

# AVRUPA'DA “ÇOK DEĞERLİ”, AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE “ÇOK KUTSAL” BİR KAVRAM: FİKİR HÜRRIYETİ?<sup>1</sup>

PROF. DR. ENDER ETHEM ATAY\*

**F**ikir hürriyeti, bir yönüyle tamamıyla kişisel, diğer yönüyle de siyasi ve toplumsaldır. Ayrıca günümüz toplumlarında ulusal ve uluslararası arenada temel hak ve hürriyet olma niteliği taşımaktadır. Bu hürriyet tam manasıyla bireyin düşünsel bağımsızlığının güvence altına alınabilmesi için farklı inanç, düşünce ve kanaate kamu otoritelerinin saygı duymasını zorunlu kılmaktadır.

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyeti ile bu hürriyetin açıklanması entelektüel varlığın temel şartıdır. Bireyin bu anlamdaki hürriyeti iki farklı anlam içermektedir: *İlk olarak* bireyin iç dünyasında varlık bulan, çekingen bir özellik taşıyan düşünce ve kanaatin oluşması ve değişmesi, *ikinci olarak* da sözü edilen düşünce ve kanaatin dış dünyaya yansıtılması söz konusudur. Hiç kuşkusuz bu bağlamda fikir hürriyetinin ikinci yansımasının birincisine yani düşünce ve kanaat ile inancın ifade edilmesi, açıklanması ve diğerlerini bu

Fikir hürriyeti, bir yönüyle tamamıyla kişisel, diğer yönüyle de siyasi ve toplumsaldır.

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

anlamda etkileyip ikna etmeye ilişkin anlamının bu hürriyetin diğer boyutunu oluşturan iç dünyada muhafaza edilmesi şeklinde ifadesini bulan ilk anlamına oranla daha büyük bir tehdit ve tehlike altındadır.<sup>2</sup> Pozitif hukukta ve özellikle demokratik rejimlerde genel olarak fikir hürriyetinin belirtilen bu ayrımı kabul görmekte ve bu hürriyetin ilk boyutu anlamında koruma en üst düzeyde sağlanılmakta ve bu anlamda bir sınırlamanın varlığı kabul edilmemektedir. Bir başka ifadeyle, fikir hürriyetinin ilk boyutunun suç oluşturma anlamında elverişli bir vasfı bulunmadığı, söz konusu hürriyeti doğası sınırlandırmaya müsait olmadığı ve bu nedenle de yasaklama ve hukuka aykırılığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Fikir hürriyetinin dış dünyaya yansıtılması anlamında asıl olan demokratik bir rejimde geçerli olan hürriyetlere ilişkin koruma ve güvence altında bulundurulması yani *“hürriyetin asıl sınırlandırmanın istisna olması”* dır. Ancak bu hürriyetin toplu olarak kullanılması, kullanıldığı durumlarda kamu düzenini etkilemesi ölçüsü, toplumsal yapı ve toplumsal

Fikir  
hürriyeti diğer  
hürriyetler  
arasında ilk  
sırayı işgal  
eden bir  
hürriyet  
değildir.

barışa zarar verebilme ihtimali gibi nedenlerle birtakım sınırlamalara tabi tutulduğu bilinmektedir. Burada din ve vicdan hürriyetine ilişkin getirilen sınırlandırmanın amacı inanca zarar verilmeksizin, inancın tehlikeye atılmadan başkalarının haklarını korumaktır. 26 Ekim 1995 tarihli Almanya aleyhine açılan Vogt Davasına ilişkin kararda mahkeme on leh, dokuz aleyhte oyla hukuken yasaklanmamış Alman Komünist Partisi bünyesindeki etkinlikleri dolayısıyla fakat görevi esnasında öğrencilere görüşlerini dayatmayan, beyinlerini yıkamayan eğitimciyi, eğitim kamu hizmetinden uzaklaştıran Almanya'yı mahkûm etmiştir. Benzer mahiyette olmak üzere AİHM Avusturya'ya karşı açılan Lingens Davasında 8

Temmuz 1985 tarihinde ilgili devletin yargı yerinin bir gazetecinin onurunu zedeleyen, küçük düşürücü kararından dolayı mahkûm etmiştir. Olayda gazeteci davacı maddi olayları ve iyi niyetini açıkça ortaya koymadığı için gerçeği kanıtlayamadığı gerekçesiyle cezalandırılmıştı. Mahkeme bu tür uygulamanın kendisinin hürriyete karşı bir tehdit ve tehlike olduğuna hükmetmiştir.<sup>3</sup>

Fikir hürriyeti diğer hürriyetler arasında ilk sırayı işgal eden bir hürriyet değildir. Bu anlamda olmak üzere seyahat hürriyeti, fikir hürriyetine oranla daha önceki bir tarihte ortaya çıkmış bir hürriyet sayılabilir. Mülkiyet hakkı kamu yararına aykırı kullanılmama şartına bağlı olmakla birlikte, diğer hürriyetlerin önüne geçen bir özelliğe sahiptir. Ancak fikir

hürriyetinin diğer hürriyetler içerisindeki ayırt edici özelliği, modern anlamda hürriyetler arasında ilk sırayı işgal etmesidir. “Hoşgörü” ve “çoğulculuk” diğer hürriyetler içinde önemli olmakla birlikte, fikir hürriyeti için olmazsa olmaz şart niteliğindedir. Söz konusu özellik demokrasi ile bu hürriyetin varlık bulması ve demokrasinin mevcudiyeti ve ilerlemesi için yine bu hürriyetin gerekli olmasının bir sonucudur. Düşünce ve kanaat hürriyetinin bu özelliği muhtemeldir ki insanın düşünen bir yaratık olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Hür bir şekilde düşüncelerin dile getirilebilmesi, dünya görüşünün dış dünyaya yansıtılabilmesi, düşünce, kanaat ve inançların savunulabilmesi, toplumu şoke edebilecek, derinden sarsıp etkileyebilecek yani altüst edebilecek<sup>4</sup> hatta geniş ölçüde endişeye sevk edecek dahi olsa genel kanaat ve düşüncelerin yaşam, hürriyet ve mal güvenliği anlamında bir endişe taşınmaksızın, düşüncenin bütünlüğü ve birliği anlamında dış dünyaya aksettirilmesinin tereddüt duyulmadan gerçekleştirilebilmesi yani fikir hürriyetinin farklı veçhelerine, ifade tarzlarına ilişkin hürriyet anlayışının ortaya çıkışı ve kabulü, insanlık tarihi açısından yakın bir tarihe rastlamaktadır. Fikir hürriyetinin etkili bir şekilde muhafazası 18. yüzyılın sonlarındaki devrimler çağının ötesine kadar uzanmamaktadır.

Fikir hürriyetine ilişkin hak kaynağını, 16. yüzyıldaki reformların yol açtığı köklü değişimlerde bulmaktadır. İsimlerinin de belirttiği gibi “**Protestanlar**” farklılıklarını ön plana çıkaran ve anlaşılmasını sağlamak amacıyla “*farklı olabilme hakkını*” (*droit à la dissidence*) ısrarla dile getirmiş, savunmuş ve talep etmişlerdir. İnanç ve dinî hürriyetlerin (*liberté de conscience*) ayrılmaz bir parçası olan fikir hürriyeti, medeniyeti aydınlatan far (*liberté phare de la modernité*) gibidir. Söz konusu far insanlığı teknik ve bilimsel gelişmelere yol açarak maddi anlamda karanlıklardan çıkardığı gibi ahlaki, moral anlamında da “*insanileştirme*” işlevini yüklenmektedir. Söz konusu farın ışığının gücü işlevlerinin yerine getirilmesinde doğru orantılı bir rol oynamıştır. Bireyin sosyal alana yönelmesi genel olarak düşünme ve karşı gelmenin bağımsızlaştırılması, toplumsal vesayetten kurtulma ile konunun kanıtlanması atbaşı gider. Fikir hürriyeti özgünlüğü olan, Batı’nın mükemmel bir şekilde ortaya koyduğu temel bir hak ve hürriyettir.

Dinî inanç ve vicdan hürriyeti ile fikir hürriyeti, birbirinin parçası ve yakın ilişkinin söz konusu edildiği hürriyetlerdir. Varlıkları birbirleriyle

Dinî inanç ve vicdan hürriyeti ile fikir hürriyeti, birbirinin parçası ve yakın ilişkinin söz konusu edildiği hürriyetlerdir.

yakından ve sıkı bir biçimde alakalıdır. Her ikisi de belli ölçüde bireyin iç dünyasındaki ihtiyacının bir bölümünü karşılamayı amaçlamaktadır. Ancak bu hürriyetler içerikleri anlamında birbirinden ayrılmaktadırlar. Bu anlamda dinî inanç ve vicdan hürriyeti, bireyin iç dünyasının derinliklerinde varlık bulan; ister dinî niteliğe isterse siyasi bir hüviyet kazancak olan felsefi bir anlayışa dayansın inanca, iman etmeye ilişkindir. Fikir hürriyetinin daha göreceli, yüzeysel ve değişkenlik gösteren bir niteliği bulunmaktadır. Bu iki hürriyetin net, kesin, belirgin bir şekilde birbirinden ayırt edilmesi her zaman için kolay değildir. Bu durum pozitif hukukumuz açısından AİHS örneğine uygun olarak Anayasa'da ayrı düzenleme konusu yapılmış ve Anayasa'nın 24. maddesinde "Din ve Vicdan Hürriyeti", 25. maddesinde "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" başlıkları altında düzenlenmiştir.

Din ve vicdan hürriyetinin istisnai durumunu ifade eden ve genellikle de askerlik hizmetine katılmayı reddetme şeklinde somutlaşan "**vicdani ret**" (*l'objection de conscience*) uygulaması anlamında hukuk sistemleri bakımından bir birliklilik söz konusu değildir. Bu çerçevede olmak üzere AİHS'nin uygulaması anlamında Sözleşme, üye devletlere vicdani reddi kabul etme yönünde bir yükümlülük getirmemektedir ve aynı şekilde vicdani reddin kabulü ilgilinin askerlik hizmeti yerine tamamıyla kamu hizmetlerinde çalışmadan kendisinin müstesna tutulmasına imkân tanımaz. Nitekim bu hakkı tanıyan Fransa'da<sup>5</sup> başlangıçtaki yasal düzenleme gereğince haktan yararlananlar zorunlu olarak askerlik hizmet süresinin iki katı bir süreyle kamu kurumlarında çalışmak zorundadır. Ancak burada AİHM'yi söz konusu hakkı tanıyan ülkeler açısından "**ayırıcılık yasası**"ndan hareketle bir denetimde bulunduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu süreçte Avrupa İnsan Hakları Komitesi 1995'teki bir şikâyete ilişkin kararında vicdani ret hakkını kullanan bir kişiye askerlik hizmeti süresinin iki katı süreyle ulusal kamu hizmetinde çalışma yükümlülüğünün getirilmesinin bir ayırıcılık anlamı taşıdığını, mantıklı ve objektif (nesnel) hiçbir kritere dayanmadığını belirtmiştir. Söz konusu görüş, Komisyonun kararının yargısal nitelik taşımasıyla bağlayıcı olmadığına işaret edildikten sonra Fransız Danıştay tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu Fransız Danıştay kararına göre de 28 Ağustos 2001 tarihli bir Kararnamenin askerlik hizmeti ile vicdani ret hakkından yararlananların zorunlu olarak çalıştırıldıkları ulusal kamu hizmetlerindeki süreyi iki aya indiren düzenlemesi mantıklı ve objektif bulunmamıştır.<sup>6</sup>

Dinî inanç veya felsefi kanaat hürriyeti pozitif hukuka kamu hizmetlerinin sunulması sürecinde kanun önünde eşitlik ilkesinin bir uzantısı olarak tarafsızlık ilkesinin uygulanmasını sağlamaktadır. Bu durum "**kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesi**"<sup>7</sup> olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin sunulmasında dinî inançtan hareket edilemez

ve dinî inanç hizmetin sunulmasının yegâne amacını oluşturamaz. Söz konusu açıklama ülkemizde özellikle Diyanet İşleri Başkanlığının mevcudiyeti ve işlevleri ile ilköğretimde din derslerinin müfredatta yer alması ve durumun uygulanması anlamında ciddi tartışmaların yapılmasına yol açmaktadır. Kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesi aynı zamanda laiklik ilkesinin de bir gereğidir. Dinî inanç veya felsefi kanaat hürriyeti pozitif hukuka sadece kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi olarak yansımaz. Hürriyet aynı zamanda çalışanların ekonomik ve mali haklarının belirlenmesi ve kamu hizmetine girme anlamında da farklı uygulamaların yapılmasını yasaklamaktadır.

Dinî inanç hürriyetine ilişkin bağlılığın kaynağında ne olursa olsun, fikir hürriyeti mülkiyet hürriyetinden daha sonraki bir dönemde kabul görmüştür. Parlamento çatısı altında ifade hürriyetinin sağlanması amaçlanmakla birlikte düşünce hürriyeti sınırlandırılmış bir şekilde İngiltere’de ilk kez 1689’da Bill of Rights’da kabul görmüştür.<sup>8</sup> Parlamentolar için tanınan bu ayrıcalık demokrasinin temelini oluşturma özelliğinin yanında demokrasinin yozlaştırılması araçlarından biri olarak da değerlendirilmektedir. Ülkemizde karşılaşılan siyasi sorunların çözümlenmesi aşamasında söz konusu yasama sorumsuzluğu sorununun sürekli gündeme getirilmesi bu durumun somut bir örneğidir. 18. yüzyılda Anglosakson gözlemciliği, tecrübesi söz konusu hürriyete yeni bir soluklanma imkânı tanımış ve aydınlanma ruhunun olağanüstü bir şekilde gerçekleşmesi için mücadelenin altyapısını hazırlayarak basın hürriyetinin savunulmasına da yol açmıştır. Zira basın hürriyeti fikirlerin, düşünce ve kanaatlerin soyut platformdan somut bir platforma taşınmasında bireylerin bilgilendirilmesi işlevi yüklenmektedir. Bu anlamda söz konusu hürriyet bir başka işlev daha yüklenmekte ve genel bir kabul gören “*Hürriyetin sınırı başkasının hürriyetidir.*” ilkesi gereğince, hakaret ve sövmeye karşı da mücadelenin bir aracı olmuştur. Aynı hususu ırkçılık, silah ve güç kullanarak fikirlerin, düşüncelerin, inançların, felsefi veya siyasal anlayışların veya benzer nitelik taşıyan başka bir hususun benimsetilmesinin kabul edilemeyeceği anlamında da rahatlıkla söylenebilir. Belirtilen bu nokta ülkemizde özellikle siyasi partilerin yasaklanması rejimi anlamında önem kazanmaktadır.

Kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesi aynı zamanda laiklik ilkesinin de bir gereğidir.

Bilgi edinebilme ve bunu haberleşme yoluyla kullanabilme hürriyeti (*la liberté d’information ou de communication*) sadece düşüncenin yayılmasına ilişkin bir hak olma özelliği taşımaz. Bu hürriyet aynı zamanda oku-

yucu, dinleyici, izleyici, tüketici, genel olarak kamu için onların bir hakkı olarak önemli bir derecede sınırlamalara uğramadan hür bir şekilde bilgi ve haberlerin elde edilip değerlendirme ve karar alma sürecinde kullanılabilmesini de içerir. Bunun için bilgi edinme hürriyeti, bilgi kaynaklarının çokluğunun sağlanarak ilgilisinin bunlar içerisinden serbest, hür bir şekilde seçim yapabilmesine imkân tanınmasını da içerir. Burada bilgi edinme hürriyetine devletin müdahale etmeme gibi *negatif* bir yükümlülüğünün söz konusu olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte devlete bu anlamda bir de *pozitif* bir yükümlülük getirilmiştir. Söz konusu yükümlülük, bilginin her ne suretle olursa olsun tekel olarak bir kişi veya grubun elinde toplanmasını önlemektir. Devlete getirilen bu yükümlülük düşünce hürriyetinin her türüne ticari ilişkiler anlamında yapılan her türlü ifade tarzları ve reklama yönelik her türlü etkinlik ve propaganda dâhil olmak üzere uygulanır.<sup>9</sup> Devlete yüklenen bu pozitif yükümlülüğün tam manasıyla ül-

Siyasi iktidarlar  
ile basın  
arasında  
zaman zaman  
yaşanan  
gerginliklerin  
temelinde bu  
nokta önemli  
bir yeri işgal  
etmektedir.

kemizde gerçekleştiğinin söylenmesi mümkün görünmemektedir. Siyasi iktidarlar ile basın arasında zaman zaman yaşanan gerginliklerin temelinde bu nokta önemli bir yeri işgal etmektedir.

Fransız İhtilali İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 11. maddesinde en genel anlamıyla düşünce, kanaat ve inanç hürriyeti şu ifadelerle dile getirilmiştir: "*Düşüncelerin ve inançların serbest iletimi insanın en değerli haklarındanıdır. Bu nedenle her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yayımlayabilir, ancak bu özgürlüğün yasada belirlenen kötüye kullanılması hâllerinden sorumlu olur.*" Aynı dönemde yeni Amerikan Cumhuriyetçiler daha mükemmel bir birlik oluşturmak için 1787 Anayasa'sını de-

ğiştiren düzenlemeyi kabul ederek anayasa metninin başlangıcında var olan endişelerin yoğunluğunu azaltmayı ve federal hükûmetin yetkilerinin kapsamının çok genişlemesini engellemeyi amaçlamışlardır. Bu değişikliğe kaynaklık eden Bill of Rigths'tır ve yapılan düzenlemenin ilk fıkrası şu hükmü öngörmektedir: "*Kongre düşünceyi açıklama ve basın hürriyetini sınırlandıracak hiçbir kanunu kabul edemez.*" Bu anlamda olmak üzere Atlantik'in iki yakasında farklı ölçek içeren iki metnin ortaya çıktığına şahit olunmaktadır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve AİHS<sup>10</sup> dâhil 20. yüzyılda kabul edilen diğer uluslararası sözleşmelerde<sup>11</sup> kanunların düşünce ve kanaat hürriyetine sınırlama getirebileceğini kabul etmesine rağmen; konuya ilişkin Amerikan metninde her türlü tartışmaya son verecek bir ifadeyle, bu anlamdaki sınırlamalar reddedilmiştir. Bu anlamda

olmak üzere ilk anlayışın ve özellikle de Fransız anlayışının<sup>12</sup> bahse konu hürriyete önemli bir derecede değer verdiği (*bien précieux*) buna karşılık Atlantik'in diğer karşısından Amerikan anlayışında<sup>13</sup> aynı hürriyete kut-sallık (*bien sacré*) niteliği yüklendiğini söylemek yanlış olmasa gerek. Bu durumun sebebi oldukça basittir. Şöyle ki, 1789 yılında Bill of Rights Projesi'nin yazarlarından biri olan James Medison Kongresinin düşünce hürriyetini sınırlayacak herhangi bir kanun yapmasının kesin bir surette yasaklanması kuralını koymasında; bu yasaklamanın yalnızca federal hükûmeti ilgilendiriyor olmasının etkisi büyüktür. Bunun bir diğer anlamı ise, düşünce hürriyetine ilişkin açıkça düzenlemenin yapılabilmesine ilişkin yetkinin federe devletlerin yetki sahasında bırakılması gerekliliğidir. Bu çerçevede olmak üzere federe devlet düşünce hürriyetini *common law* gereğince veya ancak kanunla düzenleme konusu yapabilir. 1925 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi anayasanın ilk değişikliği anlamında devletlere yönelik yasaklamanın sınırını genişleterek anayasanın on dördüncü değişikliğinde hukuka uygunluk şartı olarak hürriyetin güvence altına alınmasına, devletler içinde düşünce hürriyetinin kanunlarla sınırlandırılmasının yasaklanmasına karar vermiştir.

Bu anlamda olmak üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi fikir hürriyetini sınırlayan devletlerin kanunlarını denetleyerek aynı konuda federal hükûmetin kanunlarını da denetlemektedir.<sup>14</sup> Ancak bu durum öngörül-düğü şekilde cereyan etmemiştir. 1930'lu yılların sonunda New Deal krizinden çıkılması aşamasında fikir hürriyeti ve anayasanın ilk değişikliği ile korunmakta olan diğer düşünce hürriyetine ilişkin hürriyetler gibi bir temel hak ve hürriyete dönüşmüştür. Fikir hürriyeti Yüksek Mahkemenin daha önceden yani 1937 yılında tam çark etmeden önceki sözleşme hürriyeti için benimsediği koruma derecesinden yararlanmaya başlamıştır. Bu durum gerçek bir devrim niteliği taşımaktadır. Gerçekte birbirine bağlı olmakla beraber fikir ve inanç hürriyeti Yüksek Mahkemenin tercih ettiği hürriyetlere dönüşmüş ve bu anlamda Yüksek Mahkeme geçmişteki yetkilerinden hiçbir şey kaybetmemiş, hatta daha iyisi biraz daha yetki kazanmış gibi görünmektedir. 21. yüzyılın başında iyi olan bir şeyden bahsetmek gerekirse, anayasanın ilk değişikliği üzerindeki Yüksek Mahkemenin içtihatlarındaki karmaşıklığın ürkütücülüğün tamamının ortadan kalktığı bir belirlilikten söz edilir. Bu anlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde düşünceye ilişkin hürriyetlerin tamamıyla dokuz yargıcın elleri arasında olduğu rahatlıkla söylenmektedir. Bu durum ne ekonomik hürriyetler, ne de siyasi hürriyetler gibidir. Ancak bunlar gerçek anlamda düşünceye ilişkin hürriyetlerdir. New Deal krizinden kaldığı düşünülen yegâne miras Yüksek Mahkemenin 70 yıl kadar sonra farkına varacağı inandırıldığı savaş alanının yer değiştirmesi sonucudur yoksa hukuku söyleyebilme gücünün azalması değil!

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve Avrupa'da Demir Perde'nin çökmesi ile farklılıklar anlamında Yüksek Mahkemenin özellikle Güney Devletlerdeki ırki azınlığı oluşturan siyahlar ile Yehova Şahitleri gibi dinî anlamdaki azınlıklar üzerinde uygulanan baskının gidermesi için dayattığı aynı saygıyı duyma düşüncesini Amerika Birleşik Devletleri, Doğu Avrupa ülkelerine taşımıştır. İşte bu dönemde gerçek demokrasi, baskıdan eziyet çekenler için (tek parti ile yönetilen komünist demokrasilerin farkı bu anlamda dışarıda bırakılmak kaydıyla) tanımlanmaya başlamıştır. Daha sonra farklılıkların dile getirilmesi Doğu ile Batı arasındaki sınırı çizmiştir.

“Soğuk savaş”ın başlangıcını ifade eden 1949 yılında Yüksek Mahkeme gerçek anlamda demokrasiyi popüler demokrasiden ayırt eden ölçüt olarak düşünce hürriyetini göstermiştir. Terminiello v. Chicago kararında Yüksek Mahkeme aşağıdaki hükmü vermiştir:

Soğuk savaşın başlangıcını ifade eden 1949 yılında Yüksek Mahkeme gerçek anlamda demokrasiyi popüler demokrasiden ayırt eden ölçüt olarak düşünce hürriyetini göstermiştir.

“Toplumumuzda, bizim siyasi ve medeni kurumlarımızın canlılığının güvencesi serbestçe tartışabilmektir. [...] Sadece tartışma hürriyeti ve düşünce ve kanaatlerin yayılması hürriyeti ile hükûmet edenler halkın isteklerini duyabilirler ve barışçıl değişiklikler gerçekleştirilebilir. Serbestçe konuşabilme ve düşüncelerini ve siyasi programlarını savunabilme hakkı netice itibarıyla totaliter rejimlerden bizleri ayıran en önemli farklılıklardan biridir. Bizim hükûmet sistemimizde düşünce hürriyetinin tartışmayı davet etmeye yaradığı sonucu buradan çıkmaktadır. Bundan daha iyisi de bu hürriyet mevcut şartlardan memnuniyetsizliğin gündemde olması ya da halkın öfkesinin had safhada olduğu dönemlerde belirli

bir çalkantılı durum yarattığında gerçek anlamda rolünü ifa ettiğiidir. Düşünce hürriyeti genellikle önemli provokasyonlar ve tehlikeler getirir. Bu hürriyet var olan bütün düşünceleri ve önyargıları şiddetli bir şekilde sarsar ve yeni bir düşüncenin kabul ettirilmesi anlamında baskı yapması anında da kökten altüst edip dengesini bozabilir.”

AIHM'nin Yüksek Mahkemenin arkasına yerleştirilmesinden çok önce böyle bir durum gerekmemektedir. 1976 yılında düşünce hürriyeti hakkında bu içtihadın yaratıcıları gibi bir düşünceye sahip bakış açısıyla Handyside c. Royaume-Uni Davasında AIHM bütün Avrupa devletlerini hedef alarak demokratik bir toplumda istisnasız her türlü açıklamaya katlanabilmeli, her türlü bilginin “her düşünce, özellikle toplumu veya halkın herhangi bir kesimini altüst edecek, şok edecek endişeye sevk edecek dü-



şüncelerin [...] böylelikle çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin istenilmesi" kabul edilmesi söz konusudur. Jean-François Flauss'un daha sonrasında söylediği gibi eğer düşünce hürriyeti değeri olan bir hürriyetse, bu durum demokratik toplumun bir şartı olması dolayısıyladır.

Tedricen yargıçların bir diyalogu Atlantik'in iki kıyısı arasında kurulmuştur. 1989 yılında Yüksek Mahkemenin düşünce hürriyetinin müsaade ettiği sembolik bir açıklama şekli gibi kabul edilen bayrak yakılması (*l'incendie de drepeau / flag-burning*) sorunun çözümlenmesinde bu eylemi söz konusu hürriyet kapsamında değerlendirdiği kararında; "fikir hürriyeti altında kurucu bir ilke iyi bir şekilde varsa, bu durum hükûmetin basit ve salt bir şekilde bir fikrin açıklanmasının yasaklanmadığı durumda toplumun şok edici veya hoşça gitmeyen fikirlerin içerisinde kendisini bulmasındandır."<sup>15</sup> Texas v. Johnson kararındaki hoşça gitmeyen, şoke edici düşüncesi Cox v. Louisiana kararında yer alan, zarar veren ve altüst eden düşüncelere bizzat cevap veren Handyside kararındaki aykırılıklar içeren veya şoke edici düşüncelerle yankı uyandırmıştır.<sup>16</sup> Atlantik'in iki kıyısını öylesine iyi bir şekilde birleştiren iki şarkının sözlerinin kalbi ünlü kelimelerle bayrak yakılması hakkındaki Texas v. Johnson kararında Yargıç Brennan'ın düşüncesiyle tamamlanmaya girilmiştir: "Böylece çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik istenir." düşüncesi on üç yıl önce Handyside kararında tanımlayıcı paragrafla sonuçlandırılan küçük nutuğun medeni kovuşturmasında aynı şekilde ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa arasında düşünce hürriyeti konusunda bir sinerji varsa, bu nokta kuşkusuzdur. Ancak benzeşleşme (*mimétisme*) yoktur ve her sistem kendine özgü özellikler taşır. Bunlar daha da basitleştirildiğinde iki büyük farklılık iki kıtayı birbirinden ayırmış gibi görünmektedir.<sup>17</sup>

İlk farklılık düşünce hürriyeti konusunda AIHM ile Yüksek Mahkemenin içtihatlarının karşılıklı yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde federal seviyenin dışında hiç kimse düşünce hürriyetinden bahsetmez. Wisconsin veya Kaliforniya'da fikir hürriyeti kuşkusuz zorla bu hürriyete empoze edilememesi hakkında bir katkının güçlendirildiği çıkar ve kitlelerin dikkatini harekete geçiremez. Avrupa'da sonuç olarak her ülkenin kendine özgü fikir hürriyetinin millî anlayışı söz konusudur.<sup>18</sup> AIHM Sözleşme'ye üye devletlerin hukukunu tek tip hâline dönüştürmemiştir. Buna karşılık Amerikan Yüksek Mahkemesi bu hürriyeti federal

Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa arasında düşünce hürriyeti konusunda bir sinerji varsa, bu nokta kuşkusuzdur. Ancak benzeşleşme (*mimétisme*) yoktur ve her sistem kendine özgü özellikler taşır.

boyutta yeknesaklaştırmıştır. Bu durum nasıl açıklanabilir? Neden, tek bir noktadan kaynaklanmakta olup bu da yargıcın Washington'da ve Strasbourg'da aynı denetim araçlarının aynı olmamasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi hiçbir şekilde devletlere değerlendirme marjı bırakmazken AİHM devletlere bir değerlendirme alanı bırakmaktadır.

Avrupalı yargıçların düşünce hürriyeti anlamında devletlere millî güvenlik<sup>19</sup>, ülkenin bölünmezliği, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, ahlakın ve sağlığın korunması, başkalarının haklarının ve ününün, şöhretinin korunması vb. (buradaki kavramların tamamı AİHS'nin 10/2. maddesinde öngörülmüştür) kavramlarına dayanarak getirilen sınırlarda gelişmelerin sağlanmasına davet etmektedir. Bir

Amerikan  
Yüksek  
Mahkemesi  
hiçbir şekilde  
devletlere  
değerlendirme  
marjı  
bırakmazken  
AİHM devletlere  
bir değerlendirme  
alanı  
bırakmaktadır.

başka deyişle Strasbourg yargıçları kararlarında geniş ölçütlere standartlar getirebilmektedir. Amerikan yargıçlar –aynı nitelikteki çalışmasını gerçek anlamda etkin kılmak için- bükülmez, sert bir kanuna dayanmaktadır. Bu da “no law” yani hiçbir kanun kural olarak anayasanın ilk değişikliğiyle fikir hürriyeti için öngörülen güvenceye sınırlandırma getiremez. Mevcut olmayan ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin bizzat yaratamayacağı, yargıçlar hükûmetini yeniden canlandırılmadığı standartlar ile harekete geçirilmekten uzak, Yüksek Mahkeme devletleri kurullarla zorunlu kılmakta, fikir hürriyetini düzenlemek için her zaman kabul edilen buyurgan devletin çıkarları örneği gibi katı ve kategorik kurallar anlayarak

ve ancak damlalıkla memnun edeceği, hatta düşüncenin içeriği anlamında tarafsız düzenleme yükümlülüğünü değerlendirmesinde bulunmaktadır. Benzer denetleme araçlarıyla Amerikan içtihadı bir uzlaşmazlıkla fikir hürriyetini savunma noktasına ulaşmıştır. Avrupa'da bilinmeyen bütünlüğü söyleyebilmeye henüz cesaret edilmemiştir.

Birincisi ile ilişkisi olmaksızın ikinci farklılık Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde fikir hürriyeti karşılıklı olarak değerden kaynaklanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu hürriyet bir mutlaklık noktasını geçmektedir. Hiçbir şey bu hürriyeti sınırlandırmamaktadır. Ancak millî güvenliğe tehdit anlamı taşıyan ünlü tropik örneğinde kabul edilen önerilerin başında yakın ihlal şeklinde kamu düzenini bozacak belirlilik kuralla getirilen istisnadır. Avrupa'da bununla birlikte fikir hürriyeti için sınır oluşturan ayaklanma ve silah çılgınlığı, kan akıtma veya mala yönelik tehlikeler söz konusu değildir. Burada belirleyici nokta söz konusu hürriye-

tin nispi özelliği taşıması ve kullanılmasında AİHS’de belirtildiği gibi yükümlülükleri ve sorumlulukları da içeriyor olmasıdır.<sup>20</sup> ■

<sup>1</sup> Bu makale, **Élisabeth ZOLLER**’in “*La liberté d’expression: “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis?*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s.1-7. makalesinin başlığının aynısı kullanılmak ve içeriğinden önemli ölçüde yararlanılmak suretiyle kaleme alınmıştır.

<sup>2</sup> **MURGEON Jacques, THÉRON Jean-Pierre**: *Les libertés publiques*, Mémentos Thémis, PUF, Paris, 1979, s.49.

<sup>3</sup> **COHEN-JONATHAN Gérard**: *Aspect européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1996, s.83.

<sup>4</sup> Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976 (CEDH-cour plénière) (Série A, n0:24), § 49, nakleden **ZOLLER Élisabeth**: *agm*.

<sup>5</sup> bk. **TURPIN Dominique**: *Les libertés publiques*, Dunop, Paris, 1995, s. 85-88.

<sup>6</sup> **SUDRE Frédéric**: *Droit européen et international des droits de l’homme*, 9ème édition revue et augmentée, PUF, Paris, 2008, s. 518-519.

<sup>7</sup> bk. **ATAY Ender Ethem**: *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 599-600.

<sup>8</sup> 1689 tarihli Bill of Rights şu hükmü ifade etmektedir: Parlamento içinde yararlanılan ifade hürriyeti ve yapılan araştırma ve oylamalar Parlamento dışında bir soruşturma ya da kovuşturmaya konu edilemez. “*That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*”

<sup>9</sup> **COHEN-JONATHAN Gérard**: *age*,: s. 84.

<sup>10</sup> **Madde 10: İfade hürriyeti**: “1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım hürriyetine sahiptir. Bu hak, kanaat hürriyeti ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek hürriyetini de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu hürriyetler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

Sözleşmenin bu hükmünün açıklaması için bk. **COHEN-JONATHAN Gérard**: “*Article 10*” in *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, s.365-418; **DUTERTRE Gilles**: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara 2007, s.362 vd.; **FLAUSS Jean-François**: “*La Cour européenne des droits de l’homme et la liberté d’expression*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s.97-136; **SUDRE Frédéric**: *Droit européenne et international des droits de l’homme*, 9ème édition revue et augmentée, PUF, Paris, 2008, s. 335 vd.

<sup>11</sup> bk. 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (*madde 19 ve 29/2*), 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme (*madde 19*), 1969 tarihli Amerika Kıtası İnsan Hakları Anlaşması (*madde 13*).

<sup>12</sup> bk. **MORANGE Jean**: “*La conception française de la liberté d’expression*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s.157-172.

<sup>13</sup> bk. **FARBER Daniel A.**: “*L’approche de la liberté d’expression par catégories d’expression en droit constitutionnel américain*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s. 71-95.

<sup>14</sup> bk. **ZOLLER Élisabeth**: “*La Cour suprême des États-Unis et la liberté d’expression*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s. 253-288.

<sup>15</sup> Texas v. Johnson, 491 US 397, 414 (1989) nakleden **ZOLLER Élisabeth**: “*La liberté d’expression: “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis?”*”, s.4.

<sup>16</sup> Cox v. Louisiana, 379 US 536, 551\*552 (1965) nakleden **ZOLLER Élisabeth**: “*La liberté d’expression: “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis?”*”, s.5

<sup>17</sup> **ZOLLER Élisabeth**: “*La liberté d’expression: “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis?”*”, s. 4-5.

<sup>18</sup> İngiltere için bk. **BARENDT Eric**: “*La liberté d’expression au Royaume-Uni et le Human Rihts Act de 1998*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s.31-49; Almanya için bk. **JOUANJAN Olivier**: “*La liberté d’expression en République fédérale d’Allemagne*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s. 137-155.

<sup>19</sup> bk. **STONE Geoffrey R.**: “*Liberté d’expression et sécurité nationale*” in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, sous la direction Élisabeth Zoller, Dalloz, Paris, 2008, s. 205-232.

<sup>20</sup> **ZOLLER Élisabeth**: “*La liberté d’expression: “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis?”*”, s. 5-6.