikte bir bildiri dağıtımının, ibadetin sükunetini engelleyecek nitelik arz etmesi halinde bunun ibadet özgürlüğünün ihlali anlamına geleceğini söylemek zor değildir. Bu ise ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında gerçek bir çatışma oluşturur. Bu tür ihtimallerde din özgürlüğünün dışsal alanı lehine bir sonuca ulaşılmasında sorun yoktur.

Sonuç

Tüm bu anlatılanlardan sonra şu sonuçları ifade edebiliriz:

- İfade özgürlüğü anayasal bir korumaya sahiptir. Normatif olarak Anayasa sistemi bu hakka yönelik yeterli güvenceyi sağlamaktadır.

- Din özgürlüğü anayasal güvenceye sahip olmakla birlikte bu özgürlük, “din” kurumuna bir güvence getirmemektedir. Laiklik gereği, devlet alanı dışında dinin varlığı veya yokluğu devletin ilgi alanında değildir.

- Dini duygulara yönelik korumaya Anayasa lafzından ulaşmak çok kolay değildir. Bu konu uluslararası insan hakları hukukunda da çok tartışmalıdır. Genel olarak “duygu”lara, özel olarak “dinsel duygulara” temel hak koruması sağlanması, zor temellendiği gibi, çok sayıda sorunu beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, söz konusu güvencenin, ifade özgürlüğü gibi net bir temel hak güvencesinin sınırlandırılmasını haklılaştırma potansiyeli oldukça azdır.

- İfade özgürlüğünün “kapsamı” (*Schutzbereich/scope*) içinde görülmediğinde, böyle bir korumaya ihtiyaç da kalmayabilir. Buna karşın dinsel duygulara yönelik koruma, ırkçılık, nefret söylemi vb. saldırıların etkili soruşturulmaması bağlamında gündeme gelebilir; bu gibi hallerde ise özel yaşam/özel gelişim hakkının öne çıkartılması, dezavantajlı grupların daha lehinedir.

- Türkiye’de halihazırda süregelen ifade özgürlüğü sorunları, “dinsel duygulara yönelik koruma” referansı ile daha da derinleşmekte, dinsel eleştiri özgürlüğü bozulmaktadır. Bu konuda AYM’nin çoğulculuk temelinde ve azınlık/çoğunluk, hakim olma/dezavantajlı olma bağlamlarını dikkate alan ve yol gösteren ilke kararı almasına ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK Kerem, “Fazıl Say'ın Tweetleri ve Doğru Sandığımız Yedi Yanlış”, *Bianet*, 19/04/2013.

ALTIPARMAK Kerem, “Kutsal Değerleri Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, *İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye*, (İstanbul: İletişim Yay., 2007).

ARSLAN Zühtü (der.), *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2013).

ARSLAN Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2005).

ARSLAN Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bası Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, C. 19, 2002.

BOMHOFF Jacco, “The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights”, *Eva Brems (ed.), Conflict between Fundamental Rights*, (Antwerp: Intersentia, 2008).

DİNÇER Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve ‘Dini His’lere Tanınan Koruma”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Köksal Bayraktar’a Armağan*, 2010/1.

DUCOULOMBIER Peggy, “Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”, *Eva Brems (ed.), Conflict between Fundamental Rights*, (Antwerp: Intersentia, 2008).

GEROSA Libero, *Canon Law*, (Münster: LIV Verlag, 2002).

KABOĞLU İbrahim, “Devletin Dinsizleştirilmesi ve AKP”, *BirGün*, 10/04/2008.

LESTAS George Lestas, “Is There a Right not to be Offended in One’s Religious Beliefs?”, *Lorenzo Zucca/Camil Ungureanu (eds.), Law, State and Religion in the New Europe*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2012.

MAHMOOD Saba, “Religious Reason and secular Affect: An Incommensurable Divide?”, *Talal Asad et. al. (eds.), Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech*, (University of California Press, Los Angeles, 2009).

MILL John Stuart, Özgürlük Üzerine Seçme Yazılar, (İstanbul: Belge Yay., 2014).

PIEROTH Bodo Pieroth/Berhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, (Heidelberg: C. F. Müller, 2015).

PERONI Lourdes, “Karaahmed v. Bulgaria: The (In)Visible Racial and Religious Motivation of Violence”, Strasbourg Observer, 27/03/2015.

STERN Klaus, Staatsrecht: Allgemeine Lehren der Grundrechte, III/2, München: C. H. Beck, 1994.

ŞİRİN Tolga /Erkan Duymaz/Deniz Yıldız, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (Ankara: TBB, 2016).

ŞİRİN Tolga, “Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı”, Anayasa Hukuku Dergisi, C.2, S.4, 2013.

TULKENS Françoise, “Conflicts between Fundamental Rights: Contrasting Views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights”, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society, (Strasbourg: CoE, 2010).

(VURAL) Hasan Çaim Vural, Türkiye’de Din Özgürlüğü’ne İlişkin Anayasal Güvence, (Ankara: Seçkin Yay., 2013).

KARARLAR

Aydın Tatlav v. Türkiye, İHAM, 50692/99, 02/05/2006.

AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, T. 07/03/1989.

AYM, E. 2008/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 2008/2, T. 30/07/2008.

AYM, E.1997/62, K.1998/52, K.T.16/9/1998.

Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka, İHAM [k.k.], 5853/06, 11/12/2006.

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

Choudhury v. Birleşik Krallık, İHAM [k.k.], 17439/90, 05/03/1991.

Esra Nur Özbey başvurusu, AYM, 2013/7443, 20/05/2015.

Gay News Ltd ve Lemon v. Birleşik Krallık, İHAM, 78710/79 (1982)

Giniewski v. Fransa, İHAM, 64016/00, 31/01/2006.

Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975.

- Golder v. Birleşik Krallık, İHAM, 4451/70, 21/02/1975.
Handyside v. Birleşik Krallık, İHAM, 5493/72, 07/12/1976.
Emin Aydın başvurusu, AYM, 2013/2603, 23/01/2014.
İ. A. v. Türkiye, İHAM, 42571/98, 13/09/2005.
İstanbul, 19. Sulh Ceza Mahkemesi, E. 2012/299, K. 2013/424, 15/04/2013.
Karrahmed v. Bulgaristan, İHAM, 30587/13, 24/02/2015.
Klein v. Slovakya, İHAM, 72208/01, 31/10/2006.
Kokkinakis v. Yunanistan, İHAM, 14307/88, 25/5/1993.
Otto-Preminger-Intitute v. Avusturya, İHAM, 13470/87, 20/09/1994.
RTÜK Kararı, 62/18, T. No. 2012/62, K. No. 18, 14/11/2012.
Sevim Akat Eşki başvurusu, AYM, 2013/2187, 19/12/2013.
Tuğba Arslan başvurusu, AYM, 2014/256, 25/06/2014.
Wingrove v. Birleşik Krallık, İHAM, 17419/90, 25/11/1996.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1985/9-596, K. 1986/293, T. 25.5.1986.