

# İHAM KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DİNİ HİSLERİN KORUNMASI HAKKININ ÇATIŞMASI SORUNU\*

(THE PROBLEM OF CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND  
RIGHT TO PROTECTION OF RELIGIOUS FEELINGS IN THE LIGHT OF ECHR  
DECISIONS)

Enes Kethüda\*\*

## ÖZ

Bu makalenin amacı, ifade özgürlüğünün İHAS kapsamında başkalarının dini hislerinin korunması amacıyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını tartışmaktır. Bu bağlamda öncelikle belirsiz bir mahiyet taşıyan dini hislerin korunması hakkının koruduğu değer ile hakkın Sözleşme ve 1982 Anayasası kapsamındaki norm alanı belirlenecektir. Makalenin ikinci bölümünde İHAM'ın ifade özgürlüğü ile dini hislerin çatışması savına yönelik çelişkili tavrı ortaya konulacak, üçüncü bölümde ise bu belirsiz tavrın çözümüne yönelik iki bileşenli bir çözüm önerisi getirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İfade özgürlüğü, dini hislerin korunması hakkı.

## ABSTRACT

*The aim of this article is to discuss whether freedom of expression can be restricted to protect religious feelings of others under the ECHR. In this context, firstly the value of the right to the protection of religious*

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 09.04.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 17.05.2019 tarihinde birinci hakem; 10.06.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Ar. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (ORCID ID: 0000-0002-7896-8973).

*feelings which is indeterminate and the scope of norm in the Convention and the Turkish Constitution will be determined. In the second part of the article, the contradictory attitude of the ECHR in its different decisions regarding the conflict between freedom of expression and religious feelings will be put forward and in the last part, a two-component solution will be proposed for the solution of this ambiguous attitude.*

**Keywords:** *Freedom of expression, right to the protection of religious feelings.*

\*\*\*

## GİRİŞ

İfade özgürlüğü, liberal demokratik düzenin ve bu düzenin olmazsa olmazı olarak kabul edilen çoğulculuk anlayışının temelinde yer alan ayrıcalıklı haklardan biridir. Kutsal değerlere yönelik olumsuz söylemlerin çeşitli sebeplerle bu temel hakkın koruma kapsamına girmeyeceği veya sınırlandırılabilmesi ileri sürülmektedir. Din kurumu, kadim zamanlardan günümüze kadar hakaretimiz, rencide edici ve aşağılayıcı ifadelere karşı korunagelmıştır. Geçmişte din, başlı başına bir kurum olarak korunmaktayken, günümüzde modern devletlerin ve uluslararası örgütlerin temel savı, dinin ve dini değerlerin korunması fikrinin inanların hislerini korumayı amaçlayarak sekülerleştiği yolundadır. Makalenin özünde bulunan temel mesele, bir dine veya dinin kutsal saydığı değerlere yönelik hakaret veya aşağılama söz konusu olduğunda bunun ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebebi sayılıp sayılamayacağı ve din kurumunun, dini değerlerin ve dini hislerin hangi hakkın kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir. İnceleme daha çok İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi düzeyinde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ışığında gerçekleşecek olup yer yer iç hukuktaki düzenlemelere ve yargı kararlarına da değinilecektir.

## I. DİNİ HİSLERİN KORUNMASI HAKKI

Dini hislerin korunması hakkı, bireylerin çeşitli kutsal varlıklara ve bu kutsal varlıklar çevresinde şekillenen bir öğretiye karşı benimsediği hislerin, diğer insanlardan gelecek saldırılara karşı korunmasını amaçlamaktadır. Hak, özü itibarıyla bir dine veya dinin kutsal saydığı değerlere yönelik olarak aşağılama, hakaret ve küfür gibi sözlü veya düşüncenin

ifade edilmesini sağlayan başka bir yolla gerçekleşecek rencide edici davranışlara karşı, inananların iç dünyalarındaki hislerine güvence sağlamaktadır. Dolayısıyla dini hislerin korunması hakkı, birazdan daha ayrıntılı inceleneceği üzere, esas itibarıyla inananları korumayı amaç edinen din ve vicdan özgürlüğünün kapsamına girmemekte, ondan bağımsız bir hak olarak belirlemektedir.

### A. Hakkın Koruduğu Değer

Modern dönem öncesinde din mefhumu sosyal ve siyasal düzenin meşruiyet kaynağı olması nedeniyle korunmakta ve dinin korunması ahlaki bir amaç üstlenmekteydi. Oysa çağdaş hukuk düzenlerinde dini değerlere yönelik saldırılara karşı alınan tedbirler, hak özneleri olan bireylerin hislerini korumaya yönelmiştir. Diğer bir ifadeyle dine hakaret eden veya dini aşağılayan ifadelerin yasaklanması, seküler devlet anlayışının kabul edilmesinden önce doğrudan din kurumunu ve dini dogmaları korumayı amaç edinmişken, seküler devletlerde daha ziyade inananların iç dünyalarını ve manevi değerlerini korumayı amaç edinmektedir<sup>1</sup>. Bununla birlikte sözü geçen hakkın ihlali varsayımında doğrudan doğruya bireylere yönelik bir saldırı gerçekleşmemesine rağmen bu sözde hakkın ifade özgürlüğüne yönelik bir sınır teşkil etmesi akla din kurumunun korunmaya devam edip etmediği sorusunu getirmektedir. Şu hâlde dini hislerin korunması hakkının koruma altına alabileceği iki temel değer; dini hisler ve dinin bizzat kendisi olabilmektedir.

Dini hislerin korunması fikri, beraberinde belli başlı bazı sorunlar üretmektedir. Karşımıza çıkan ilk sorun doğrudan kendisine yönelik olarak gerçekleşmeyen fiillerden dolayı dini hisleri incinen insanların bu hak kapsamında korunup korunamayacağı meselesidir. Inananların şahsına yönelik olmadığı halde sırf hisleri üzerinde oluşturduğu etki sebebiyle başkalarının haklarını sınırlandırmak insan hakları teorisi bakımından kabul edilebilir görünmemektedir<sup>2</sup>. Ayrıca hislerin korunması savı, dine yönelik her hakaretimiz ifadeye karşı tüm inananların dini hisleri-

<sup>1</sup> Hülya Dinçer, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini His”lere Tanınan Koruma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2010, ss. 1101-1102,1106.

<sup>2</sup> Tolga Şirin, “İfade özgürlüğü, Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?”, Anayasa Hukuku Dergisi, 5(10), 2016, s. 544.

nin korunması iddiasını taşır<sup>3</sup>. Bu durum hem korunması gereken hak süjelerinin fazlalığı bakımından hem de bu süjelerin inandığı dinleri ve dinlerin kutsal saydığı değerleri tespit etme bakımından oldukça problemlili sonuçlar doğuracaktır.

Yeri gelmişken Strazburg organlarının din, inanç ve mezhep terimlerini tanımlamaktan kaçındığını belirtmek gerekir<sup>4</sup>. Böylece Mahkeme, önüne gelen başvurudaki somut duruma göre yorum yapmakta ve klasik din kavramına dahil olmayan dinlere karşı da esnek bir tavır sergilemektedir<sup>5</sup>. Öte yandan İHAM, din ve vicdan özgürlüğünün koruma alanını belirleme açısından bazı kıstaslar ileri sürmektedir. Buna göre 9. madde kapsamında korunan *inanç* kavramının 10. maddedeki *fikir* ve *görüüş* kavramından farklı olarak belli ölçüde inandırıcılığa, ciddiyete, bütünlüğe ve öneme sahip olması ve inananların yaşamı üzerinde belli bir derecede etkili olması gerekmektedir<sup>6</sup>.

Dinlerin birçoğu, özellikle de semavi dinler, insanların dünyevi yaşantısını da düzenleme amacı gütmektedir. Böylece çok geniş bir etki alanı olan dinlerin düzenlediği bütün hususlar ve kutsal saydığı bütün değerler, inananların dini hassasiyetini oluşturabilecektir<sup>7</sup>. Bu durum, dini hisleri koruma hakkının oldukça geniş bir alanı koruma altına aldığı manasına gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle dini hislerin korunması, dinsel tabu veya kalıpları yıkmaya yönelik ifadelerin birçoğuna yönelik ciddi bir baskı aracı olacaktır<sup>8</sup>.

Dini hislerin korunması hakkının koruma altına alabileceği diğer bir değer dinler olabileceğinden söz edilmişti. Dine karşı söylenen hakaretimiz ifadeler, batı toplumunda etimolojik olarak Yunanca *blasphem*

<sup>3</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1106.

<sup>4</sup> Tolga Şirin ve diğerleri, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 16; Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(101), 2012, s. 86; Lami Bertan Tokuzlu, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, Sibel İnceoğlu (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Basım, 2013, s. 334.

<sup>5</sup> Ağırbaşı, a.g.e., s. 86.

<sup>6</sup> Campbell and Cosans v. U.K., App. No.7511/76; 7743/76, 25.02.1982, § 36.

<sup>7</sup> Yusuf Enes Kaya, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), s. 556.

<sup>8</sup> Şirin, a.g.e., s. 540.

*mia* sözcüğüne dayanan *blasphemy* kelimesi ile anlatılmaktadır<sup>9</sup>. *Blasphemy*, Yunanca kelimeler olan *blapto* (zarar vermek) ve *pheme* (konuşma) kelimelerinin birleşmesinden oluşmakta ve basitçe hakaret veya aşağılama manalarına gelmektedir. Bununla birlikte *blasphemy* kelimesi batı literatüründe özellikle de dine ve dinin temelindeki değerlere yönelen hakaret ve aşağılamaları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Dünya genelinde birçok ülke halen dinleri korumaya yönelik olarak *blasphemy* kanunlarına sahiptir<sup>11</sup>.

Dinin korunması yönündeki fikre karşı en temel itiraz şüphesiz “insan hakları, insanları korur” prensibi ile yapılmalıdır. Din, insan haklarının korunmasından yararlanabilecek bir süje değildir. İnsan haklarının koruma çeperi insanlarla sınırlı olup, insanların bir kesimi tarafından benimsenen inançsal doktrinleri kapsamamaktadır<sup>12</sup>.

Diğer bir sorun, seküler olma iddiasına sahip olan modern devletlerin, hislerin korunması amacıyla insanların kutsal saydığı şeylerin din olup olmadığını tespit etmesi noktasında belirir. Seküler devletin özelliği, hiçbir dini resmi olarak tanımaması ve tüm dinlere karşı eşit muamelede bulunmasıdır<sup>13</sup>. Devletin hangi kutsal inanışların din sayılacağına karar vermesi, dolayısıyla kimlerin hislerini koruyacağını belirlemesi onun dinler karşısında tarafsız olma yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilecektir<sup>14</sup>. Ayrıca devletin, insanların bir kesimi tarafından yüce olarak kabul edilen ve kutsal sayılan değerlere yönelik ifadelerle karşı hislere koruma getirmesi, diğer insanlar için de yüce kabul ettikleri hislerinin korunmasını isteme hakkı doğurabilecektir<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1102.

<sup>10</sup> Nazeem MI Goolam, “The Cartoon Controversy: A Note on Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 39(2), 2006, s. 343.

<sup>11</sup> Paul Sturges, “Limits to Freedom of Expression? The Problem of Blasphemy”, *International Federation of Library Associations and Institutions*, 41(2), 2015, s. 115.

<sup>12</sup> Sturges, a.g.e., s. 115.

<sup>13</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Legal yayıncılık, 2018, s. 266.

<sup>14</sup> Kaya, a.g.e., s. 552.

<sup>15</sup> Jeremy Patrick, “The Curious Persistence of Blasphemy”, *Florida Journal of International Law*, 23, 2011, s. 206; Şirin, a.g.e., s. 544.

## B. Dini Hislerin Korunması Hakkının İHAS ve 1982 Anayasası Kapsamında Değerlendirilmesi

Dini hislerin İHAS kapsamında en ilişkilendirilebilir olduğu hak Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamındaki din ve vicdan özgürlüğüdür. Maddenin 1. fıkrasına göre: “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.” Din ve vicdan özgürlüğünün, belirli bir dini veya inancı benimseme ya da ona adapte olma özgürlüğü ile benimsenen din ve inancın gereklerini yerine getirme yani onu açıklama özgürlüğü olmak üzere iki boyutu vardır. Bunlardan ilki, yani vicdan özgürlüğü, hakkın kişinin içsel alanında gerçekleşen, dolayısıyla sınırlandırılmayan boyutunu (*içsel alan-forum internum*), ikincisi ise hak süjesinin dış dünyaya yansıyan ve sınırlandırılabilen boyutunu (*dışsal alan-forum externum*) ifade etmektedir<sup>16</sup>.

Bir an için dini hislerin korunması hakkının, din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanına dahil olabileceği fikri akla gelebilir. Fakat 9. maddenin hakkın içsel alanına ilişkin kısmı, bireylerin bir dini tercih etmede özgür olduğunu, tercihinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını ve bireylere inançları dolayısıyla baskı yapılamayacağını ifade eder<sup>17</sup>. Dolayısıyla İHAS'ın yorumundan dini hislerin koruma altında olduğuna dair bir sonuç elde edilemez<sup>18</sup>.

İHAM'ın bazı kararlarında dinamik yorum ilkesini benimseyip lafzi yorumdan ayrılması<sup>19</sup>, bu konuda net bir yargıya varabilmek için Mahkemenin kararlarına bakmayı da gerekli kılmaktadır. Mahkemenin kararlarına bakıldığında dini hislerin doğrudan doğruya 9. maddedeki din ve vicdan özgürlüğü bağlamında başvuru konusu yapıldığı davalarda henüz bir ihlal kararı verilmediği görülmektedir<sup>20</sup>. Ayrıca başvuruçunun,

<sup>16</sup> Jeroen Temperman, “Blasphemy, Defamation of Religious and human Rights Law”, Netherlands Quarterly of Human Rights Law, 26(4), 2008, s. 526.

<sup>17</sup> Ağırbaşı, a.g.e., s. 89; Temperman, a.g.e., s. 526.

<sup>18</sup> Şirin, a.g.e., s. 536.

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahman Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 33, 2016, ss. 270-280.

<sup>20</sup> Şirin, a.g.e., s. 536.

Selman Rüşdi'nin Şeytan Ayetleri kitabındaki ifadelerin dini hislerini ihlal ettiği gerekçesiyle başvurduğu *Choudhury-Birleşik Krallık* kararında Komisyon, 9. maddedeki özgürlüğün bir şahıs veya grubun hislerine yönelik saldırılara karşı koruma getirmediğini belirtmiştir<sup>21</sup>. Dolayısıyla Strazburg organlarının dini hislerin korunması hakkının doğrudan 9. madde bağlamında başvuru konusu yapılmasını kabul etmediği görülmektedir.

Öte yandan İHAM, ifade özgürlüğü yönünden yapılan başvurular da dini hisleri 10. maddenin 2. fıkrasındaki meşru amaçlar arasında bulunan *başkalarının hakları* kapsamında görerek ifade özgürlüğünün sınırlandırma gerekçesi olarak değerlendirmiştir. Mahkeme *Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya* kararında, hükümetin başkalarının dini hislerinin korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne müdahalesini makul bulmuş ve söz konusu hakkın “*madde 9 kapsamında garanti edilen (...)*” bir hak olduğunu belirtmiştir<sup>22</sup>. Mahkemenin, sözü edilen Komisyon kararına aykırı olan bu tutumu, dini hislerinin incindiğini iddia eden bireylerin Mahkemeye doğrudan 9. madde kapsamında başvurabilmesine kapı aralayacak nitelikteydi. Daha sonraki kararlarında Mahkeme bu hususu göz önünde bulundurmuş olacak ki *Otto Preminger Enstitüsü* kararında yaptığı net tespiti tekrar etmekten kaçınmıştır. Örneğin bu karardan 2 yıl sonra sonuçlandırdığı *Wingrove-Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, *başkalarının hakkı* olarak gördüğü dini hislerin korunması hakkının 9. maddedeki din özgürlüğü ile *uyumlu* olduğunu belirtmiş, hakkın 9. madde kapsamına dahil olduğunu ifade etmekten kaçınmıştır<sup>23</sup>. Yakın tarihli *E.S.-Avusturya ve Sekmadienis LTD.-Litvanya* kararlarında da Mahkeme bu tutumunu sürdürmüştür. İlgili kararların din ve vicdan özgürlüğü ile ilişkilendirilebilir kısmında Mahkeme, ifade özgürlüğünün kullanımında başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü huzurlu bir biçimde kullanmasını engelleyecek gereksiz saldırgan tavırlardan kaçınma görevinden bahsetmiştir<sup>24</sup>. Mahkemenin sözü edilen kararlardaki tavrı, bir taraftan dini hislerin korunması hakkının 9. madde kapsamında olmadığını gösterirken diğer taraftan hakkın 9. maddenin ruhuyla paralel

<sup>21</sup> Choudhury v. U.K., App. No. 17439/90, 05.03.1991.

<sup>22</sup> Otto-preminger-Institut v. Austria, App. No. 13470/87, 20.09.1994, §§ 46-47.

<sup>23</sup> Wingrove v. U.K., App. No.17419/90, 25.11.1996, § 48.

<sup>24</sup> E.S. v. Austria, App. No. 38450, 25.10.2018, § 43; Sekmadienis LTD. v. Lithuania, App. No. 69317/14, 30.01.2018, § 74.

bir amaç taşıdığını ima etmektedir. Bir orta yol olarak kabul edilebilecek olan bu politik tutum, bir yandan dini hislerin doğrudan 9. madde kapsamında başvuru konusu olmasını engelleme, diğer yandan Mahkemenin dini hisleri ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırma aracı olarak kullanılması eğilimine meşruiyet sağlama amacını taşıyor görünmektedir.

1982 Anayasası'nda da durum İHAS'ta olduğu gibidir. Din ve vicdan özgürlüğü Anayasa'nın 24. maddesinde yer almaktadır. Madde-nin ilgili kısmına göre: “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

Dini hislerin korunması hakkı, en iyi ihtimalle, 24. maddedeki din ve vicdan özgürlüğünün ikinci fıkrasında bulunan ve hakkın içsel alanını temsil eden *dini kanaatlerinden dolayı kınanmama hakkı* ile ilişkilendirilebilir. Fakat İHAS'ta olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da ilgili hak, bir kimsenin dini tercihindendir. Dolayısıyla ayıplanmasına ve suçlanmasına karşı koruma getirmekle sınırlıdır. Hakkın saldırılara karşı koruduğu süje, dini hislerin korunması hakkında farklı olarak hisler değil hak sahibinin bizzat kendisidir. Dolayısıyla dini hislerin korunması hakkı, lafzi olarak, 1982 Anayasası'nın koruması altında görünmemektedir.

Bununla birlikte bir dinin inançlarıyla bağdaşmayan ifadelerin inananların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği yönünde görüşler de vardır. Eren, İslam Peygamberinin karikatürünün çizilmesi olayına dair yayınladığı makalede Muhammed'in karikatürünün çizilmesinin İslam inancıyla bağdaşmadığını ve bu nedenle Müslümanların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir<sup>25</sup>. Bir ifadenin *inançlarla bağdaşmadığı* için sınırlandırılması fikri, ifade özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehlike içermekte olup dini hislerin korunması savına ilişkin daha önce ortaya konulan çekinceleri doğrular niteliktedir.

Öte yandan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*” kenar başlıklı 216. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın aksine dini hislere yönelik saldırılara karşı koruma

<sup>25</sup> Abdurrahman Eren, “İnsan Hakları Hukuku Bakımından İslam Peygamberinin Karikatürünün Çizilmesi”, Mehmet Akman (Ed.), Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Beta Basım, 2015, s. 356.



getirmektedir. İlgili fıkraya göre: “Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Kanaatimce bu hüküm iki yönden sorunlu görünmektedir. Sorunlardan birincisi, dine hakarete ilişkin hükmün, nefret söylemi kapsamında düzenlenmiş olmasıdır. Daha sonra üzerinde ayrıca durulacağı üzere dinsel nefret söylemi ile dine hakaret birbirinden farklı kavramları ifade etmektedir. Nefret söylemine karşı koruma, ayrımcı söylemler veya şiddet eylemine sebep olma potansiyeli bulunan nefret içerikli ifadeleri ve gruplara yönelik olarak nefret duygusunun teşvik edilmesini engellemeyi amaç edinirken, dine hakarete karşı koruma, bir dinin aşağılanmasını engellemeyi hedefler<sup>26</sup>. Nitekim dinsel nefret söyleminin yaptırım altına alınması konusunda güçlü bir konsensüs bulunmaktayken, dine ve dini hislere yönelik saldırıların yaptırımı tabi tutulması, birçok liberal demokrasi tarafından benimsenmemiş bir tutumdur<sup>27</sup>.

İkinci sorun ise ilgili fıkranın çoğunlukçu vurgusundan doğmaktadır. Hükme göre dine hakaret ancak kamu barışını bozmaya elverişli olduğu takdirde cezalandırılacaktır. Kamu barışının bozulması ihtimali ise çoğunlukla toplumun geniş bir kesimince benimsenmiş bir dine karşı hakaret edilmesi halinde mümkün olacaktır<sup>28</sup>. Örneğin Müslümanlığa yönelik saldırılar kamu barışını bozmaya elverişli olabilecekken Ateizme ya da Agnostisizme yönelik saldırılar bu kapsamda değerlendirilmeyebilecektir. Ayrıca Kanun’un gerekçesinde belirtilmemiş olmakla birlikte ilgili hüküm, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının Anayasa’nın 26. maddesindeki *kamu düzeninin korunması* sebebine dayalı olarak yapıldığını göstermektedir. Söz konusu sınırlandırma sebebi, hak ve özgürlüklerin kullanımının kamusal düzeni bozmasını engellemek, diğer bir deyişle hak ve özgürlüklerin kullanımı ile kamu düzeni arasındaki dengeyi sağlamak üzere tesis edilmiştir<sup>29</sup>. Dine hakaret içeren ifadelerin kullanılması durumunda ise kamu düzenini bozacak olan, daha önce birçok

<sup>26</sup> Sturges, a.g.e., s. 116; Dinçer, a.g.e., s. 1118-1119.

<sup>27</sup> Kerem Altıparmak, “Fazıl Say’ın Tweetleri ve Doğru Saydığımız Yedi Yanlış”, Bianet, 2013, [http://m.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogrui-sandiginiz-yedi-yanlis#\\_ftn10](http://m.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogrui-sandiginiz-yedi-yanlis#_ftn10) (09.11.2018).

<sup>28</sup> Kerem Altıparmak, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 2007, s. 107.

<sup>29</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 289.

olayda da gözlemlendiği üzere, dine hakaret eden değil, hakaret edilen dinin mensupları olmaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla ilgili madde hükmü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mantığı bakımından da sorunlu görünmektedir.

Dini değerlerin korunması hakkı Anayasa Mahkemesinin iki kararında kendisine yer bulmuştur. Mahkemenin dini hislerin korunması hakkından bahsettiği ilk karar<sup>31</sup>, başvurucunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü çıkarmaya zorlanması sebebiyle din ve vicdan özgürlüğü bağlamında yapılan *Esra Nur Özbey* başvurusuna ilişkindir. Esas itibarıyla dini hislerin korunması hakkına ilişkin olmayan başvuruda Mahkeme “(...) din ve vicdan özgürlüğünün inananların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkını (...)” doğurmakta olduğunu belirtmiş ve dini hislere saygı gösterilmesi hakkına ilişkin daha önce zikredilen *Otto Preminger Enstitüsü* kararına atıf yapmıştır. *İhsan Taş* başvurusunda ise başvuran, sosyal medyadaki Müslümanlara yönelik hakaretimiz ifadeleri nedeniyle cezai takibata maruz kalmasından dolayı ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur. Söz konusu kararda da Mahkeme yine *Otto Preminger Enstitüsü* kararının ilgili kısmına atıf yapmış ve değerlendirmelerinde dini hisleri koruma hakkının, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir<sup>32</sup>. Burada dikkat çeken husus Mahkemenin her iki kararda da İHAM’ın dini hislerin korunması hakkını net bir biçimde din ve vicdan özgürlüğünün kapsamında gördüğü tek karara atıf yapması, İHAM’ın bu konuda tutum değiştirdiği diğer kararlara değinmemiş olmasıdır.

## II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DİNİ HİSLERİN KORUNMASI HAKKININ ÇATIŞMASI SORUNU

İfade özgürlüğü, bireylerin düşüncelerini; söz, yazı, resim gibi vasıtalar aracılığıyla dış dünyaya yansıtabilmesi ve bu eylemlerinden dolayı diğer bireyler ve özellikle de devlet tarafından baskı altında tutulma, kınanma, kötü muameleye maruz bırakılma gibi olumsuz müdahalelere

<sup>30</sup> Kaya, a.g.e., s. 558.

<sup>31</sup> *Esra Nur Özbey* Başvurusu, Başvuru No. 2013/7443, 20.05.2015, § 87.

<sup>32</sup> *İhsan Taş* Başvurusu, Başvuru No. 2014/11255, 21.11.2017, §§ 16,33-34.

karşı korunmasını sağlayan bir güvence olarak tanımlanabilir<sup>33</sup>. İHAM’ın da kararlarında sürekli vurguladığı üzere:

*“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olup demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı kaygı verici, rahatsız edici haber ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir.”*<sup>34</sup>

İHAS’ın 10. maddesinin ilk fıkrasına göre: *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.”* İkinci fıkrada da hakkın sınırlandırma sebepleri öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre ifade özgürlüğü, *“(…) ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması (...)*” meşru amaçlarıyla sınırlandırılabilir. İkinci fıkrada bulunan ve görev ve sorumluluklara dayanan sınırlandırma sebeplerinin böylesine uzun oluşu, sınırlandırma listesinin, hakkın ortaya koyduğu koruma alanından daha fazla yer kapladığı fikrinin ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>35</sup>.

1982 Anayasası da 26. maddenin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünün temel şeklini güvence altına almıştır. Söz konusu hükmün 2. fıkrasında da bu hakkın sınırlandırma sebepleri *“(…) milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yar-*

<sup>33</sup> Adnan Küçük, İfade hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 69; Kaya, a.g.e., s. 556.

<sup>34</sup> Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, App. No. 1413/08; 28621/11, 28.08.2018, § 91.

<sup>35</sup> Sturges, a.g.e., s. 114.

gılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi (...)” olarak belirtilmiştir. 26. maddenin genel hatları itibarıyla İHAS m.10 ile uyumluluk gösterdiği söylenebilir.

İHAS’ın 10. maddesinin ikinci fıkrası hakkın sınırlandırılmasına ilişkin güvence rejimini de ortaya koymaktadır. Buna göre; sınırlandırma yasayla öngörülmesi, meşru bir amaca sahip olmalı ve demokratik toplumda gerekli olmalıdır. Mahkemenin bu rejim çerçevesinde üzerinde en çok durduğu unsur *sınırlandırmanın demokratik toplumda gerekli*<sup>36</sup> olması güvencesidir. Mahkeme bu güvenceyi, sınırlamanın *zorunlu sosyal ihtiyaca karşılık geliyor olması* şeklinde yorumlamaktadır<sup>37</sup>. Dini hislerin korunması hakkına ilişkin kararlarda sınırlandırmanın zorunlu sosyal ihtiyaca karşılık gelip gelmediğinin tespiti noktasında taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakıldığı gözlenmektedir. Mahkemenin bu tutumu, ifade özgürlüğü ile dini hislerin korunması hakkının çatışmasına ilişkin başvurular açısından takdir marjı doktrinini ayrıca değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır:

#### A. Din Hislerin Korunması Hakkı ve Takdir Marjı Doktrini

Takdir marjı doktrini; ulus devletlerin egemenlik yetkisine saygı gösterme, ulus devletlerin bazı konularda İHAM’a nazaran sorunlara daha yakın olması ve sorunları daha iyi tanıyor olması ile Sözleşme’nin devamlılığı için devletlere belli ölçüde uygulama genişliği sağlanması gibi amaçlarla ortaya çıkmıştır<sup>38</sup>. Mahkeme, ülkelere bırakılan takdir marjının genişliğini belli kriterlere bağlamaktadır. İfade içeriği, bu kriterlerin en önemlilerinden birisidir. Örneğin siyasi ifadelerde veya kamusal tartışmaya katkı sunan ifadelerde Mahkemenin ülkelere tanıdığı takdir marjı oldukça dar kapsamlı olmaktadır. Buna karşın taraf devletler, ticari konulardaki veya reklamlardaki ifadelerle ilişkin başvurularda oldukça geniş bir takdir marjına sahip olmaktadır. Mahkeme, ifadenin içeriği ile takdir marjı arasındaki ilişkiye dayalı olarak yaptığı derece-

<sup>36</sup> Mahkeme buradaki gereklilik ifadesinin zımni olarak ölçülülük güvencesini de içerdiğini kabul etmektedir.

<sup>37</sup> Gra Stiftung Gegen Rassismus Und Antisemitismus v. Switzerland, App. No. 18597/13, 09.04.2018, § 52.

<sup>38</sup> Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, Anayasa Hukuku Dergisi, 2(4), 2013, ss. 379-385.

lendirmede, ahlak ve dini hassasiyetlere ilişkin ifadelerde ülkelere geniş bir takdir marjı sunmakta, fakat bu genişlik ticari konulardaki ve reklamlardaki boyutlarda olmamaktadır<sup>39</sup>.

Mahkeme, dini konularda taraf devletlere tanıdığı takdir marjının geniş olmasının gerekçesini *I.A-Türkiye* kararında şöyle açıklamaktadır:

*“Dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı saldırı söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışı, ahlaki ve dini çerçeve içerisindeki kişisel yargıları aşağılamaya eğilimli hususlarla bağlantılı olarak; ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin yapılmasında Sözleşmeciler devletlerin takdir marjını genişletmektedir.”*<sup>40</sup>

Dini konularda taraf devletlere bırakılan geniş takdir marjı bazı noktalardan sorgulanmaya değerdir. Öncelikle böyle bir serbestinin verilmesi devletlere hangi düşünce ve inanç sisteminin din sayılacağı ve dolayısıyla korunmaya değer bulunacağı noktasında keyfi ve konformist davranma imkânı sunar<sup>41</sup>. Ayrıca demokratik rejimlerin ve insanın kendi kendini gerçekleştirmesinin temel öğelerinden biri olan ifade özgürlüğünün, oldukça muğlak bir çerçevesi olan dini hislerin korunması hakkı ile dengelenmesi hususunda taraf devletlere geniş bir takdir alanının bırakılması, ifade özgürlüğünün hak ettiği güvenceden mahrum kalmasına sebep olmaktadır.

Öte yandan takdir marjının Avrupa konsensüsüne dayanan yönü de eleştirilebilir. İHAM, üye ülkelere bıraktığı takdir marjını, Avrupa konsensüsünün sağlandığı konularda dar, böyle bir konsensüsün bulunmadığı konularda ise geniş tutmaktadır. Örneğin taraf devletlerde dini ve ahlaki konulara ilişkin ifadelerle karşı ortak bir tutum yokken demokratik rejimlerde siyasi eleştirilerin korunması yönünde geniş ölçekli bir konsensüsün varlığı İHAM kararlarında etkili olmaktadır<sup>42</sup>. Bu uygulama, konsensüsün sağlandığı konular açısından temel hak ve özgürlüklere bakan yönüyle olumlu görünmektedir. Buna karşın konsensüsün sağ-

<sup>39</sup> Sekmadienis LTD. v. Lithuania, a.g.k., § 73.

<sup>40</sup> I.A. v. Turkey, App. No. 42571/98, 13.09.2005, § 25.

<sup>41</sup> Dinçer, a.g.e., ss. 1112-1113.

<sup>42</sup> Örneğin bkz. *Brasilier c. France*, Requête No. 71343/01, 11.04.2006, § 41; *Lingens v. Austria*, App. No. 9815/82, 08.07.1986, § 41-42; *Prager and Oberschlick v. Austria*, App. No. 15974/90, 26.04.1995, §§ 57-59; *Incal v. Turkey*, App. No. 22678/93, 09.06.1998, § 54.

lanmadığı din ve ahlak gibi konularda bırakılan geniş takdir marjı, taraf devlet lehine, hak ve özgürlükler aleyhine bir işlev görmektedir. Bu itibarla konsensüs mantığı kısmen doğru görünmekle birlikte konsensüsün bulunmadığı durumlarda Sözleşme'nin temelinde bulunan çoğulculuk ve açık fikirlilik anlayışlarının ikinci bir süzgeç olarak kullanılması daha uygun olacaktır.

Mahkeme birçok kararında, kendisinin bir denetim mercii olduğunu ve görevinin Sözleşmeciler devletlerin yerine geçmek değil, takdir marjı çerçevesinde yapılan müdahalelerin 10. maddenin 2. fıkrasına uygun olup olmadığını denetlemek olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla ulusal devletin dini konulara ilişkin geniş bir takdir marjı olmakla birlikte bu marj sınırsız değildir. Mahkeme bu kapsamda devletin yaptığı müdahalenin izlenen meşru amaç ile *orantılı* ve ulusal makamların müdahaleyi haklı göstermek için sunduğu sebeplerin *ilgili ve yeterli* olup olmadığını incelemektedir<sup>43</sup>. Avrupa düzeyinde tek bir din anlayışının bulunmaması ve insanların dine bakışının ülkeden ülkeye çeşitlilik göstermesi, ulus devletlerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için ileri sürdüğü meşru amaçların farklılaşmasına neden olmaktadır. Mahkemenin başvurularda üstlendiği fonksiyon, ulus devletlerce ifade özgürlüğü aleyhine gerçekleştirilen müdahalenin meşru amacının ve bu amaca ulaşmak için başvurulan aracın 10. maddenin 2. fıkrasındaki kriterlerle uyumlu olup olmadığını denetlemektir.

Örneğin Mahkeme, başvuru konusu kitapların extremist ifadeler barındırdığı gerekçe gösterilerek yasaklandığı *İbragim İbragimov ve Diğerleri-Rusya* kararında bu yönde bir denetim gerçekleştirmiştir. Söz konusu kararda Rus hükümeti, kitapların inanmayanları ahlaki olarak mahkûm eden ve inananları inanmayanlardan üstün tutan bir içeriğe sahip olduğunu ve böylelikle dini düzensizliği ve inanmayanlara yönelik nefreti kışkırttığını belirtmiştir. Mahkeme, kararında hükümetin sunduğu toprak bütünlüğünün korunması, kamu güvenliğinin sağlanması ve başkalarının haklarının korunması meşru amaçlarının 2. fıkra kapsamında olduğunu varsaymış ve demokratik toplumda gereklilik bağlamında bir değerlendirme yapmıştır. Değerlendirmede, kitapların dinler arası tansiyonu yükselttiğine ve zararlı sonuçlara neden olduğuna dair bir kanıt sunulmadığı belirtilmiş, müdahalenin zorunlu sosyal ihtiyaca karşılık

<sup>43</sup> Stomakhin v. Russia, App. No. 52273/07, 09.05.2018, § 90,91.

geldiğinin ispatlanamadığı vurgulanmıştır. Mahkeme, yerel mahkemelelerin kitapların şiddeti teşvik ettiği, dinsel nefrete ve hoşgörüsüzlüğe sebebiyet verdiği yönündeki tespitlerinin 10. madde kapsamındaki standartlardan uzak olduğunu ve müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmadığını belirterek başvuruçuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

Mahkemenin, taraf devletin dini öğeler içeren ifadelerin sınırlandırılması için sunduğu gerekçeleri ayrıntılı bir biçimde incelediği diğer kararlardan birisi de *Sekmadienis LTD.-Litvanya* kararıdır. Başvuru, taraf devletin bir reklam afişini, Hristiyanlık dininin kutsal değerlerinden olan İsa ve Meryem'i uygunsuz tasvir etmesi nedeniyle yasaklamasına ilişkindir. Üç ayrı afişten oluşan reklam serisinde uzun saçlı, dövme ve üzerinde yalnızca pantolon bulunan genç adam ile başörtülü, beyaz elbise giyen genç bir kadın ve afişlerin alt kısmında “*İsa, ne pantolon ama!*”, “*Meryem ne elbise ama!*” yazıları vardır. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede taraf devletin sunduğu gerekçelerin genel, reklamın içeriğinden kopuk ve belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca kararda, yerel mahkemelerin ve diğer otoritelerin, reklamın dinsel bir amaç taşımamasına rağmen nasıl olup da dinsel değerlere karşı saldırgan nitelikte olduğunu netleştirmedini ve müdahalenin ilgili ve yeterli nedenlere dayanmadığını tespit etmiştir.<sup>45</sup> Her iki kararın ortak noktası, taraf devletlere sunulan geniş takdir marjının etkin bir biçimde denetlenmiş olmasıdır. Böylece söz konusu kararlarda Mahkemenin, taraf devletlerin ileri sürdüğü meşru amaçlar ile gerçekleştirdiği müdahale arasında somut bağlantı arayarak geniş takdir marjının potansiyel sakıncalarını giderdiği söylenebilecektir.

## **B. İfade Özgürlüğünün Dini Hislerin Korunması Nedeniyle Sınırlandırılması**

Sözleşme ve Anayasa kapsamında dine ve inananların hislerine yönelik ifadelerin sınırlandırılması için ileri sürülebilecek sebeplerin; kamu düzeni, genel ahlak<sup>46</sup> ve başkalarının hakları olduğu söylenebilir<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, a.g.k., §§ 102-103,123.

<sup>45</sup> Sekmadienis LTD. v. Lithuania, a.g.k., § 79.

<sup>46</sup> Belirtmek gerekir ki genel ahlak, İHAS m.10'dan farklı olarak, 1982 Anayasası'nın 26. maddesinde sayılan bir sınırlandırma sebebi değildir.

Bu sınırlandırma sebeplerinden konumuz bakımından en önemli olanı, ifade özgürlüğü ile dini hislerin korunması hakkının çatışması ve dengelemesi sorununu ortaya koyabilmek açısından, başkalarının haklarının korunmasıdır. Bununla birlikte taraf devletlerin müdahale için farklı meşru amaçlar ihdas etmesi ve Mahkemenin devletlere bu konuda geniş takdir alanı bırakıp sunulan farklı sebepleri 2. fıkra kapsamında değerlendirmesi ile taraf devletlerin ileri sürdüğü meşru amaçların çoğu zaman iç içe geçmiş olması, diğer sınırlandırma sebeplerinin de göz ardı edilmemesini gerektirmektedir.

Dini hislerin korunması hakkının ne İHAS'ın ne de 1982 Anayasası'nın lafzi yorumundan türetilmeyecek bir hak olduğu daha önce belirtilmişti. Bununla birlikte İHAM ve Anayasa Mahkemesi, dini hislerin korunması hakkını başkalarının hakkı kapsamında görerek ifade özgürlüğünün sınırlandırma gerekçesi olarak kabul etmektedir.

Dini hislerin korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki gerilimin başlangıcı, Mahkemenin *Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya* kararına dayanmaktadır. Söz konusu kararda mahkeme, dini hislerin korunması hakkını Sözleşme'nin 9. maddesindeki din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kabul ederek ifade özgürlüğünü başkalarının haklarını koruma gerekçesiyle sınırlandırmıştır. Mahkeme bu kararda "(...) inananların madde 9 kapsamında garanti edilen dini hislere saygı duyulması (...)" hakkından bahsetmiştir. Ayrıca Mahkeme, önündeki meselenin Sözleşme kapsamında garanti altına alınan iki temel hakkın çatışan çıkarlarının, yani başvuru derneğinin kamuoyundaki tartışmalı bir konuya katılma hakkı ile diğer insanların düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne saygı duyulması hakkının dengelenmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Yine Mahkemeye göre, ilgili dengeleme faaliyeti sırasında demokratik bir toplumda kendi yetki alanları dahilinde bir bütün olarak toplumun çıkarlarını göz önünde bulundurmakla sorumlu olan taraf devlet otoritelerinin takdir alanına saygı gösterilmelidir<sup>48</sup>.

Otto Preminger Enstitüsü, Avusturya'nın Tyrol bölgesinde, Hristiyan inancının tutarsızlıklarını ve aşırılıklarını eleştiren bir film gösterimi gerçekleştireceğini duyurmuştur. Bunun üzerine Innsburck Piskoposluğu'nun başvurusuyla Enstitü müdürü aleyhine filmin dinin kutsal saydığı

<sup>47</sup> Dinçer, a.g.e., ss. 1108,1117.

<sup>48</sup> Otto-preminger-Institut v. Austria, a.g.k., §§ 47,55.



değerleri aşağıladığı gerekçesiyle takibat başlatılmış ve filme el konulmuştur. Söz konusu filmde; Tanrı yaşlı ve bunak, İsa düşük zekalı bir ana kuzusu, Meryem ise şehvet düşkününü bir kadın olarak gösterilmiş ve filmin sonunda üçünün şeytanı alkışladığı bir sahne yer almıştır. Bölge Mahkemesi, filmin sanatsal ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kabul edilemez olduğuna ve inananların dini hislerini provokatif bir biçimde rencide edeceğine karar vermiştir. Hükümetin müdahalenin meşru amaçlarını, başkalarının haklarını korumak ve kamusal düzenin bozulmasını engellemek olarak sunduğu davada Mahkeme, Tyrol bölgesinde yaşayan Hristiyan nüfusun fazlalığını da dikkate alarak müdahalenin dini barışı sağlama ve inananların dinlerine haksız saldırı yapıldığı hissine kapılmasını önleme gerekçeleriyle, demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir<sup>49</sup>. Mahkemenin bu kararda yaptığı gibi ulus devlete özellikle ifade özgürlüğü alanında geniş bir takdir marjı tanınması, yaygın olmayan ve yerleşmiş dini ve sosyal kabullere aykırı fikirlerin koruma kapsamı dışında kalması ile yerleşik dinlere ilişkin kamusal tartışmaların baskılanması tehlikesi taşır<sup>50</sup>. Mahkemenin insanların dini hislerini sert eleştirel ifadelerden üstün tutma eğilimi, çoğulculuk anlayışının altını oyabilecek bir tutumdur<sup>51</sup>.

Sonraki tarihli *Wingrove-Birleşik Krallık* başvurusu da İsa'nın 18 dakikalık bir videoda erotik bir konsept içerisinde yer almasına ilişkindir. Mahkeme bu kararda bir öncekine nazaran farklı bir tavır sergileyerek 2. fıkradaki *başkalarının hakları* kapsamında gördüğü dini hislerin korunmasının 9. maddedeki korumanın amacıyla *uyumlu* olduğunu belirtmiştir. Fakat bu farklı tutum, Mahkemenin dini hislerin korunması hakkına ilişkin taraf devlete geniş takdir marjı tanınması noktasında geçerli olmamıştır. Kararda, hükümetin video çalışmasının provokatif olduğu ve Hristiyanların inançlarına karşı saldırı manasına geldiğine ilişkin tespitleri, taraf devletin takdir marjı çerçevesinde değerlendirilerek

<sup>49</sup> Otto-preminger-Institut v. Austria, a.g.k., § 56.

<sup>50</sup> Ian Cram, "The Danish Cartoons, Offensive Expression and Democratic Legitimacy", Ivan Hare ve James Weinstein (Ed.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, s. 317.

<sup>51</sup> Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, s. 116.

ifade özgürlüğü açısından ihlal kararı verilmemiştir.<sup>52</sup> İlgili karar, dini hislerin korunması hakkının Sözleşme kapsamında hangi hakkın çatısı altında değerlendirileceği tartışmasını başlatması açısından farklı bir yere sahiptir. Ayrıca Sözleşme’de koruma altına alınan ve her açıdan önemli olan bir hakkın Sözleşme kapsamında değerlendirilmeyen başka bir hak tarafından sınırlandırılmasının Mahkemece *orantılılık* bakımından değerlendirilmemesi, karar gerekçesinin zayıf olmasına sebebiyet vermiştir<sup>53</sup>. Mahkemenin *Wingrove* başvurusundaki tutumu, onu dini hislerin korunması hakkının hangi çerçevede değerlendirileceği tartışmasına girmekten kurtaran bilinçli bir tercih gibi görünmektedir<sup>54</sup>. Dini hislerin hangi hak kapsamında değerlendirileceğine ilişkin ortaya çıkan bu belirsizlik, doğrudan 9. madde bağlamında yapılacak olan başvurular açısından öngörülebilirlik sorununun doğmasına sebep olmuştur.

Mahkemenin dini hislerin korunması lehine, ifade özgürlüğü aleyhine verdiği dikkat çekici bir diğer karar da *İ.A.-Türkiye* kararıdır. Yayınevi sahibi olan başvuru, yayınevinden çıkan *Yasak Tümceler* adlı romanda; Allah’a, dine, peygambere ve kutsal kitaba hakaret edildiği gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Kararda ilgi çekici olan husus 3’e karşı 4 oyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğinin tespit edilmiş olmasıdır. Böylece söz konusu kararda Mahkemenin dini hislerin korunması uğruna ifade özgürlüğünü kısıtlaması alışkanlığını revize etmeye çok yaklaştığı söylenebilir<sup>55</sup>. Karara katılmayan 3 yargıcın da ifade ettiği üzere; Mahkeme, önceki kararlarında da sıkça vurguladığı kırıncı, şok edici veya rahatsız edici ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savını görmezden gelmiştir.

Öte yandan yazar, söz konusu eserde, benimsediği Ateizm doktrini doğrultusunda görüşlerini ifade etmiştir. Kitabın belli sayfalarında Muhammed’e yönelik saldırılar göze çarpmakla birlikte bunlar kitabın tümünden bu kapsamda değerlendirilerek yasaklanması ve yayınevi sahibinin cezalandırılması açısından bir dayanak oluşturmamalıdır<sup>56</sup>. Diğer taraf-

<sup>52</sup> *Wingrove v. U.K.* a.g.k., §§ 48,56.

<sup>53</sup> Dinçer, a.g.e., ss. 1115-1116.

<sup>54</sup> Taylor, s. 88’den aktaran Şirin, “İfade Özgürlüğü”, s. 538.

<sup>55</sup> Temperman, a.g.e., s. 540.

<sup>56</sup> *İ.A. v. Turkey*, a.g.k., Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Cabral Barreto and Jungwiert, §§ 1,3-4.

tan dindarların hislerinin korunması amacıyla dinle alay edilmesinin ve dinin eleştirilmesinin yasaklanması, özelde bir düşüncenin kamusal tartışma piyasasına çıkmasını engellemek, genelde ise dini dogmaların sorgulanmasını sansürlemek manasına gelmektedir<sup>57</sup>.

Kararda göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus da Mahkemenin dini hislerin korunması hakkını din ve vicdan özgürlüğü ile ilişkilendirmeme noktasında daha net bir tablo çizmesidir<sup>58</sup>. Nitekim Mahkeme, kararının hiçbir bölümünde dini hislerin korunması hakkını din ve vicdan özgürlüğü ile birlikte değerlendirmemiştir.

*İ.A.-Türkiye* kararında karara katılmayan yargıçların Mahkemenin dini hislerin korunması konusundaki içtihatlarına yönelik eleştiri ve değişim talepleri<sup>59</sup> sonraki kararlarda etkili olmuş görünmektedir. Nitekim Mahkeme bu karardan sonra ve birbirine yakın tarihlerde verdiği *Giniewski-Fransa*, *Tatlav-Türkiye* ve *Klein-Slovakya* kararlarında, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>60</sup>. Örneğin *Aydın Tatlav* başvurusunda, *İslamiyet Gerçeği* isimli kitabın yazarı, *İ.A.* başvurusundakine benzer biçimde, dine, kutsal kitaba ve peygambere hakaret ettiği gerekçesiyle hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. İHAM inceleme sonucunda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında belli başlı bazı kriterleri göz önünde bulundurarak taraf devletin öne sürdüğü gerekçelerin 10. maddeye uygunluğunu başvuruların kendine özgü koşullarına göre değerlendirmektedir. İfade özgürlüğünün başkalarının dini hislerinin korunması hakkı ile dengelenmesi gereken davalarda bu kriterlerin bazılarını önemleri bakımından ayrıca değerlendirmek gerekmektedir:

---

<sup>57</sup> Kaya, a.g.e., s. 560.

<sup>58</sup> Temperman, a.g.e., s. 541.

<sup>59</sup> “(...) bize göre düşüncenin geleneklere uygunluğuna veya yeknesaklığına çok fazla vurgu yapan ve basın özgürlüğüne ilişkin aşırı ihtiyatlı ve çekingen bir anlayış yansıttığı görünen bu içtihadın “yeniden gözden geçirilme” vakti gelmiş olabilir.” (İ.A. v. Turkey, a.g.k., Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Cabral Barreto and Jungwiert, § 8.)

<sup>60</sup> *Giniewski v. France*, App. No. 64016/00, 31.01.2006; *Aydın Tatlav c. Turque*, Requête No. 50692/99, 02.05.2006; *Klein v. Slovakya*, App. No. 72208/01, 31.10.2006.

### 1. Kamusal Tartışma-Haksız Saldırı Ayrımı

İHAM dine ve dini değerlere yönelik saldırıların söz konusu olduğu başvurularda ifadelerin salt bir haksız saldırı mı içerdiği yoksa kamusal bir tartışmaya mı hizmet ettiği noktasında ayırım yapmaktadır. Mahkeme kararlarında kamusal tartışma-haksız saldırı ayırımı 10. maddenin ikinci fıkrasındaki *görev ve sorumluluklar* çerçevesinde değerlendirmektedir. Mahkemeye göre:

*“İfade özgürlüğünün kullanılması, görev ve sorumlulukları beraberinde getirir. Bunlardan birisi; dini inançlar bağlamında 9. madde kapsamında güvence altına alınan hakların inanç sahipleri tarafından barışçıl bir şekilde kullanılmasını temin etmektir. Gereksiz saldırgan olan ve dolayısıyla haklarının ihlali anlamına gelen ve insan ilişkilerinde ilerlemeyi destekleyebilecek herhangi bir kamusal tartışmaya katkıda bulunmayan ifadelerden kaçınma görevi de buna dahildir.”<sup>61</sup>*

İHAM, hiçbir toplumsal tartışmaya katkı sağlamayan, dine ve dini değerlere yönelik haksız saldırıların korunması noktasında oldukça çekimser davranmaktadır<sup>62</sup>. Buna karşın Mahkeme, insan ilişkilerinde gelişme sağlamaya elverişli kamusal tartışmaları siyasi tartışmalarla benzer bir biçimde değerlendirmekte ve bu tür ifadelerin sınırlandırılması noktasında taraf devletlere oldukça dar bir takdir marjı tanımaktadır<sup>63</sup>.

*Giniewski-Fransa* başvurusunda başvuru, dönemin Papası tarafından yazılan bir kitap üzerine, papayı ve Katolik inancını eleştiren bir gazete yazısı yazmıştır. Nazi ideolojisiyle Katolik inancı arasında bağ kuran yazıda, gaz odalarının aslında Katolik inancının bir uzantısı olarak ortaya çıktığı belirtilmiştir. Başvuru söz konusu yazı üzerine adli para cezasına çarptırılmıştır. İHAM'a göre gazete yazısı esas itibarıyla Papa'nın kitabında ileri sürdüğü görüşler hakkındadır. Ayrıca başvuru makalesinde Holokostun kökenleri konusundaki fikirlerini, haksız saldırıya varmadan kamusal tartışma bağlamında aktarmıştır. Başvuranın ya-

<sup>61</sup> Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, a.g.k., § 92.

<sup>62</sup> Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi, C.2, 2013, s. 191; Hüseyin Göktepe, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(25), s. 184.

<sup>63</sup> Stomakhin v. Russia, a.g.k., § 89.

zısının kamuyu ilgilendirdiğini dolayısıyla kamusal yarar taşıdığını vurgulayan Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>64</sup>.

Mahkemenin kamusal tartışma kriterini değerlendirdiği kararlardan bir diğeri *Mariya Alekhina ve diğerleri-Rusya* kararıdır. Rus feminist punk grubu *Pussy Riot* üyesi olan başvurucular, içerisinde Moskova'daki Epiphany katedralinin de bulunduğu farklı kamusal mekanlarda, çeşitli doğaçlama performanslar sergilemişlerdir. Başvurucuların kilisede izinsiz olarak söyledikleri *Virgin Mary, Drive Putin Away* adlı şarkıda Rusya Ortodoks Kilisesinin lideri, hükümete destek verdiği için eleştirilmiştir. Bundan kısa bir süre sonra 3 Pussy Riot üyesi, performanslarının kilisenin davranış kurallarına aykırı ve söylemlerin politik konulardan çok dini içerikte olması gerekçeleriyle dini nefret söylemine dayalı holiganlık yapmaktan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza almışlardır. Mahkeme, değerlendirmesinde başvuranların eylemlerinin Rusya'daki siyasi duruma ve Parlamento ile Devlet Başkanının politik gücüne ilişkin olduğunu belirtmiştir. Ardından Mahkeme, kamusal tartışmaların sınırlandırılması için taraf devletlerden güçlü sebepler beklediği yolundaki içtihadını hatırlatmış ve bireysel davalarda dayatılan geniş kısıtlamaların ilgili devletlerde genel olarak ifade özgürlüğüne saygıyı olumsuz etkileyeceği yorumunda bulunmuştur<sup>65</sup>.

İHAM, *E.S.-Avusturya* kararında ise başvurucunun İslam peygamberi Muhammed'e yönelik ifadelerini haksız saldırı kapsamında değerlendirerek taraf devletin sahip olduğu geniş takdir marjını aşmadığına kanaat getirmiştir. İlgili kararda, başvuru verdiği *İslam Hakkında Temel Bilgiler* seminerlerinde Muhammed'in 6 yaşındaki Ayşe ile evlenmesini, onun çocuklarla cinsel ilişkiye girmeyi sevdiği şeklinde yorumlamış ve bu durumun onu bir pedofili yaptığını ifade etmiştir. Bunun üzerine yerel Mahkeme, bir dini doktrini aşağıladığı gerekçesiyle başvuru aleyhine adli para ve hapis cezasına hükmetmiştir. İHAM yaptığı değerlendirmede başvurucunun ifadelerinin çocuk evlenmelerine ilişkin genel bir tartışmaya nesnel bir katkı sunmadığını, aksine olgusal temeli olmayan genellemelerden ibaret olduğunu belirtmiştir. Böylece Mahkeme, taraf devlet organlarının "ön yargıyı körükleyen ve dini barışı riske atan ifadelerin objektif tartışma limitini aştığı", "İslam peygamberine

<sup>64</sup> Giniewski v. France, a.g.e., §§ 49-56.

<sup>65</sup> Mariya Alekhina and Others v. Russia, App. No. 38004/12, 1707.2018, § 212.

yönelik aşağılayıcı saldırılar içerdiği” ve “dini hoşgörüsüzlüğü kışkırtan unsurlar barındırdığı” yönündeki gerekçelerini makul bulmuş ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve yerinde olduğunu kabul etmiştir<sup>66</sup>.

Mahkeme E.S. kararında, Muhammed’in 6 yaşındaki kız çocuğuyla evlendiği iddiasını göz önünde bulundurarak başvurucunun, “ifadelerinin kısmen doğru olmayan hususlara dayandığını bilmesi (...)” gerektiğini belirtmiştir<sup>67</sup>. İfadelerin yanlış bilgilere dayandığına dair tespit, mevzu bahis konuya dair doğru ve net bilgilerin olmasını gerektirir. Oysa ki İslam tarihinde Ayşe’nin kaç yaşında Muhammed ile evlendirildiğine dair net bir bilgi yoktur<sup>68</sup>. Böylece Mahkemenin söz konusu ifadenin yanlış bilgilere dayalı olduğu yönündeki savı temelsiz görünmektedir. Dolayısıyla ifadenin hiçbir olgusal temele dayanmayan haksız saldırıdan ibaret olduğu yönündeki tespitin temellerinin de kısmen sarsıldığı söylenebilir.

E.S. kararı başka bir yönüyle dini hislerin korunmasıyla ilgili farklı bir sorunu gündeme getirmektedir. Söz konusu sorun dini hislerin korunması hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verilirken dine ve dinin kutsal saydığı değerlere ilişkin bilgilerin doğruluğunun nasıl tespit edileceğine ilişkindir. Bu konudaki birinci öneri<sup>69</sup> somut olaydaki konuya yönelik belirlemenin onun inananlar tarafından nasıl algılandığını göz önünde bulundurarak yapılması yönündedir. Örnek üzerinden değerlendirecek olursak daha önce sözü edilen karikatür olayında Muhammed’in karikatürünün çizilmesinin Müslümanların bir kesimine göre İslam dini ile bağdaşmaması, hakkın ihlal edilmiş olması için yeterli olacaktır. İnananların kabullerini esas alan bu önerinin sakıncalı yanları, aynı dine mensup birey ve mezhepler arasında, birçok hususa ilişkin farklı kabullerin bulunmasının yargı organlarının tespit yapmasını zorlaştırması ve çok sayıdaki dine ait sayısız kabullerin ifade özgürlüğünü sansürleme

<sup>66</sup> E.S. v. Austria, a.g.k., §§ 57-58.

<sup>67</sup> E.S. v. Austria, a.g.k., § 53.

<sup>68</sup> Buhârî, “Nikâh”, 40 (XI. 5227); 60 (XI. 5246); Müslim, “Nikâh”, 69-72 (II. 1038-1039)’dan aktaran Zeynep Canan Koçak, “İslam Öncesi Arap Aile Yapısının Hz. Peygamber ve Hadisler Üzerindeki Etkisi”, Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4(7), 2017, s. 262.

<sup>69</sup> Eren, “İslam Peygamberinin Karikatürünün Çizilmesi”, s. 365.

potansiyeline sahip olması şeklinde belirtilebilir. Diğer bir ihtimal ise ifadenin ihlal oluşturup oluşturmadığı noktasında dini referansların göz önünde bulundurulması yoluyla karar verilmesidir. Dinlerin kökeninin kadim zamanlara dayanıyor olması, dini doktrinlere ait birçok prensibinin günümüze kadar net bir biçimde aktarılamamasına sebep olmaktadır. Ayrıca dinlerin bazı güncel gelişmeler karşısındaki yorumlarının net olmaması da bu önerinin zafiyetini göstermektedir. Karikatür olayında, İslam’da Muhammed’in resmedilebilmesinin tartışmalı oluşu<sup>70</sup>, E.S. davasında Muhammed’in Ayşe ile kaç yaşında evlendiğinin net olarak bilinmemesi gibi durumlar, dini referans kriterinin de çok sağlıklı işleme-yeceğini göstermektedir. Böylece dini değerlere ilişkin ifadelerin söz konusu olduğu başvurularda meselenin nasıl çözüleceği de dini hisleri koruma hakkının diğer bir muammalı yönünü göstermektedir.

Kamusal tartışmaya katkı sunan-sırf haksız saldırıdan ibaret olan ifade ayrımı, kişinin mahrem hislerine ve dini duyarlılıklarına yönelik amaçsız söylemlerin sınırlanabilmesini, buna karşın kamusal tartışmaya hizmet eden söylemlerin korunmasını amaç edinmektedir<sup>71</sup>. Mahkemenin ortaya koyduğu ölçüt her ne kadar makul gibi görünse de ulaştığı sonuçların bir kısmı ölçütün mantığına ters düşmektedir<sup>72</sup>. Zira Mahkeme, zaman zaman sözü edilen *E.S.-Avusturya* kararında olduğu gibi kamusal tartışma-haksız saldırı ayrımında haksız saldırı lehine bir tavır sergileyerek kamusal tartışma kavramının içini boşaltma eğilimi göstermekte ve ifade özgürlüğünün sınırını daraltmaktadır. Ayrıca haksız saldırı kavramının içeriğinin muğlak oluşu ve hangi ifadelerin kamu yararı taşıdığı tespitinin çoğu zaman değer yargılarına dayanıyor olması, ifade özgürlüğünün sınırlanması hususunda belirsizliklerin doğmasına neden olmaktadır<sup>73</sup>.

## 2. İfadenin Bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi

İHAM’ın taraf devletlerin takdir marjını denetlerken önemseydiği hususlardan bir diğeri de ifadenin bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilmediği noktasında belirlemektedir. Mahkeme birçok kararında,

<sup>70</sup> Eren, “İslam Peygamberinin Karikatürünün Çizilmesi”, s. 365.

<sup>71</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1119.

<sup>72</sup> Altıparmak, “Kutsal Değerler”, s. 106.

<sup>73</sup> Inceoğlu, a.g.e., s. 116; Dinçer, a.g.e., ss. 1119,1125.

taraf devletçe yapılan ifadenin şiddeti ve hoşgörüsüzlüğü teşvik ettiği tespitinin “(...) ifadelerin ilk çağrıştırdığı şekliyle mi yoksa adil bir biçimde bütün içeriğin görülmesi ve yorumlanmasıyla mı (...)” yapıldığının, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunu belirlemede önemli bir kriter olduğunu belirtmiştir<sup>74</sup>.

Sözü edilen E.S. kararına tekrar dönecek olursak Mahkeme bu kararında da ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, ihlal olmadığına dair gerekçesinde esas itibarıyla Ayşe'nin evlendirilme yaşına ve Muhammed'e yönelik olarak yapılan hakaretimiz ifadeye odaklanmış, seminerin tamamını değerlendirmemiştir. Oysa karardaki alıntılanmış paragraflar bir bütün olarak değerlendirildiğinde farklı bir sonuca ulaşılabilir. Alıntılanan kısımda<sup>75</sup>, Muhammed'in birden fazla kadınla evli olduğu ve bunlardan birinin 6 yaşında bir kız çocuğuyla gerçekleştiğini dolayısıyla onun bu davranışlarının tüm Müslümanlarca yanlış bir şekilde örnek alınmasının bir sorun olduğu, bu sorunun bugün dahi varlığını koruduğu ve pedofili eğiliminin hiçbir koşulda kabul edilemeyecek olduğu ifade edilerek bir manada toplumsal bir tartışmaya katkı sunma çabasının olduğu gözlemlenebilir. Diğer bir ifadeyle başvuranın konuşmasının bütününde küçük yaşta çocuklarla evlilik sorununa dikkat çekmesinin Mahkemece yeterince dikkate alınmaması, karar gerekçesinin eksik olmasına neden olmuştur. Dolayısıyla ilgili kararda Mahkemenin, bir taraftan kamusal tartışmaya katkı sunma-haksız saldırı teşkil etme ayırımında haksız saldırı lehine yorum yaparak diğer taraftan da ifadenin tamamını değerlendirme yönündeki içtihadını gereğince uygulamayarak ifade özgürlüğü aleyhine tavır takındığı söylenebilir.

Mahkemenin müdahale için gerekçe olarak kabul edilen ifadelerin cımbızlanmasını yadırgamadığı bir diğer karar da daha önce sözü edilen *İ.A.-Türkiye* kararıdır. İlgili kararda aktarılan pasajların, hangi içerikten alındığı ve ifade edilme amacının ne olduğu, tespit edilemeyecek biçimde kısadır<sup>76</sup>. Ayrıca Cumhuriyet savcısının kamu davasını ihbara dayanmaksızın doğrudan kendisinin açmış olması da kamu düzeninin korunması, başkalarının hakkının korunması gibi meşru amaçların kabul

<sup>74</sup> Mariya Alekhina and Others v. Russia, a.g.e., § 219.

<sup>75</sup> E.S. v. Austria, a.g.k., § 13.

<sup>76</sup> Cram, a.g.e., s. 326.



edilebilirliğini güçleştirmektedir. Yalnızca tek baskı yapan ve henüz hakkında hiç ihbar bulunmayan bir eserdeki en provokatif ve saldırgan ifadelerin seçilmesi ve dini değerlere yönelik haksız saldırı içerdiği iddiasıyla yasaklanması, azınlık ve muhalif olanın kolayca susturulması yönündeki eğilimi teyit etmektedir<sup>77</sup>.

### 3. İfade Aracı, İfadenin Ortaya Çıktığı Şartlar ve Hedef Kitle

Mahkeme, dine ve dinlerin koruduğu değerlere ilişkin ifadeleri değerlendirdiği birçok kararında ifadenin hangi şartlarda ve araçlarla aktarıldığının ve ifadenin ulaştığı/ulaşma potansiyelinin bulunduğu hedef kitlenin, müdahalenin meşruluğu açısından önem arz ettiğini belirtmiştir. Özellikle de ifadenin hedef kitesini göz önünde bulundurması Mahkemenin taraf devletlere yüklediği *dini barışı koruma* yükümlülüğünün bir uzantısı niteliğindedir. Buna göre ulus devletlerin Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında korunan din özgürlüğünün barışçıl bir şekilde kullanılmasını temin etme sorumluluğu vardır<sup>78</sup>. Böylece taraf devletlerin din ve dini değerler aleyhine sarf edilen ifadelere karşı müdahalede bulunurken, ifadenin hedef kitesini, dolayısıyla dini barışı bozma potansiyelini göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Venedik Komisyonu da *İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü* başlıklı raporunda ifadelerin dine hakaret veya nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesinde, içerisinde yer aldığı bağlamın ve hedef aldığı kitlenin göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır. Bu noktada ifadelerin kamuya açık bir ortamda ya da kamuya açık bir şekilde mi yoksa herkesin erişimine açık olmayan, bilet ile erişilebilen bir ortamda mı dışa vurulduğu oldukça önemlidir. Örneğin, medya aracılığıyla yayılan ifadelerin mevcut ortamın potansiyel etkileri ışığında özel bir önemi vardır. Bu bağlamda görsel ve işitsel medyanın genellikle yazılı medyadan çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu söylenebilir<sup>79</sup>.

Mahkemenin söz konusu kriterle ilgili bir değerlendirmeyi gerekli kılan ilk kararı *M'bala M'bala-Fransa* kararıdır. Başvurucu Dieudonne

<sup>77</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1122.

<sup>78</sup> Otto-preminger-Institut v. Austria, a.g.k., § 47.

<sup>79</sup> Venedik Komisyonu, *İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki Hakkında Rapor: Blasphemy'in Düzenlenmesi ve Yargılanması, Dine Hakaret ve Dini Nefrete Tahrik*, CDL-AD(2008)026, §§ 69-70.

M'bala M'bala bir komedyen olup 2008 yılında yapmış olduğu gösterinin sonunda, ağırlıklı olarak Nazi kamplarındaki gaz odalarının varlığını reddeden görüşleri sebebiyle Fransa'da birçok kez mahkûmiyet alan ve özellikle 2007 yılında insanlığa karşı bir suçu reddettiği için suçlu bulunan tarihçi David Faurisson'u sahneye davet etmiş ve seyircilere alkışlatmıştır. Ayrıca Başvurucu, toplama kampındaki Yahudi sürgünlerin kıyafetlerini andıran ve üzerine Davut yıldızı (Yahudi yıldızı) dikilmiş çizgili bir pijama giyen aktörü sahneye davet ederek Faurisson'a üç elma taşıyan üç dallı bir şamdan şeklindeki ödülünü takdim ettirmiştir. Yerel Mahkeme ödülün şekil itibarıyla Yahudi dininde kutsal bir simge olan 7 kollu şamdanın kol sayısının üçe düşürülmesi ve mumlar yerine elmalar konulması ile oluşturulduğunu, bu sebeple dini simgenin itibarını zedeleme amacı taşıdığını belirtilmiştir. Bu nedenle başvurucu, Yahudilik inancına sahip insanları aşağıladığı ve Yahudi soykırımını inkâr ettiği gerekçesiyle hüküm giymiş ve daha sonra ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. İHAM yaptığı değerlendirmede yerel mahkemelerin söz konusu ifadelerin bir eğlence performansının sınırlarını aştığı yönündeki iddiasını makul bulmuştur. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun sergilediği ifadelerin nefret ve antisemitizm içerikli olduğunu ve soykırımı reddettiğini dolayısıyla özellikle de adalet ve barış olmak üzere Sözleşme'nin koruduğu temel değerlerle bağdaşmadığını ve ifadelerin 17. madde bağlamında hakkın kötüye kullanılması manasına geldiğini belirterek başvuruyu konu yönünden kabul edilemez bulmuştur<sup>80</sup>.

İHAM'ın sergilediği bu tutum, başvurucunun söylemlerinin bir ifade olmadığı, dolayısıyla bu söylemlere karşı 10. maddenin sınırlandırma rejiminin dahi tatbik edilemeyeceği manasına gelmektedir<sup>81</sup>. Mahkemenin bu sonuca ilişkin gerekçelerine ve başvurunun sonucuna ilişkin birkaç çekince ileri sürülebilir. Mahkeme birçok kararında olduğu gibi bu kararında da 10. madde kapsamında değerlendirme yaparken rahatsız edici ifadelerin hangi bağlamda ve şartlarda ortaya çıktığının incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte ilgili ifadelerin bir komedi performansında sarf edilmesi meselesi, karar gerekçesinde

<sup>80</sup> M'bala M'bala v. France, App. No. 25239/13, 20.10.2015, §§ 37,39.

<sup>81</sup> Altıparmak, "Fazıl Say'ın Tweetleri".

kendisine yeterince yer bulmamıştır. Komedi performansları<sup>82</sup> doğası gereği ciddiyetten uzak, şovmenlerin insanları ve bazı değerleri alaya alabildiği eğlence programlarıdır. Dolayısıyla Mahkeme kararında bu tür performanslardaki ifadelerin en azından kendi bağlamında kabul edilebilir olup olmadığı yönünden değerlendirilmesi gerekirdi. İHAM, programın içeriğine ilişkin yaptığı değerlendirmede, insanlığa karşı suç işleyen birinin sahneye çağırılması ve ona ödül verilmesinin bir eğlence programının amacını aştığını belirtmekle yetinmiştir<sup>83</sup>. Ayrıca gerek yerel mahkemelerin gerekse İHAM'ın birtakım gerekçeleri, doğrudan performansdaki ifadelerle değil de bu ifadelerin yorumlanmasına dayanmaktadır. Örneğin daha önce ırkçı ve antisemitik söylemleri nedeniyle hüküm giyen Robert Faurisson'un sahneye çağırılmasının ve ödülün 3 kollu şamdan şeklinde bir sunulmasının Yahudiliği aşağılama<sup>84</sup> ve soykırımı reddetme amacı taşıdığı ileri sürülmüştür. Kaldı ki belirtilen ifadelerin soykırımı inkâr ettiği<sup>85</sup> ve Yahudiliği aşağıladığının kabul edilmesi durumunda dahi Mahkemenin bu ifadeleri hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirerek başvuruyu reddetmesi İHAM'ın genel bakış açısıyla çelişmektedir<sup>86</sup>. Zira dinlere ve tarihi-siyasal olaylara ilişkin ifa-

<sup>82</sup> Bu tür ifade yöntemlerinin amacının başlı başına eleştirmek, alaya almak, aşağılamak olduğu, dolayısıyla dini değerleri konu edinmemesi yönündeki görüş için bkz. Eren, "İslam Peygamberinin Karikatürünün Çizilmesi", ss. 360,365.

<sup>83</sup> M'bala M'bala v. France, a.g.k., § 39.

<sup>84</sup> Mahkemenin dinle ilişkili olarak nefret söylemi nedeniyle hakkın kötüye kullanıldığını gerekçe göstererek konu yönünden kabul edilemez bulduğu diğer bir başvuru da Norwood-Birleşik Krallık başvurusudur. Norwood başvurusu, İngiliz Ulusal Partisi'nin bölgesel organizatörü olan başvurusunun Müslümanları 11 Eylül saldırıları ile ilişkilendirerek hedef gösteren bir posterini oturmakta olduğu 1. kattaki dairesinin duvarına asmasına ilişkindir. (Norwood v. U.K., App. No. 23131/03, 16.11.2004). Dolayısıyla söz konusu karar, ifadenin doğrudan bir dini gruba yönelik nefret söylemi içermesi yönüyle M'bala M'bala kararından farklıdır.

<sup>85</sup> Mahkeme, Holokostun ortaya çıkmasını sağlayan nedenlerin ve koşulların tartışılmasını kötüye kullanma yasağı kapsamında görmemektedir. (Bkz Kamusal Tartışma-Haksız Saldırı Ayrımı başlığı altında incelenen Giniewski-Fransa kararı).

<sup>86</sup> Nitekim Mahkeme, 17. maddeyi tarihsel gerçeklikler açısından yalnızca Holokosta ilişkin olarak uygulamaktadır. (Altıparmak, "Kutsal Değerler", s. 92). Örneğin Mahkeme, Orban ve Diğerleri-Fransa başvurusunda Cezair'deki soykırımı haklılaştırma çabalarının yer aldığı bir kitabın tarihsel tartışmalara katkı sunduğunu belirtmiş ve başvuruçuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. (Orban and Others, App. No. 20985/05, 15.01.2009).

delerin Avrupa genelinde ve Mahkeme içtihatlarında belli ölçüde tolere edildiği görülürken<sup>87</sup>, söz konusu davada Yahudi soykırımını inkâr ettiği ve antisemitist olduğu iddia edilen ifadelerin korunmasına ilişkin başvurunun kabul edilemez bulunması tutarlı görünmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğüne karşı 17. maddenin uygulanabilmesi için ilgili davranışın amacının şiddet veya nefreti yaymak, demokratik olmayan metotlara başvurmak, demokratik ve çoğulcu sistemi yıkmak veya ırkçı amaçları gerçekleştirmeye çalışmak olmalıdır<sup>88</sup>. Holokostun inkâr edilmesinin Avrupa'nın bazı ülkelerinde suç sayılması ve İHAM tarafından ifade olarak addedilmemesi, Sözleşme'nin temelindeki açık fikirlilik ve çoğulculuk anlayışlarıyla bağdaşmaz<sup>89</sup>.

Sözleşme'nin 10. maddesinde sayılan meşru amaçların bağlantılı olduğu bir diğer husus da ifadenin hedef kitlesidir. Mahkeme içtihatlarına göre kamu düzeni, genel ahlak ve başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçlar ancak ifadenin etkilediği kitle ile birlikte düşünüldüğünde anlam ifade edebilir. Bir gazeteci ve aktivist olan başvurunun Rusya aleyhine yaptığı başvuruda<sup>90</sup> Mahkeme, daha önce sözü edilen diğer hususları ve ifadenin hedef kitlesini birlikte göz önünde bulundurarak karar vermiştir. Dava başvurunun 2003 yılında gazetede yayımlandığı makalelerine ilişkindir. Hükümetin iddiasına göre başvuru makalelerinde Rusya hükümeti ve ordusunun Çeçenlere yönelik tavrını ağır bir biçimde eleştirmiş, Çeçen ayrılıkçı hareketini desteklemiş ve Ruslar ile Ortodokslara yönelik nefret söyleminde bulunmuştur. Başvuran makalelerinden dolayı beş yıl hürriyeti bağlayıcı ve üç yıl işinden el çekirme cezası almıştır. Başvurunun dini hislerle ilgili olan boyutu ise başvurunun *Ortodokslar Tamamıyla Sapıttılar* başlıklı makalesidir. Makalede kimliğinden bahsedilmeyen bazı Ortodoks teologlarının, İsa'nın Yahudiler tarafından değil Çeçenler tarafından çarmıha gerildiğini söylediği yazmaktadır. İHAM, makale içerisinde yalnızca teologlardan bah-

<sup>87</sup> Başvurucu da Fransa'da diğer soykırımların çok daha rahat bir biçimde tartışılabilirdiğini fakat Yahudi soykırımına ilişkin ifadelerin kolayca saldırganlık olarak algılandığı argümanını ileri sürmüştür. (M'bala M'bala v. France, a.g.k., § 29).

<sup>88</sup> Lehideux and Isorni v. France, App. No. 24662/94, 23.09.1998, Concurring Opinion of Judge Jambrek, § 2.

<sup>89</sup> Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", Anayasa Yargısı Dergisi, 28, 2011, s. 30.

<sup>90</sup> Stomakhin v. Russia, a.g.k.

sedilmesine karşın başlıkta tüm Ortodokslara ilişkin bir ifade kullanılmasını nefret söylemi olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, başlığın bu şekilde kullanılmasını ilgili iddianın tüm Ortodokslara ithaf edilmesi olarak yorumlayan yerel mahkemelerin bu görüşüne katılarak bu açıdan adil bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir<sup>91</sup>. Fakat Mahkeme ayrıca yaptığı orantılılık değerlendirmesinde “*söz konusu ifade ortamının potansiyel etkisinin, müdahalenin orantılılığı dikkate alınırken önemli bir faktör (...)*” olduğunu vurguladıktan sonra başvurucunun yazı yazdığı dönemde tanınmayan bir yazar olduğunu, ifadelerin başvurucunun kendisinin yayımladığı ve az sayıda baskısı olan bir gazetede bulunduğu ve gazetelerin başvurucunun kendisi ve yakınları tarafından dağıtıldığını belirtmiştir. Dolayısıyla söz konusu gazetenin sirkülasyonu oldukça sınırlıdır. Tüm bu faktörler dava konusu ifadelerin; başkalarının hakları, ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya kamu düzeni üzerindeki etkisini oldukça azaltmıştır. Bu nedenlerle başvurucuya verilen ceza meşru amaçlarla orantılı bulunmamıştır<sup>92</sup>.

Belirtmek gerekir ki sayılan bu kriterler Mahkemenin dini hislerin korunması gereken bir değer olduğu fikrine dayalı olarak ve ancak dini hisleri koruma fikrinin sakıncalarını giderdiği ölçüde makul kabul edilmelidir. İHAM, dine ve dini değerlere yönelik saldırılara ilişkin *İ.A.-Türkiye, Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya* gibi bazı eski tarihli kararlarında bu fikrin aksine değerlendirmeler yapmıştır. *Otto Preminger Enstitüsü* davasında ifadenin yöneldiği dinin mensuplarının bölge nüfusunun çoğunluğunu oluşturmasını ifade özgürlüğü aleyhine değerlendiren Mahkeme, İ.A. davasında, dava konusu kitabın tek baskı yapmasını ifade özgürlüğü lehine yorumlamayarak müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu kararların hiçbirinde ifadenin yöneldiği kitle kriteri bağlamında ifade özgürlüğü lehine bir değerlendirme yapmamıştır. Güncel kararların çoğunluğunda ise İHAM’ın bu kriterleri en azından ilke olarak benimsediği görülmektedir. *Stomakhin-Rusya* davası Mahkemenin gerek bu kriterleri makul bir biçimde değerlendirmesi gerekse etkili bir orantılılık denetimi yaparak taraf devletlere kullanılan araç ile elde edilmek istenen amaç arasında adil bir denge kurulması yönünde mesaj vermesi bakımından önemlidir.

<sup>91</sup> *Stomakhin v. Russia*, a.g.k., § 122.

<sup>92</sup> *Stomakhin v. Russia*, a.g.k., §§ 131-132.

### III. ÇÖZÜM ÖNERİSİ: DİN VEYA DİNİ HİSLER YERİNE BİREYLERİN KORUNACAĞI BİR YÖNTEM

İHAM'ın *Otto Preminger Enstitüsü* kararıyla ortaya attığı dini hislerin korunması tezi, Mahkeme içtihatlarının değişmesi ile zamanla yumuşamıştır. Mahkeme sözü geçen davadan kısa bir süre sonra verilen *Wingrove* ve sonraki kararlarında dini hislerin korunması hakkının Sözleşme kapsamında olduğu tezinden vazgeçmiş, yakın tarihli kararlarında ise taraf devletlere tanıdığı geniş takdir marjının denetimini daha etkin bir biçimde gerçekleştirmeye başlamıştır. Bununla birlikte özellikle oldukça güncel olan *E.S.* kararında Mahkemenin dini değerler lehine ve ifade özgürlüğü aleyhine sergilediği tavır, dini hisler bağlamında henüz net bir içtihadın yerleşmediğini göstermektedir. Bu belirsizlik temelde dini değerlerin ve dini hislerin muğlak olmaları nedeniyle korunmalarının zorluğundan ileri gelmektedir. Dini değerlerin ve dini hislerin korunması yerine doğrudan bireyler veya gruplar aleyhine gerçekleşen saldırılara yönelik koruma getirilmesi tezi, bir taraftan ifade özgürlüğü lehine daha geniş bir alan açacak, diğer taraftan da sözü geçen belirsizliklerin ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Mevcut durum üzerinde bir değerlendirme yapıldığında bu tezin hayata geçirilmesi amacıyla iki bileşenli bir çözüm önerisi ileri sürülebilir: Birincisi, dine hakaret (blasphem) ile nefret söylemi arasında bir ayırım yapılması ve yalnızca nefret söylemine karşı koruma geliştirilmesi, ikincisi ise dini değerleri ve dini hisleri korumayı amaçlayan bir hak kategorisi yerine kişiler aleyhine gerçekleşen saldırılara karşı başta din ve vicdan özgürlüğü olmak üzere diğer haklarla koruma sağlanmasıdır.

#### A. Nefret Söylemi ve Dine Hakaret Arasında Ayırım Yapılması

Dini değerlere hakaret ile nefret söylemi, birbirinden farklı kavramları ifade etmektedir<sup>93</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nefret söylemini: “*Yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi (...)*” olarak tanımlamaktadır<sup>94</sup>. Dolayısıyla nefret söylemi, belirli ortak özellikleri ile ön plana çıkan halk kesimine yönelik olarak nefret ve önyargı kaynaklı, onların onur ve hay-

<sup>93</sup> Altıparmak, “Fazıl Say’ın Tweetleri”.

<sup>94</sup> Bkz. R(97) 20 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, 1997.

siyetini aşağılamaya veya o kesime hakaret etmeye yönelik ifadeleri anlatır. Nefret söylemi içeren davranışların engellenmemesi, nefret söyleminin yöneldiği grup üyelerinin kendilerini toplumun eşit bireyleri olarak görmelerini engeller. İHAM çeşitli kararlarında nefret söyleminin oluşması için ifadelerin açıkça şiddete davet niteliğinde olmasının şart olmadığını, herhangi bir gruba yönelik aşağılayıcı, dalga geçici veya karalayıcı ifadelerin de zaman zaman nefret söylemi kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir<sup>95</sup>. Dolayısıyla nefret söylemi bazen ilgili grubun bireylerine psikolojik zarar vermekle yetinirken bazen de onlara yönelik olarak şiddet eylemlerini teşvik edebilir.

Dine hakaret ve dinsel nefrete ilişkin düzenlemelerinin koruduğu değerler birbirinden farklıdır. Dinsel nefrete ilişkin düzenlemeler inananları sırf inançları dolayısıyla karşılaşacağı şiddet eylemi veya ayrımcılığa karşı korurken dine hakarete ilişkin düzenlemeler, dinleri veya dini değerleri korumaktadır<sup>96</sup>. Ayrıca tecrübeler dine hakaret durumunda hakaret edilen dinin mensuplarından daha çok hakaret eden kişilerin insan haklarının ihlal edildiğini göstermektedir<sup>97</sup>. Dinsel nefret söyleminin söz konusu olabilmesi için, ifadenin başkalarının haklarını kullanmasını olumsuz biçimde etkileyecek bir potansiyele sahip olması gerekmektedir. Buna karşın dine hakaret, doğrudan doğruya bireylere yönelik nefret ve düşmanlık söylemleri içermemektedir. Örneğin bir dinin mensuplarının terörizmle bağdaştırılması, onların toplumdan dışlanmasına ve ikinci sınıf bireyler haline gelmesine neden olabileceği için ayrımcılık yasağı ile inananların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eder ve nefret söylemi oluşturur. Buna karşın bir kutsal kitabın insan yazımı olduğunu söylemek veya kutsal kitaba hakaret etmek, doğrudan inananları hedef almasından dolayı nefret söylemi oluşturmaz. Bu nedenle bazı değerlerin bir kesim tarafından dokunulmaz ve kutsal kabul edilmesinden ve sonucunda bu kişilerin hislerinin incinecek olmasından ötürü diğer insanların nefret söylemi içermeyen ifadelerinin baskılanmaması gerekmektedir<sup>98</sup>.

Dinsel nefret ile dine hakaret literatürde ve uygulamada zaman zaman iç içe kullanılmakta ve karıştırılmaktadır. Şüphesiz durumun

<sup>95</sup> Dmitriyevskiy v. Russia, App. No. 42168/06, 03.10.2017, § 99.

<sup>96</sup> Kaya, a.g.e., s. 554.

<sup>97</sup> Allison G. Belnap, "Defamation of Religious: A Vague and Overbroad Theory That Threatens Basic Human Rights", *Bringam Young University Law Review*, 2010(2), s. 652.

<sup>98</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1119.

kendine özgü koşulları bağlamında dine hakaret ve nefret söylemi iç içe geçmiş olabilir. Bununla birlikte dine ve dini değerlere yönelik hakaretimiz ifadeler nefret söylemi kapsamında değerlendirilemez<sup>99</sup>. Nefret söylemi bireyleri hedef alırken dine hakaret, bir kesim tarafından üstün olarak addedilen değerleri hedef almaktadır. Venedik Komisyonu da raporunda dine hakaret ile dinsel nefret söylemi arasındaki ayrıma dikkat çekmiştir. Bununla birlikte Komisyonun da vurguladığı üzere nefret söylemi ile dine hakaret arasındaki sınırı tespit etmek çoğu zaman oldukça zordur. Komisyona göre bu sorun, dini hislerin aşağılanmasını yaptırma bağlamak yerine nefret söylemi kavramının uygun bir biçimde anlamlandırılması ile çözümlenmelidir. Demokratik toplumlarda tüm diğer gruplar gibi dini gruplar da kritik kamusal eleştirileri ve inançlarının, öğretilerinin ve aktivitelerinin tartışılmasını; nefret söylemine, kamu düzenini bozmaya ve ayrımcılığa varmadığı sürece kabul etmek zorundadır<sup>100</sup>.

İHAM, bazı kararlarında ifadelere yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda meşru amaca hizmet edebilmesi için ifadelerin şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü teşvik etmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>101</sup>. Buna karşın Mahkeme diğer bazı kararlarında ise nefret söylemi ile dine hakaret arasındaki hassas çizgiyi ortaya koyamamıştır. *Bremner-Türkiye* davasında Mahkeme dava konusu ifadelerin “(...) hem herhangi bir dini gruba yönelik nefret veya şiddete yol açmadığı hem de herhangi bir dini grubun inanç ve kanaatlerini karalamadığı için (...) nefret söylemiyle ilgili olmadığını (...)” belirtmiştir<sup>102</sup>. Mahkemenin söz konusu tespiti, bir dini grubun inanç ve kanaatlerini karalayan ifadelerin de nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği manasına gelmektedir.

Dinsel nefret ile dine hakaret kavramlarının sıkça karıştırılıyor olması bazı ülkelerin ulusal mevzuatlarında bu iki kavram arasındaki ayrıma vurgu yapılmasına neden olmuştur. Örneğin Birleşik Krallık *İrksal ve Dinsel Nefret Yasası*’nın *İnsanlara karşı Dini Bağlamda Nefret Söylemi* başlıklı 29. maddesinde dinsel nefret kavramı, “*Dini inancı veya dini inancının olmaması referans alınarak tanımlanan bir gruba karşı nefret (...)*” olarak ifade edildikten sonra “*Kanunun ilgili kısmındaki hiç-*

<sup>99</sup> Altıparmak, “Fazıl Say’ın Tweetleri”.

<sup>100</sup> Venedik Komisyonu, a.g.r., §§ 68-89,72.

<sup>101</sup> *Ibragım Ibragimov and Others v. Russia*, a.g.k., §§ 119-120.

<sup>102</sup> *Bremner v. Turkey*, App. No. 37428/06, 13.10.2015, § 75.



*bir ifade, din ve inançların ve inananların uygulamalarının tartışılması, eleştirilmesi, haklarında antipatik ifadelerinin kullanılması, beğenilmesi, dalga geçilmesi, aşağılanması, hakaret edilmesi veya taciz edilmesinin yasaklanması veya sınırlandırılması biçiminde anlaşılabilir veya uygulanamaz."* hükmüyle dine hakaretin nefret söylemi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir<sup>103</sup>.

Bireylerin ve grupların dini hassasiyetleri korunurken göz önünde bulundurulması gereken temel ölçüt, ülkelere geniş takdir marjının bırakıldığı kamu düzeni ve kültürel hassasiyetleri ön plana çıkararak korumacı anlayıştan ziyade nefret söylemini ve başkalarını yok sayan, dışlayan ifadelerle mücadele olmalıdır<sup>104</sup>. Bu bağlamda ifade özgürlüğü ancak ifadenin hedef aldığı birey ve grupların kendilerini toplumun eşit bireyleri olarak görmesini engellediği ve onları topluma yabancılaşmaya zorladığı ölçüde sınırlanabilmelidir. Diğer bir deyişle ifade özgürlüğü sözü edilen Birleşik Krallık *Irksal ve Dinsel Nefret Yasası* 'nda da vurgulandığı üzere sırf bir kesim için "(...) saldırgan, şoke edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler (...)" içermesi gerekçe gösterilerek sınırlandırılmamalı<sup>105</sup>, sınırlama için ifadelerin başkalarının haklarına doğrudan zarar vermesi şartı aranmalıdır. Dolayısıyla dini hisler bağlamında sansürü meşru kılabilecek amaç, diğer insanların toplumsal yaşamın dışına itilmesini önlemek olmalıdır<sup>106</sup>.

## **B. Dini Hislerin Korunması Yerine Alternatif Haklarla Koruma Sağlanması**

Makalenin şimdiye kadarki kısmında genel hatlarıyla dini hislerin korunmasındaki hak süjesi, korunan değer ve belirsizlik sorunlarından bahsedilmiştir. Dini hislerin korunması hakkı, inananların haklarını değil dini ve dinin kutsallarını korumaya yönelmektedir<sup>107</sup>. İnsan haklarının bir kurum olarak dinin korunması amacıyla sınırlandırılması, spekülasyon nedenlere dayanmaktadır. *Gerçek olmayan temel hak çatışması* veya

<sup>103</sup> Racial and Religious Hatred Act, Article 29/A, J, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/schedule> (01.05.2019).

<sup>104</sup> Dinçer, a.g.e., s. 1126.

<sup>105</sup> Handyside v. U.K., App. No. 5493/72, 07.12.1976, § 49.

<sup>106</sup> Cram, a.g.e., s. 328; Altıparmak, "Kutsal Değerler", s. 92.

<sup>107</sup> Altıparmak, "Fazıl Say'ın Tweetleri".

*dikey hak çatışması* olarak anılan bu durum, dolaylı ve spekülâtif bir çatışma yarattığı için hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gerekçe olarak kullanılmamalıdır. Buna karşın *gerçek temel hak çatışması* veya *yatay hak çatışması* ise bireylerin sahip olduğu hakların birbiriyle çatışması durumunu anlatır. Gerçek temel hak çatışmasında kişilerin somut haklarının birbiriyle çatışması ve bu hakların dengelenmesi söz konusu olur<sup>108</sup>. İfade özgürlüğü ile dini hislerin korunması arasında ortaya çıkan gerçek olmayan hak çatışması, dinin mensuplarının bir kimsenin hakkını kullanmasına karşı vereceği tepkiye bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim İHAM'ın dini hisler ile ifade özgürlüğünün dengelenmesinde ülkelere bıraktığı geniş takdir marjı da aslında çatışmanın somut olarak gerçekleşmediğini, inananların mevcut/potansiyel his ve tepkilerine göre spekülâtif kaynaklı olduğunu doğrular niteliktedir.

Hak ve özgürlüklerin korunmasının temel mantığı, zayıf olanın haklarının devlet ve çoğunluk karşısında güvence altına alınmasıdır. Temel bir hak olan ifade özgürlüğünün sırf çoğunluğun veya etkili bir azınlığın göstereceği şiddet ve hoşgörüsüzlük nedeniyle kayıtlanması manasına gelen *dinleyici vetosu*, sınırlandırmanın meşru gerekçesi olmaz<sup>109</sup>.

İfade özgürlüğü ile kişilerin dini inançları arasındaki dengelenme sorununun yatay düzleme indirilmesi ve daha net bir biçimde çözülebilmesi için dinin veya dini hislerin korunması yerine ifadenin diğer hak kategorilerine yönelik bir saldırı içerip içermediğine bakılmalıdır. Bu noktada akla gelen ilk hak *dini inancından dolayı kınanmama ve suçlanmama hakkı*dır. Dini inançlarından dolayı kınanmama ve suçlanmama hakkı, dini hislerin korunması hakkından farklı olarak İHAS ve 1982 Anayasası kapsamında korunan bir haktır. Ayrıca söz konusu hak, inançlarından dolayı doğrudan *bireylere* yönelik olan saldırılara karşı güvence sağlamaktadır. Dolayısıyla dini hislerinden dolayı kınanmama ve suçlanmama hakkı, ifade özgürlüğünün başkalarının haklarının korunması nedeniyle sınırlandırılabilmesi için daha makul bir zemin oluşturacak-

<sup>108</sup> 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.'den aktaran Şirin, "İfade Özgürlüğü", s. 538.

<sup>109</sup> Belnap, a.g.e., s. 652; Kaya, a.g.e., s. 559.

tır<sup>110</sup>. Yine dinsel nefret söylemlerine karşı koruma sağlayabilecek diğer seçenekler, Sözleşme ve Anayasa kapsamında bulunan ayrımcılık yasağı, özel yaşama saygı hakkı gibi güvenceler olabilir<sup>111</sup>. Böylece bir taraftan inanç ve kanaat mensubu birey ve gruplara karşı gerçekleşen ayrımcı ve aşağılayıcı söylemler, daha önce sözü edilen belirsizliklerden uzak bir biçimde pozitif düzenlemelerce korunacak, diğer taraftan da ifade özgürlüğünün spekülatif meşru amaçlarla sınırlandırılması riski ortadan kalkacaktır.

### SONUÇ

Dinin, dini değerlerin ve bunlarla bağlantılı olan dini hislerin korunması fikri, ifade özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır. Başlangıçta ortaya konulan temel sorun, dini değerler ve dini hislerin ifade özgürlüğü gibi demokratik ve çoğulcu toplumun yapıtaşlarından olan bir hakkın kayıtlanması için meşru bir amaç olup olmadığıydı. Bu noktadaki temel çekince, doğrudan bireyleri hedef almayan, dini değerlere yönelik ifadelerin insan hislerini koruma amacıyla sınırlandırılmasının, ifade özgürlüğünü güvencesiz bırakacağı yönündedir. Ayrıca hiçbir pozitif dayanağı olmayan dini hislerin korunması savının, ancak istisnai hallerde kısıtlanabileceği kabul edilen ifade özgürlüğü karşısında bir denge unsuru olarak belirmesi de söz konusu fikrin diğer bir açmazıdır.

İHAM ve henüz tam manasıyla bir içtihadının oluştuğundan söz edilemese de Anayasa Mahkemesi, dini hislerin korunması hakkını ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru bir amaç olarak görmektedir. İHAS ve 1982 Anayasası'nın lafzi yorumundan türetilmeyecek olan bu hakkın, ifade özgürlüğü karşısında bir denge unsuru olması, gerek dinlerin ve dinin kutsal saydığı değerlerin gerekse insan hislerinin somut olarak tespit edilememesi nedeniyle birçok yönden belirsizliklerin doğmasına sebebiyet vermektedir. İHAM, bu belirsizlik sorununa çözüm getirme amacıyla dini değerlere yönelen ifadelere müdahale noktasında taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanıma eğilimi göstermektedir. Geniş takdir marjının doğurduğu sorun ise taraf devletlerin kamu düzeni, kamu güvenliği ve başkalarının hakkı gibi meşru amaçları genellikle

<sup>110</sup> Şirin, "İfade Özgürlüğü", s. 545.

<sup>111</sup> Şirin, "İfade Özgürlüğü", s. 543.

çoğunluk dinlerine yönelen ifadelerle karşı, ifade özgürlüğünün özüne zarar verecek şekilde kullanmakta olmalarıdır.

Makalenin son kısmında söz konusu sorunlara birbiriyle bağlantılı olan iki bileşenli bir çözüm önerisi getirilmiştir. Çözüm önerisinin temel mantığı, din ve dini hisler yerine doğrudan kişilere, yani din mensuplarına yönelik olan ifadelerin nefret söylemi içerip içermediğinin değerlendirilmesi ve nefret söylemi içeren ifadelerin dini inancından dolayı kınanmama ve suçlanmama hakkı, ayrımcılık yasağı, özel hayata saygı hakkı gibi pozitif dayanağı olan diğer hak kategorileriyle dengelenmesine dayanmaktadır. Böylece bir taraftan halihazırda din ile ifade özgürlüğü arasında dikey bir biçimde gerçekleşen çatışma durumu yatay düzlemde gerçekleşecek, diğer taraftan ise dengeleme faaliyetinde *his* gibi belirsiz bir kriter yerine *nefret söylemi* gibi doğrudan bireylere yönelen ayrımcı, aşağılayıcı veya şiddeti teşvik edici ifadeler göz önünde bulundurulacaktır.

## KAYNAKÇA

### I- KİTAPLAR VE MAKALELER

Ağırbaşı, Şennur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(101), 2012, ss. 83-102.

Altıparmak, Kerem, “Fazıl Say’ın Tweetleri ve Doğru Saydığımız Yedi Yanlış”, Bianet, 2013, [http://m.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis#\\_ftn10](http://m.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis#_ftn10) (09.11.2018).

Altıparmak, Kerem, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İletişim Yayınları, 2007, ss. 73-104.

Belnap, Allison G., “Defamation of Religious: A Vague and Overbroad Theory That Threatens Basic Human Rights”, Brigham Young University Law Review, 2010(2), ss. 635-685.

Cram, Ian, “The Danish Cartoons, Offensive Expression and Democratic Legitimacy”, Ivan Hare ve James Weinstein (Ed.), Extreme Speech and Democracy, Oxford University Press, 2009, ss. 311-330.

Dinçer, Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini His”lere Tanınan Koruma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2010, ss. 1101-1126.

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

Dworkin, Ronald, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 28, 2011, ss. 27-39.

Eren, Abdurrahman, “İnsan Hakları Hukuku Bakımından İslam Peygamberinin Karikatürünün Çizilmesi”, Mehmet Akman (Ed.), Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Beta Basım, 2015, ss. 355-368.

“Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 33, 2016, ss. 270-280.

Goolam, Nazeem M.I., “The Cartoon Controversy: A Note on Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy”, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 39(2), 2006, ss. 333-350.

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

İnceoğlu, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, ss. 83-130.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal yayıncılık, 2018.

Kaya, Yusuf Enes, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), ss. 549-571.

Koçak, Zeynep Canan, “İslam Öncesi Arap Aile Yapısının Hz. Peygamber ve Hadisler Üzerindeki Etkisi”, Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4(7), 2017, ss. 238-271.

Küçük, Adnan, İfade hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

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

R(97) 20 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, 1997.

Sturges, Paul, “Limits to Freedom of Expression? The Problem of Blasphemy”, *International Federation of Library Associations and Institutions*, 41(2), 2015, ss. 112-119.

Şirin, Tolga, “İfade özgürlüğü, Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 5(10), 2016, s. 544, ss. 527-550.

“Takdir marjı Doktrini” *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2(4), 2013, 359-399.

Şirin, Tolga ve diğerleri, *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

Temperman, Jeroen, “Blasphemy, Defamation of Religious and human Rights Law”, *Netherlands Quarterly of Human Rights Law*, 26(4), 2008, ss. 517-545.

Tokuzlu, Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, Sibel Inceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Basım, 2013, ss. 333-354.

Venedik Komisyonu, *İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki Hakkında Rapor: Blasphemy’in Düzenlenmesi ve Yargılanması*, Dine Hakaret ve Dini Nefrete Tahrik, CDL-AD(2008)026.

## **II-KARARLAR**

### **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi**

Aydın Tatlav c. Turquie, Requête No. 50692/99, 02.05.2006.

Brasilier c. France, Requête No. 71343/01, 11.04.2006.

Bremner v. Turkey, App. No. 37428/06, 13.10.2015.

Campbell and Cosans v. U.K., App. No.7511/76; 7743/76, 25.02.1982.

Choudhury v. U.K., App. No. 17439/90, 05.03.1991.

Dmitriyevskiy v. Russia, App. No. 42168/06, 03.10.2017.

E.S. v. Austria, App. No. 38450, 25.10.2018.

Giniewski v. France, App. No. 64016/00, 31.01.2006.

Gra Stiftung Gegen Rassismus Und Antisemitismus v. Switzerland, App. No. 18597/13, 09.04.2018.

Handyside v. U.K., App. No. 5493/72, 07.12.1976.

Ibragım Ibragımov and Others v. Russia, App. No. 1413/08; 28621/11, 28.08.2018.

Incal v. Turkey, App. No. 22678/93, 09.06.1998.

I.A. v. Turkey, App. No. 42571/98, 13.09.2005.

Klein v. Slovakia, App. No. 72208/01, 31.10.2006.

Lehideux and Isorni v. France, App. No. 24662/94, 23.09.1998.

Lingens v. Austria, App. No. 9815/82, 08.07.1986.

Mariya Alekhina and Others v. Russia, App. No. 38004/12, 17.07.2018.

M'bala M'bala v. France, App. No. 25239/13, 20.10.2015.

Norwood v. U.K., App. No. 23131/03, 16.11.2004.

Orban and Others, App. No. 20985/05, 15.01.2009.

Otto-preminger-Institut v. Austria, App. No. 13470/87, 20.09.1994.

Prager and Oberschlick v. Austria, App. No. 15974/90, 26.04.1995.

Sekmadienis LTD. v. Lithuania, App. No. 69317/14, 30.01.2018.

Stomakhin v. Russia, App. No. 52273/07, 09.05.2018.

Wingrove v. U.K., App. No.17419/90, 25.11.1996.

### **Anayasa Mahkemesi**

Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No. 2013/7443, 20.05.2015.

İhsan Taş Başvurusu, Başvuru No. 2014/11255, 21.11.2017.