

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ
YÜKSEK MAHKEME KARARI
«UNITED STATES GOVERNMENT VS. THE NEW YORK
TIMES AND THE WASHINGTON POST».

As. Dr. Esin ÖRÜCÜ

I. S u n u ş

Bundan böyle United States Government vs. The New York Times and The Washington Post adı ile anılacak olan 30 Haziran 1971 tarihli, aşağıda tamamı çevrilmiş ve incelenmiş bu karar, katılma ve muhalefet şerhleri ile birlikte ABD. Federal Hükümetinin, The New York Times ve The Washington Post Gazetelerinin yayınladıkları, Vietnam Savaşının Pentagon tarafından incelenmesine ilişkin makaleler ve dokümanların yayınlanmasına engel olma çabası üzerine verilmiştir.

Söz konusu, katılma ve muhalefet şerhlerinin yabancı dilde yazılmış olması ve kolaylıkla elde edilmeleri olanağının bulunmaması dolayısıyla hem karar hem de şerhler tüm olarak Türkçe'ye çevrimıştır. Ayrıca bu yolun seçilmesindeki diğer neden de karar ve şerhlerin ilginçliği ve önemidir.

Açıklamalar ve değerlendirme bölümünde ise kararın kavramsal, teknik ve çözümüne ilişkin sorunları üzerinde durulacaktır.

II. Y ü k s e k M a h k e m e K a r a r ı , K a t ı l m a
v e M u h a l e f e t Ş e r h l e r i

KARAR

Per curiam.

ABD. nin, The New York Times ve The Washington Post'un «Vietnam politikası hakkında ABD. karar-verme sürecinin tarihi» adlı incelemeyi yayınlamalarına engel olmak istediği bu dâvada certiorari'yi tanıdık.

«İfadeye konan ön sınırlamalara ilişkin her sistem, bu mahkemeye intikal ettiğinde, Anayasal geçerliliği ve uygunluğu bakımından ağır bir aykırılık şüphesi ve varsayımı taşımaktadır.» Bantam Books Inc. v. Sullivan, 372, U.S. 58, 70 (1963); aynı zamanda bak: Near v. Minnesota, 283 v.s. 697 (1931) Hükümet «Böylece bir kısıtlamayı haklı göstermek için ağır bir yük, bir ispat külfeti altına girmektedir.» Organisation for a Better Austin v. Keefe. The New York Times dâvasında New York Güney Bölgesi İlk Derece Mahkemesi (District Court) ve The Washington Post dâvasında District of Columbia ilk derece Mahkemesi ile District of Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi, Hükümetin olayda bu külfete katlanmamış olduğuna, karar vermişlerdir.

Bu kararları benimsiyoruz.

Netice olarak, District of Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesinin kararını onaylıyoruz. İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi kararının, New York Güney Bölgesi İlk Derece (asliye) Mahkemesinin hükmünü onaylayan bir karar verilmek üzere bozulmasına ve dosyanın ilgili mahkemeye yeniden karar için iadesine karar veriyoruz. 25 Haziran 1971 tarihli yürütmenin durdurulması kararları iptal edilmiştir. İşbu kararlar ileriye etkili olmak üzere verilmiştir.

Bu yolda hareket edilmesine.

KATILMA ŞERHLERİ

1) Yargıç Douglas, Yargıç Black ile birlikte :

Mahkemenin inancına katılırken görüşlerimi daha açık ifade etmenin gereğine inanıyorum.

En başta üzerinde durulması gereken nokta «Birinci EK'in (tadilin) «Kongre söz ya da basın özgürlüğünü kısıtlayıcı kanun yapamaz», ifadesidir. Buna göre, bence, basın üzerinde hiç bir hükümet sınırlamasına yer yoktur.

Ayrıca, The Times'in ve Post'un kullanmak istedikleri dokümanların basın tarafından yayımlanmasını engelleyici bir kanun da yoktur. 18 U.S.C. Section 793 (e) ye göre, «Milli Güvenliğe ve savunmaya ilişkin, herhangi bir doküman, yazı ... ya da bilgiye yetkisiz olarak sahip olan, bunları elde etmek imkânı olan, ya da bunların kontrolünü elinde bulunduran her hangi biri; bu bilginin A.B.D. aleyhine ya da yabancı bir millet lehine kullanılabileceğine inanması için sebep de varsa ve bu bilgiyi... kasıtlı olarak... eline geçirme-

ye yetkili olmayan birine... ulaştırırsa (haber verirse)... 10.000 dolardan fazla olmamak üzere para cezasına, ya da en fazla 10 yıl hapis cezasına, ya da her ikisine çarptırılır.»

Hükümet «ulaştırma (haberleşme)» kelimesinin yayınlamayı da kapsayacak kadar geniş olduğu noktasından hareket etmektedir.

Casusluk ve sansürle ilgili bu kısımda 8 madde vardır, 792-799. Bu 8 maddenin üçünde «yayınlama» dan özel olarak söz edilmektedir: Madde 794 (b) ye göre, «Savaş zamanında, düşmana ulaştırılmak üzere... (ordunun durumu hakkında) bilgi toplayan, yayınlayan ya da ulaştıran her kimse...»

797. madde ile, savunma araçlarının fotoğraflarının «çoğaltılması, yayınlanması, satılması ya da verilmesi» yasaklanmıştır.

Şifre ile ilgili 798. madde ise; «haberleşme, bilgi verme, geçirme ya da diğer yollarla elde edilebilir hale getirme... ya da yayınlamayı» yasaklar. Böylece, görülüyor ki, Kongrenin, Casusluk Kanununun çeşitli maddelerinde, yayınlama ile ulaştırma arasında ayırım yapmaya hem yetkisi vardır, hem de bu yetkiyi kullanmıştır.

793 üncü maddenin basını ilgilendirmediğinin diğer bir delili de 793. maddenin kabul edilmemiş olan ilk şeklidir. Orada, «A.B.D.' nin, taraf olduğu bir savaştan ya da böyle bir savaş tehdidinden doğan millî bir olağanüstü (acele) hal esnasında Başkan, neşir (alenileştirme) yolu ile, kendi takdirine göre düşmana yararlı olan ya da olabilecek nitelikte olan millî savunmaya ilişkin her hangi bir bilginin yayınlanmasını ya da ulaştırılmasını veya yayınlanma ya da ulaştırılma çabasını yasaklayabilir.» denmektedir. Bu Senatoda tartışılırken Birinci Ek (tadil) den özellikle söz edilmiş ve bu madde bu hali ile kabul edilmemiştir. 55 Cong. Rec. 2166.

The Times dâvasında Yargıç Gurfein'in, bu kanunun bu dâvada uygulanamayacağı yolundaki görüşü, bu bakımdan tamamen doğru ve yerindedir. Hattâ 18 U.S.C. madde 793'ü tadil eden 23 Eylül 1950 tarihli kanun, 1 (b) maddesinde der ki: «Bu kanunda hiçbir hüküm askerî ya da sivil bir sansür yetkisi veremez, isteyemez ya da getiremez veya, A.B.D. Anayasası ile garantilenen söz ve basın özgürlüğüne hiçbir şekilde müdahale edemez ya da sınırlayamaz ve bu etkiyi yaratabilecek hiç bir düzenleyici işlem ilân edilemez.» 64 Stat. 987.

Böylece, bu alanda, Kongre Birinci Ek'in emrine sadık kalmıştır.

Diğer bir deyişle, hükümetin sahip olduğu her kudret (yetki) bu «mündemiç yetki» den (inherent power) doğmalıdır.

Savaş açıp yürütme kudreti, yetkisi, «bir savaşı başarı ile yürütme yetkisidir.» Bak: Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81, 93. Fakat savaş yetkisi savaş ilânı ile doğar. Anayasa Madde 1, Kısım 8 ile «savaş ilân etme» yetkisini Başkana değil Kongre'ye vermiştir. Hiçbir yerde Başkanlık savaşlarına yetki verilmemiştir. Bu bakımdan Kongrenin savaş yetkisinin düzenleyici etkilerinin ne olduğuna karar vermemiz gerekmektedir.

Bu açıklamaların ciddi bir etki ve yankısı olabilir. Fakat, basını bir ön sınırlama ile müeyyidelenmek için buna dayanılmaz. Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 719-720 de Baş Yargıç Hughes'un da belirttiği gibi:

«... Kamu otoritelerine ve şahsiyetlerine yapılan korkusuz hücumlar ve resmi görevlerini yerine getirebilmek için sadıkane çalışanları lekeleme çabaları üzücü bir etki yaparlar ve kamu oyunda şiddetle kınanmalıdırlar, ama, bugün bu davranışın, bu kötüye kullanmanın, müesseselerimizin kurulduğu devreyi karakterize edenlerden daha fazla olduğu söylenemez; hattâ daha az olduğuna inanılmaktadır. Geçen zaman ensasında ise, Hükümet idaresi çok daha karmaşık bir hale gelmiştir, suistimal ve bozulma imkânları bir misli artmıştır, cürüm ciddi oranlarda çoğalmıştır ve bütün bunların güvenilir olmayan memurlar tarafından korunması ve hayatın ve mülkiyetin temel güvenliğinin cürümler ve resmi makamların ihmali ile bozulması tehlikesi, özellikle büyük şehirlerde atak ve cesur bir basına duyulan primer ihtiyacı iyice kuvvetlendirmiştir. Basın özgürlüğünün, bazı kendini bilmez skandal meraklılarınca kötüye kullanılma ihtimali, yine de resmi makamların bozuk davranışlarını ele alırken basının ön sınırlamalardan masun olması gereğini ortadan kaldıramaz.»

Geçen gün, Organisation for a Better Austin (Better Austin Teşkilatlanması) v. Keefe dâvasında da belirttiğimiz gibi, «ifadeye konan ön sınırlamaların, bu mahkemeye intikal ettiklerinde, Anayasal uygunlukları «ağır bir aykırılık şüphesi ve varsayımı» taşımaktadır.

Hükümete göre, kendisinin, mahkemeye başvurmak ve bu dâvada milli güvenlik namı altında ele alınan milli çıkarı korumak üzere bir injunction elde etmeye «mündemiç yetkisi» vardır.

Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, bu yaygın doktrini kesin biçimde reddetmektedir.

Birinci Ek'in bariz amacı, utanç verici haberlerin duyurulmaması ile ilgili yaygın hükümet uygulamasına engel olmaktır. Herkesce bilinmektedir ki, Birinci Ek, iktidardakiler için utanç verici olabilecek materyelin açıklanmasını, neşredilmesini cezalandırmak için Common Law'un hayin iftiraya (seditious libel) uygulanan hükümlerinin yaygın olarak kullanılmasına karşı kabul edilmiştir. Bak: Emerson «The System of Free Expression», C. XIII (1941). Sanıyorum ki, elimizdeki dâvalar, tarihe, bu prensibin en dramatik örnekleri olarak geçecektir. Vietnam'daki durumumuz ile ilgili milli çapta bir tartışma yapılmaktadır. Bu tartışmalar, elimizdeki dokümanların muhtevaları açıklanmadan önce de mevcuttu. Bu dokümanlar, gelişmekte olan bu tartışmalarla fazlasıyla ilgilidir.

Devlet hayatında gizlilik, temelde anti-demokratiktir ve bürokratik hataların devamına yol açar. Kamusal sorunların açıkça tartışılması ve fikir alışverişi milli sağlığımız için hayatidir. Kamu sorunları üzerinde «açık ve güçlü tartışma» yapılmalıdır. New York Times, Inc. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 269-270.

The Post dâvasında Temyiz Mahkemesinin kararını tasvip ediyor, The Times dâvasında Temyiz Mahkemesinin durdurma kararını fesh edip İlk Derece Mahkemesi Kararının onaylanması yolunda karar veriyorum.

Bu dâvalarda verilmiş ve halen bir haftayı aşkın bir süredir yürürlükte olan durdurma kararları Near v. Minnesota'da yorumlanmış olan Birinci Ek'in prensiplerinin hiçe sayılmasıdır.

2) Yargıç Brennan :

I

Açıkça görülen şu hususu bir daha belirtmek üzere ayrıca yazıyorum:

Bu dâvalardaki kararlarımız, ileride, hükümet tarafından bastırılmak, engellenmek istenen materyellerin yayınlanmasını durdurmak üzere geçici durdurma ve yasaklama emirlerinin çıkarılmasını uygun gösterir mahiyette sayılmasın. Tesbit edebildiğim kadarıyla, A.B.D. daha önce hiç bir zaman bir gazetenin elindeki bilgileri yayınlamasını menetmeye çalışmamıştır. Ortaya çıkan sorunların nis-

bi yeniliği, kararların verilmesindeki gerekli acele, söz konusu çıkarların büyük önemi ve tarafların savunmalarını devamlı yasaklamanın (sınırlamanın) uygun olup olmadığı noktasına inhisar ettirmeleri bu dâvada söz konusu bazı sınırlamaları haklı gösterebilir. Gerçekten de, sorunların son çözümünü bu Mahkemenin gözden geçirmesine arzettikleri için, alt derece mahkemelerini suçlamak güçtür. Fakat önümüzdeki iki dâvada bazı muvakkat yasaklamaların (sınırlamaların) uygun olduğu kabul edilse bile bu varsayım ileride verilecek benzer yargısal kararların uygunluğu ile hiç ilgili olmamalıdır. Önce, şunu belirtmek gerekir ki, düşünmek ve karar vermek için bol zaman vardır; yeni sorunların bir kere de temyizen gözden geçirilmesini teminde yarar varsa da, bu ileri tarihlerde konabilecek sınırlamalara dayanak olmamalıdır. Bundan da önemlisi, Birinci Ek, bu dâvalarda görülen cinsten durumlarda hiçbir yargısal yasaklamaya (sınırlamaya) yer bırakmıyacak kadar mutlak bir engeldir.

II

Bu dâvalarda ,en baştan beri, düşülen hata, geçici olsun devamlı olsun, yasaklama kararı verilmiş olmasıdır. Bu dâvalar boyunca Hükümetin iddiasının ağırlık noktası, yayınlanmasına mani olunmaya çalışılan materyelin milli çıkarları şu ya da bu şekilde zedeleyeceği ya da zedeleme ihtimali olduğudur. Fakat Birinci Ek, istenmeyen muhtemel sonuçlar düşünülerek basına konacak hiç bir yargısal ön sınırlamayı kabul etmemektedir. Şu da bir gerçektir ki, bizim dâvalarımız Birinci Ek'in yargısal ön sınırlamalar yasağını bertaraf edebilecek tek ve çok dar bir dava sınıfı olabileceğini göstermektedirler. Elimizdeki dâvalar, bu gibi durumların yalnızca, Devletin «Savaş» da, *Schneck v. United States*, 249 U.S. 47, 57 (1919) bulunduğu zamanlarda, «hükümetin, kamu hizmetlilerinin çalışmalarına mani olanlara, ya da ulaşım vasıtalarının hareket tarihlerini ya da askerî birliklerin sayısını ve yerini yayınlayanlara engel olabileceğinden hiç kimsenin şüphe edemeyeceğini», belirtmektedirler. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 716 (1931). Dünyanın bugün içinde bulunduğu durum bir savaş zamanına eş tutulsa bile, ya da mevcut silâhların gücü barış zamanında dahi nükleer bir cehennemi harekete geçirebilecek haberlerin yayılmasına engel olmayı haklı gösterse de, elimizdeki dâvalarda Hükümet, söz konusu materyelin

yayınlanması ile bu nitelikte bir olayın meydana geleceğinden hiç söz etmemektedir. «Birinci Ek'in garantisinin başlıca amacı konacak ön sınırlamalara engel olmaktır.» Near v. Minnesota, supra, at 713. Böylece, bir yayının mutlaka, doğrudan doğruya ve hemen, mevcut bir faaliyetin güvenliğini tehlikeye atacak bir durum yaratacağı hükümetçe ileri sürülür ve ispatlanırsa, ancak bu, geçici bir sınırlama emrinin verilmesini destekleyebilir. Yalnızca bu sonuçlara varmak hiç bir halde yeterli olamaz: Çünkü yayınlamayı önlemek üzere yürütme, yargının yardımını ararsa, bu yardımı arama nedenlerinin dayandığı temelleri de mutlaka yargının önüne sermelidir. Ve, bu bakımdan, bu dâvada söz konusu her sınırlama, biçimi ne olursa olsun, Birinci Ek'i ihlâl etmiştir. Ve, mahkeme olayı ve iddiayı yakından inceleme fırsatı yarattığı halde bu sınırlamanın ihlâl niteliği haklı gösterilemez. Hükümet iddiasını tamamen ve açıkça ortaya koyana kadar, Birinci Ek'in buyruğuna göre hiçbir yasaklama (injunction) yapılamaz.

3) Yargıç Stewart ile birlikte Yargıç White :

Anayasamızca yaratılan Devlet yapısında yürütmeye, birbiriyle ilgili iki alanda, Millî Savunma ve milletlerarası ilişkiler alanlarında büyük yetki verilmiştir. Yasama ve yargı tarafından da pek denetlenmeyen bu yetki, nükleer silâhlar çağında iyice artmıştır. İyi ya da kötü, gerçek şudur ki, A.B.D. Başkanı bu iki hayatî yetki alanında, parlâmenter hükûmete sahip bir ülkenin başbakanından çok daha geniş bir anayasal egemenliğe ve güce sahiptir.

Millî hayatımızın diğer kesimlerinde mevcut hükûmetin denetim ve denge sisteminin (checks and balances) yokluğu karşısında Millî Savunma ve milletlerarası ilişkiler alanlarında yürütme politikası ve erki üzerinde tek etkin sınırlama bilgili vatandaşlardan gelebilir. Burada bilgili ve eleştirci bir kamu oyu demokratik bir hükûmetin değerlerinin tek koruyucusudur. Bu nedenle, Birinci Ek'in temel amaçlarına en önemli hizmeti uyanık, bilinçli ve özgür bir basın yapacaktır. Zira bilgili ve özgür bir basın olmadan aydınlatılmış vatandaşlar da olamaz.

Ama şu da bir gerçektir ki, milletlerarası diplomasının başarı ile yürütülmesi ve yeterli bir millî savunma için de gizliliğe ve mahremiyete gerek vardır. Sırlarının saklandığından emin olmadıkça diğer devletler bu devlet ile ilişkilerini karşılıklı güven atmosferi

içinde sürdüremezler. Kendi yürütme organımız içinde de, tutarlı ve akıllıca bir milletlerarası politika gelişemez, meger ki bu politikayı biçimlendirmekle görevlendirilenler birbirleriyle özgür ve açık bir biçimde ve gizlilik içinde görüşebilsinler. Millî savunma alanında ise sıklıkla görülen gizlilik ihtiyacı açıktır.

Eğer bu bir çıkmaz (dilemma) ise, bu çıkmazın tek bir çözüm yolu vardır. Sorumluluk yetkinin bulunduğu yerde olmalıdır. Eğer Anayasa, dış ilişkilerin yürütülmesinde ve millî savunmanın gerçekleştirilmesinde, yürütmeye büyük çapta, paylaşılmayan bir yetki tanımışsa, bu Anayasaya göre, yürütme, bu yetkinin başarı ile kullanılması için gerekli iç güvenliği de tayin edip temin etmede oldukça paylaşılmayan bir yetkiye sahip olmalıdır. Bu çok büyük bir sorumluluktur, yüksek zekâ ve karar verme yeteneği gerektirir. Ve sanmıyorum ki, ahlâki, siyasî ve pratik mülâhazalarla bu zekânın ilk prensibi, sırf gizlilik için gizlilikten kaçınmak olsun.

Herşey tasnif edildiğinde hiçbirşey tasnif edilmemiş, nitelendirilmemiş demektir ve sistem alaycılar ya da dikkatsizler tarafından önemsenmez ve kendisini korumak ve geliştirmek isteyenlerce de istendiği yönde idare edilir. Kısaca, bence, gerçekten etkili bir milletlerarası güvenlik sisteminin ölçüsü mümkün olan azamî açıklamalardır. Unutulmamalıdır ki gizlilik, inanılabilir ve itimada layık olduğu ölçüde korunabilir. Fakat, yine de bence, idarî düzenlemeleri yayınlamak ve uygulanmalarını sağlamak yolu ile milletlerarası ilişkiler ve millî güvenlik alanlarındaki sorumluluklarını yüklenebilmek için gerekli gizliliği korumak, yürütmenin anayasal ödevidir. Bu mahkemelerin uyguladığı anlamdaki hukuk icabı değil, egemenlik yetkisi icabıdır.

Diğer bir deyişle, Kongrenin ve Mahkemelerin hiçbir rolü yoktur. Kongrenin belirli ve uygun ceza kanunu hükümleri getirerek Devlet malı ve Devlet sırlarını koruma yetkisi olduğu açıktır. Kongre böyle kanunlar yapmıştır ve bunların bir kısmı bu dâvalarda söz konusu durumlarla yakından ilgilidir ve eğer cezai bir takip yapılırsa, iddia ile ilgili cezai hükümlerin uygulanabilirliğine karar vermek de mahkemelerin sorumluluğunu teşkil edecektir. Ayrıca eğer Kongre, bu alanda medenî usul hukukunu da yetkili kılacak özel bir kanun çıkarırsa, bunun da hem Anayasaya uygunluğuna hem de ispatlanan olaylara uygulanıp uygulanamayacağına karar vermek de mahkemelerin görevi olacaktır.

Fakat, önümüzdeki dâvalarda bizden ne belli düzenleyici işlemler yapmamız ne de belli kanunları uygulamamız istenmektedir. Bizden istenen Anayasa tarafından yargıya değil de yürütmeye verilmiş bir fonksiyonu icra etmektir. Kısaca, yürütmenin milli çıkar adına yayınlanmasını istemediği bazı materyalin iki gazete tarafından yayınlanmasına engel olmamız istenmektedir. Söz konusu dökümanların bazıları için yürütmenin haklı olduğuna inanıyorum. Fakat bunların hiç birinin açıklanmasının Devletimiz ve halkı için doğrudan doğruya, hemen ve tamir edilemeyecek bir zarar doğuracağını söyleyemem. Bu böyle olunca da, Birinci Ek'e göre verilebilecek bir tek yargısal karar vardır.

Mahkemenin kararlarına katılıyorum.

4) Yargıç Marshall :

Hükûmete göre bu dâvada tek bir sorun vardır. O da A.B.D. tarafından açılan bir dâvada açıklanması A.B.D. nin güvenliğine ciddi ve yakın bir tehlike (grave and immediate danger) teşkil edecek materyelin bir gazete tarafından yayınlanmasını yasaklayabilme konusunda Birinci Ek'in bir mahkemeyi engelleyip engellemeyeceği sorunudur. Brief of the government at. 6. Bence bu dâvadaki nihai problem (Başsavcı) Solicitor General tarafından ileri sürülenden çok daha önemlidir. Bu problem, bu mahkemenin mi yoksa Kongrenin mi kanun yapma yetkisi olduğudur.

Bu dâvada, Başkanın bir haberi «gizli» ya da «sır» olarak nitelendirme yetkisine ilişkin bir mesele yoktur. Kongre, Başkanın doküman ve haberleri nitelendirme yetkisini özel olarak ve resmen Executive Order 10501 ile kabul etmiştir. Bak, örneğin, 18 U.S.C. Section 798; 50 U.S.C. Section 783. Yine burada, Başkanın yürütmenin Baş ve Başkumandan olarak milli güvenliği temin için haber ve bilgi açıklayan memurları disiplin altına alma ve sızmaları önleme tedbirlerine başvurma yetkisi konusu da ele alınmamaktadır.

Buradaki sorun, özellikle bu dâvada, yürütme kuvvetinin milli çıkar saydığı bir durumu korumak üzere mahkemelerin equity yargısını harekete geçirme yetkisi olup olmadığıdır. Bak; In Re Debs, 158 U.S. 564, 584 (1895). Hükûmet iddiasına göre, hükûmetlerin kendilerini korumak için «mündemiç yetki» leri yanı sıra, Başkanın da dış işlerini yürütmek ve Başkumandanlık görevini yerine getirmek yetkisi, kendisine, yabancı devletlerle ilişkileri etkili bir biçimde

sürdürebilme ve ülkenin askeri işlerini düzenleyebilme yetkisini korumak üzere basına sansür koma yetkisini de vermektedir. Tabiidir ki, Başkanın dış ilişkileri yürütme sorumluluğu ve Başkumandanlık durumu gereği çok geniş yetkileri vardır. *Chicago and Southern Air Lines, Inc. v. Waterman Corp.* 333 U.S. 103 (1948); *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 93 (1943); *United States v. Curtiss — Wright Export Co.*, 299 U.S. 304 (1936). Bazı durumlarda hükümetin «mündemiş yetkisi» (inherent power) ve Başkanın dış ilişkileri yürütme ve Başkumandan olarak hareket etme zorunluğundan «doğan bütün yetkisi» (implied authority) yanı sıra, tanımı ne olursa olsun, «milli güvenliğe» zarar verecek materyellerin yayınlanmasını engellemeye yardımcı olmak üzere bu Mahkemenin equity yargısına başvurmayı gerektiren nedenler olabilir.

Fakat, bu Mahkemenin, Kongrenin özellikle yasaklamaktan kaçındığı bir davranışa mani olmak üzere engelleme yetkisini kullanması kuvvetler ayırımı kavramı ile bağdaşamaz.

Yürütmeğe, Kongre tarafından, «milli güvenliği» korumak üzere, yeteri kadar yetki verildiği halde, söz konusu tehdide mani olmak için mahkemenin engelleme yetkisine başvurulursa, yine Devlette, bu yanyana ve eşit (co-equal) organlar temel kavramı zedelenmiş olur. Anayasaya göre Kongre kanun yapar, Başkan kanunları yürütür, mahkemeler bunları yorumlar. *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952). Anayasa Kongreye rağmen mahkemelerin ve yürütmenin «kanun yapma» imkânını, injunction yolu ile hükümete tanımamıştır. Yürütme için, Kongreden bir davranışı engellemek üzere kanun geçirme yerine, bir yargıcı ikna etme daha kolay olabilir. Aynı zamanda bir engelleme emrini yürütmek de jürili bir duruşmada cezaî bir mahkumiyet kararı elde etmekten daha kolaydır. Ayrıca, yürütme nazarında hukuku ihlâl etmekte olan kişileri tutuklamada, bir mahkeme ile sorumluluğu paylaşmak politik açıdan da daha akıllıca bir davranış sayılabilir. Fakat, kolaylık ve anlık siyasi düşünceler, Devlet sistemimizin prensiplerinden esaslı bir ayrılmayı haklı kılamaz.

Elimizdeki davada, Kongrenin, zarar verici Devlet sırlarının açıklanmasından ülkeyi korumak için yürütmeye geniş yetkiler vermekte yetersiz kalmış olması gibi bir durum söz konusu değildir. Kongre çeşitli zamanlarda, A.B.D. nin askeri ve stratejik sırlarının korunması problemini geniş çapta ele almıştır. Bu ele alış sonucu belirli bazı doküman, fotoğraf, araç, gereç, ve bilginin alınması,

ulaştırılması, saklanması ve yayınlanmasını suç sayan bazı kanunlar çıkarılmıştır. Bu kanunların büyük bir kısmı «Casusluk ve Sansür» (Espionage and Censorship) adlı Chapter 37 U. S. C., Title 18'de toplanmıştır. Bu kısımda, Kongre çeşitli kanunların ihlali halinde 10.000 dolar para cezasından ölüm cezasına kadar çeşitli cezaları öngörmüştür.

Böylece, bu Mahkemenin bir injunction kararı verebilmesi, böyle bir injunction'un hükümetin halihazır yetkisini artırıcı nitelikte olacağının ispatlanabilmesine bağlıdır. Bak: Bennett v. Laman, 277 N. Y. 368, 14 N. E. 2d 439 (1938). Equity'nin geleneksel bir varsayımına göre ne bir equity mahkemesi faydasız bir iş yapar, ne de equity bir suçun işlenmesini yasaklar. Bak: Z. Chaffe and E. Re, Equity 935-954 (5 th. ed. 1967); H. Joyce, injunction kısmı 58-60 A (1909). Burada ise böyle bir durum söz konusu olmamıştır. Solicitor General, Hükümet tarafından, bir suç işlenmiş olduğuna inanmak için yeterli sebep ya da gelecekte suç işleme niyeti görülüp görülmediğinden söz bile etmemektedir.

Eğer Hükümet, geleneksel ceza hukuku çerçevesinde yeterli müeyyide bulunmadığını göstermeğe kalksa idi, uygulanacak bir kanun bulunmadığını ispat etmesi gerekecekti. Bu safhada, bu Mahkeme belirli bir kanunun ihlâl edilip edilmediğine ya da herhangi bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığına karar vermez ve veremez. Fakat, her hangi bir kanuna göre bir iyiniyetin var olup olmadığı tesbit edilebilir.

Bu alanda mevcut kanunlardan hiç olmazsa bir tanesi dava ile ilgili görünmektedir. Kongre, 18 U. S. C. Madde 793 (e) de şöyle der. «milli savunma ile ilgili herhangi bir doküman, yazı, işaret, referans.. ya da not'u yetkisiz olarak uhdesinde bulunduran, elde edebilecek durumda olan ya da denetimi altında bulunduran ya da milli savunma ile ilgili bilgisi olup da bu bilginin A.B.D. ne zarar verebilecek ya da yabancı bir devletin işine yarayabilecek mahiyette olabileceğine inanması için sebep bulunan, her kimse bunları kast ile almaya yetkisi olmayanlara ulaştırır, haber verir, ve geçirirse, ya da kasten bunları saklar ve yetkili A.B.D. memuruna vermezse... en fazla 10.000 dolar para cezasına ya da 10 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına ya da ikisine birden çarptırılır». 18 U. S. C. Section 793 (e). Kongre, ayrıca 18 U.S.C. Section 793 (e) de sayılan suçları işlemek üzere tertipler yapmayı da suç saymıştır.

Gerçekten de Yargıç Gurfein'a göre, Kongre 793 (e) maddesinde sayılanların yayınlanmasını suç saymamıştır: Yargıç Gurfein, «ulaştırma, verme ve geçirme...» kelimeleri gazete hikâyelerinin yayınlanması anlamını kapsamaz, demektedir. Bu görüşü destekleyecek yasama tarihçesi vardır ve öteden beri uygulanagelmekte olan, bu kanunu yalnızca adi casuslukla suçlananlara karşı kullanma, gelenegine de uymaktadır. Fakat bakınız: 103 Cong. Rec. 10449 (Senatör Humphrey'in mülâhazası), Mamafih, Yargıç Gurfein'in bu kanun hakkındaki görüşü tek mümkün açıklama değildir. Yargıç White'in katılma cyuna bakınız.

Hükümetin iyi niyetle, The New York Times ve The Washington Post'a karşı ceza davaları açamayacağı tesbit edilse bile, Kongrenin, Başkana burada elde etmek istediği yetkiyi açıkça verecek ve gazetelerin mevcut faaliyetlerini kanunsuz sayacak bir yasama faaliyetini özellikle reddettiği de ortadadır. Kongre bir davranışı kanuna aykırı saymaktan özellikle kaçınırsa, bu konularda yeniden karar vermek —kongreyi hükümsüz kılmak, bu Mahkemeye düşmez. Bak. Youngstown Sheet and Tube v. Sawyer, 345—U. S. 577 (1952).

Kongre, en azından iki defa burada söz konusu davranışı kanuna aykırı sayacak ve Başkana da bu davada elde etmeye çalıştığı yetkiyi verecek yasama faaliyeti yapmayı reddetmiştir. 1917 de 793. maddenin temeli olan Casusluk Kanunu (Espionage Act) müzakereleri sırasında Kongre savaş ya da savaş tehdidi zamanlarında, düşmana yararlı olabilecek nitelikte milli savunma ile ilgili haberlerin yayınlanmasını ilân yolu ile doğrudan doğruya men etme yetkisini Başkana verme teklifini kabul etmemiştir. Bu teklife göre :

«A. B. D. nin taraf olduğu bir savaştan ya da savaş tehdidinden doğacak herhangi bir millî olağanüstü acele halde, Başkan, kendi kanaatine göre düşmana yararlı olan ya da olabilecek nitelikte olan milli savunma ile ilgili haber ve bilgilerin yayınlanmasını ya da ulaştırılmasını veya yayınlama ya da ulaştırma çabalarını, ilân yolu ile, yasaklayabilir. Böyle bir yasağı ihlâl eden kimse 10.000 dolardan fazla olmamak üzere para cezasına ya da 10 yılı geçmeyen hapis cezasına ya da her ikisine çarptırılır. Bu madde hiçbir halde hükümetin, ya da temsilcilerinin faaliyet ve politikası hakkında tartışma, fikir ileri sürme ya da eleştirme veya bunların yayınlanmasını sınırlamak ya da yasaklamak üzere kullanılamaz.» 55 Cong. Rec. 1763.

Kongre, birçok kişi güvenlik tehdidi, casusluk ve sızmaların ciddi olduğuna inandığı halde, bu teklifi, Almanya'ya savaş ilân edilme-

sinden sonra reddetti. Yürütme, Kongreye baş vurarak böyle bir yetki verilmesinin yeniden düşünülmesi talebinde bulunmamıştır. Bunu yapmak yerine, bu Mahkemeye baş vurarak Kongrenin kendisine vermeği reddettiği bir yetkinin tanınmasını istemektedir.

1957 de A.B.D. Devlet Güvenliği Komisyonu (United States Commission on Government Security), «uçak mecmuaları, aylık fen dergileri ve hatta gündelik gazeteler, Güvenlik nedeni ile tamamen ya da kısmen metinlerden çıkarılması gereken bilgilerle dolu makaleler yayınlamaktadırlar», demiştir. Senatör Cotton'un başkanlık ettiği Komisyon bu problemi çözümlenmek için şu teklifte bulunmuştur, «Ne sebeple olursa olsun, yetkisiz olarak ve kasten, «gizli» ya da «sır» olarak nitelenmiş haberleri bunların böyle nitelendirildiğini bilerek ya da böyle olduğuna inanmak için yeterli sebebe sahip olarak açıklamak Kongre tarafından çıkarılacak bir kanunla suç sayılmalıdır.» Report of Commission on Government Security 619—620 (1957). Bu teklif, üzerinde yapılan önemli tartışmalardan sonra reddedilmiştir. Bak: Cong. Rec, 10447—10450. Eğer Senatör Cotton'un öncülüğünü yaptığı teklif kanunlaşsa idi, elimizdeki dokümanların yayınlanması hiç şüphesiz suç sayılacaktı. Halbuki, Kongre bunu suç yapmayı red etmiştir. Hükümet ise şimdi bu Mahkemenin bu kararı yeniden vermesini istemektedir. Bu mahkemenin böyle bir yetkisi yoktur.

Ya Hükümet, Kanundan doğan yetkisiyle geleneksel Ceza Kanununu kullanarak ülkeyi korumaya yetkilidir, ya da, eğer, Kongrenin bu faaliyeti bir suç saydığını ileri sürme olanağı yoksa, Hükümetin bu Mahkemeden talep ettiği yetkiyi Kongrenin kendisine tanımaktan kaçındığı açıkça anlaşılmaktadır. Her iki halde de bu Mahkemenin talep edilen imkânı sağlama yetkisi yoktur. Bu Mahkeme ne kendisini herhangi bir hükümet adamının gördüğü her boşluğa atabilir ne de kanun yapma yükünü üzerine alabilir; hele ki Kongre böyle bir kanunu yapmağı reddetmişse.

İnancıma göre District of Columbia Temyiz Mahkemesinin kararı onaylanmalı ve İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin kararı ise davanın başka duruşmalar yapılmak üzere iadesi kısmı bakımından bozulmalıdır.

5) Yargıç Black, Yargıç Douglas ile birlikte :

Bu davalar bu Mahkemeye ilk getirildiği anda The Washington

Post'a karşı Hükümetin açtığı davanın reddedilmesi ve The New York Times'a karşı yapılan injunction'un (yasaklama) duruşmasız iptali gerektiği görüşüne sadık kalıyorum. Bu gazetelere karşı alınmış yaasklama kararları devam ettikçe Birinci Ek devamlı, açık ve savunulamaz biçimde ihlâl edilmektedir. Ayrıca duruşmalardaki tartışmalardan sonra, Yargıç arkadaşlarım Douglas ve Brennan'ın belirttikleri sebeplere dayanarak District of Columbia Temyiz Mahkemesinin kararını onaylama ve İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin kararını bozma kararı vermemiz gerektiğine iyice inandım. Bazı Yargıç arkadaşlar ne yazık ki, haberlerin yayınlanmasının bazı hal-lerde yasaklanabileceği yolunda görüşler ileri sürmekteler. Böyle bir tutum Birinci Ek'i tamamen baltalar.

Devletimiz 1789 da Anayasa'yı kabul ederek işe başlamıştır. Haklar Beyannamesi (Bill of Rights) ve Birinci Ek ise 1791 de bunu izlemiştir. Bugün Cumhuriyetin kuruluşundan 182 yıl sonra ilk defa Federal Mahkemelerden, Birinci Ek'in söylediğini kasetmediği ve fakat bu ülkenin halkı için hayati önemi olan gündelik havadislerin yayınlanmasını Hükümetin durdurabileceği yolunda karar vermeleri istenmektedir.

Bu gazetelere karşı injunction aramakla ve konuyu Mahkemeye getiriş biçimiyle, yürütme Birinci Ek'in amacı va tarihini unutmış görünmektedir. Anayasa kabul edildiği zaman, bir çok kişi, bazı temel özgürlükleri korumak üzere bir haklar bildirisi ihtiva etmediği için bu metne karşı çıkmışlardır. Özellikle, merkezi hükümete tanınan bazı yeni yetkilerin hükümetin, din, basın, toplanma ve söz özgürlüğü kısıtlamasına izin verecek şekilde yorumlayacağından korkuyorlardı. Halkın büyük reaksiyonu karşısında James Madison, bu büyük özgürlüklerin sağlama bağlanması ve hükümetin değiştirme yetkisinin dışında kalması için, vatandaşı tatmin etmek üzere, bir seri Ek (Tadil) teklif etmiştir. Madison sonradan Birinci Ek olarak kabul edilen ve aşağıda ikisi ele alınan üç kısımlı bir tadil teklif etti. Bu kısma göre : «halk, konuşma, yazma ve düşündüklerini yayınlama haklarından mahrum edilemez ya da bu haklar kısıtlanamaz; özgürlüğün büyük savunma araçlarından biri olan basın özgürlüğüne dokunulamaz, bu ihlâl edilemez.» Ekler, yürütmeye, yasamaya ve yargıya tanınan genel yetkileri kısıtlamak ve sınırlamak için Anayasada yer almak üzere iki yıl önce teklif edilmişlerdir. Bill of Rights' da Anayasayı yenilemiş ve böylece halkın basın, söz, din ve toplan-

ma özgürlükleri hiçbir devlet organınca kısılamaz hale gelmiştir.

Yine de, Anayasada kabul edilen Hükümetin genel yetkilerinin, daha sonra kabul edilmiş olan Bill of Rights'in getirdiği özel ve kesin garantileri sınırlayabileceği ve daraltabileceği yolunda yorumlanabileceğini Solicitor General iddia etmekte ve Mahkemenin bazı üyeleri de buna katılmaktadır. Tarihin bundan fazla tahrif edilebileceğini sanmıyorum. Birinci Ek'i yapan Madison ve diğerleri hiçbir zaman yanlış anlaşılmayacağına emin oldukları bir dille bunu kaleme almışlardır. «Kongre... basın özgürlüğünü kısıtlayıcı... hiç bir kanun yapamaz.» Hem tarih, hem de Birinci Ek'in dili, basının, kaynağı ne olursa olsun haberleri, sansür, injunction ya da ön sınırlamalar söz konusu olmadan serbestçe yayımlayabileceği görüşünü desteklemektedir.

Birinci Ek'de A.B.D. Kurucuları (Founding Fathers,) özgür basına demokrasimizdeki önemli rolünü oynayabilmesi için gerekli korunmayı sağlamışlardır. Hükümetin basını sansür yetkisi ortadan kaldırılarak basının Hükümeti sansür etmekte daima özgür kalması sağlanmıştır. Basın, hükümet sırlarını öğrenip halkı aydınlatmak üzere korunmuştur. Yalnız özgür ve sınırsız bir basın Devlet aldatmacalarını etkili bir biçimde gün ışığına çıkarabilir. Özgür basının sorumluluklarından en önemlisi de Devletin herhangi bir kesiminin halkı aldatarak onları uzak ülkelerde yabancı hastalıklar ve yabancı kurşunlarla ölmeye göndermesini önleme görevidir. Bence, bu cesur yayınları dolayısıyla The New York Times, The Washington Post ve diğer gazeteler lanetlenip mahkum edileceklerine, Kurucuların açıkça görmüş oldukları bir amaca hizmet ettiklerinden dolayı kutlanmalıdır. Vietnam savaşına yol açan Devlet faaliyetlerini açıklığa kavuşturmakla gazeteler, Kurucuların tam onlardan beklediğini ve umduğunu mertçe ve asilce yapmışlardır.

Burada Hükümetin davası ve iddiası, Birinci Ek'i kaleme alanları yöneltten dayanaklardan tamamen farklı varsayımlara dayanmaktadır. Solicitor General özenle ve önemle şöyle demiştir :

«Yargıç Black, sizin ... Birinci Ek... hakkındaki görüşünüz iyi bilinmektedir, ve bende buna saygı duyuyorum. Demektesiniz ki kanun yoksa, kanun yoktur; bu açıktır. Bana göre de açıkça «kanun yoktur», fakat bu Mahkemeyi iknaya çalışmak istiyorum... Anayasanın başka kısımları yürütme'ye yetki ve sorumluluklar vermiştir...

Birinci Ek'in amacı yürütmenin çalışmasını ve A. B. D. nin güvenliğini korumasını imkânsız hale getirmek değildir.»

Hükümet, iddiasında, Birinci Ek'e rağmen, «yürütme'nin, açıklanması milli güvenliği tehlikeye sokacak haber ve bilgilerin yayınlanmasından milleti koruma yetkisi birbiriyle ilgili iki kaynaktan doğar: Başkanın dış ilişkileri düzenlemek için anayasal yetkisi ve Başkumandanlık yetkisi» denmektedir.

Diğer bir deyişle, Birinci Ek'in açık emrine rağmen, yürütmenin, Kongrenin ve yargının, günlük haberlerin yayınlanmasını yasaklayıcı ve «milli güvenlik» adına basın özgürlüğünü kısıtlayıcı kanunlar yapabileceği görüşünü kabul etmemiz istenmektedir. Hükümet bir Kongre Kanununa dayanma çabası dahi göstermemektedir. Bunun yerine, mahkemelerin «equity», Başkanlık yetkisi ve Milli Güvenlik adına, halkın temsilcilerinin Kongrede Birinci Ek'in emirlerine uyararak bir kanun çıkarmayı reddettikleri konuda basın özgürlüğünü kısıtlayıcı bir kanun «yapmayı» üzerlerine almalarını istemek gibi cüretkâr ve tehlikeli bir mücadeleye girmektedir. Bakınız : Yargıç Douglas, Post. katılma oyu.

Başkanın, mahkemelere baş vurarak haberlerin yayınlanmasını durdurma «mündemiç yetkisi» olduğunun kabulü Birinci Ek'i ortadan kaldırır ve Hükümetin «güvenliğini» temine çalıştığı halkın güvenlik ve temel özgürlüklerini yok eder. Birinci Ek'in kabulünün tarihçesini okuyan herkes, Madison ve arkadaşlarının, bugün burada istenmekte olanlara benzer injunction'ların bu ülkede her zaman için hukuk dışı sayılmasını istediklerine tartışmasız inanır.

«Güvenlik» kelimesi çok geniş ve müphem bir genellemedir, ve ona Birinci Ek'de ele alınan temel hukuku ortadan kaldıracak şekilde sınırlanamamalıdır. Aydınlatılmış ve bilgili bir temsili hükümet biçimi feda edilerek askerî ve diplomatik sırları korumak Cumhuriyetimiz için gerçek bir güvenlik sağlayamaz.

Birinci Ek'i kaleme alanlar hem yeni bir ülkeyi savunmak ihtiyacının hem de İngilizlerin ve kolonyal devletlerin kötü niyetlerinin farkında idiler ve bu nedenlerle bu yeni topluma söz, basın, din ve toplanma özgüflüklerinin sınırlanamaması ve değiştirilememesini sağlayarak, güç ve güvenlik kazandırmak istediler. Bu fikir 1937 de Mahkeme Komünistlerce düzenlenen bir toplantıya katılan bir kişinin cezalandırılmayacağı kararına vardığında Baş Yargıç Hughes-

büyük adam ve büyük bir Başyargıçtı— tarafından belagatle ifade edilmiştir.

«Müesseselerimizin kuvvet ve şiddetle yok edilmelerine yol açacak fırtınalardan toplumu korumanın önemi arttıkça özgür siyasal tartışmalar fırsatı sağlamak için özgür söz, basın ve toplanma anayasal haklarının ihlâl edilmeden muhafazası ihtiyacı da zaruret halini almaktadır; böylece Devlet halkın isteklerine cevap verecek ve eğer isteniyorsa, değişiklikler barışçı yollardan sağlanabilecektir. Cumhuriyetin güvenliği ve Anayasal hükümetin temeli işte buradadır.»

6) Yargıç White, Yargıç Stewart ile birlikte :

Bugün verilen kararlara katılıyorum. Bunun tek nedeni Anayasal sistemimize göre ön sınırlamalara karşı basına tanınmış fevkalâde korunmadır. Ben Birinci Ek'in Devlet plan ve faaliyetlerine ait bilgilerin yayınlanması halinde bir injunction'a hiç bir şartta izin vermediğini söylemiyorum. Devlet tarafından çok hassas ve yıkıcı olarak nitelendirilmiş bu materyelleri inceledikten sonra da, bu dokümanların açıklanmasının kamu yararını önemli ölçüde zedeliyeceğini de inkâr edemem. Gerçekten de bunların açıklanmasının bu sonucu yaratacağına eminim. Fakat, A. B. D.'nin bu davalarda yayınlanmayı yasaklamayı (injunction) elde edebilmek ve haklı gösterebilmek üzere Kongrenin ön sınırlamalar için açık ve belirli yetki tanımadığı bu gibi durumlarda gereken ağır ispat yükünü karşılamamış olduğunda da hemfikirim.

Hükümetin durumu şudur: Yürütmenin, dış işlerini yürütmekte ve milli güvenliği korumakta sorumluluğu öylesine önemlidir ki, Başkan, bir mahkemeyi, açıklanacak olan bilgilerin kamu yararını «ciddi ve tamir edilemez» (grave and irreparable) biçimde zedeleme tehdidi taşıdığına ikna edebilirse bir gazete hikâyesinin yayınlanmasına karşı bir injunction elde etmeye yetkilidir; yayınlanacak materyel nitelendirilmiş olsun ya da olmasın, Kongre tarafından çıkarılmış ilgili ceza kanunlarına göre yayınlama hukuka uygun olsun ya da olmasın, ve bu bilgi ve haber o gazetenin eline nasıl geçerse, geçsin, bu injunction tanınmalıdır.

Kongre, kendi araştırmaları ve bulgularına dayanarak kanun yapmamışsa, yürütme'nin «mündemiç yetki»lerinin ve mahkemelerin, bu kadar ileri giderek basının yayınlarını engellemek üzere

böylesine geniş potansiyeli olan çareleri tanıyabileceği görüşüne katılamıyorum. Güçlük A.B.D.'nin ileri sürdüğü «ciddi ve tamir edilemez tehlike» standardından doğmaktadır. Eger, A.B. D, bu davalarda, bu standarda dayanan bir karar elde etse idi, kararlarımızın başka davalarda diğer mahkemelere hiç bir yol göstericiliği olamazdı, çünkü söz konusu materyal, ne Mahkemenin kararından, ne Devlet evrakından ne de yayınlanamayacağı için basından elde edilebilirdi. Bugün bile, biz burada, A.B.D. ispat yüküne katlanmamıştır derken, materyel mahkeme evrakı arasında saklıdır ve oylarda da doğru dürüst tartışılmamaktadır. Ayrıca materyel, milli çıkarlara önemli bir tehlike teşkil ettiği için ve cezai müeyyide tehlikesi karşısında, sorumlu bir basın daha hassas materyeli hiç yayınlamamayı tercih edebilir. Bu davalarda Hükümeti tutmak, mahkemeleri uzun ve tehlikeli bir inişe sevkedebilir ki, ben, hiç olmazsa Kongrenin yol gösteriliği ve yönlendiriciliği olmadan, bu yola sapmak istemem.

A. B. D. tarafından üzerinde ısrarla durulan görüşü bir yana atmak, ve yayınlamanın Devlete ciddi zarar vereceği yolundaki iyiniyet iddialarını reddetmek kolay değil. Fakat ön sınırlama davalarının nadirliği karşısında, bu zorluk oldukça giderilmekte. Normal olarak, yayınlama gerçekleşir ve Hükümetin men etmesine fırsat ve zemin olmadan zarara doğmuş olur. Bu bakımdan, burada, yayın başlamıştır ve tehdidinden söz edilen zararın önemli bir kısmı gerçekleşmiştir. Güvenlik açısından bir çözülme gerçekleşmiş, bu dokümanları bir çok yetkisiz kişinin elinde bulundurduğu inkâr edilemez, ve, beklenen zarardan kaçınabilmek için, bu, ya da diğer gazetelerden, adil ve etkili bir yardım elde edilmesi de, en iyi ihtimalle, şüpheli.

Ayrıca, Hükümetin şimdi mani olmaya çalıştığı bir iki hassas dokümanın yayınlanmaları üzerine konan yasağı sona erdirmek de, kanuna göre bunların gazeteler ya da diğerleri tarafından yayınlanması gereklidir, ya da istenmektedir, ya da yayınladıklarında cezai kovuşturmadan masun kalacaklardır anlamına gelmez. Birinci Ek'e göre ön sınırlamaları haklı göstermek için olağanüstü bir neden gereklidir, fakat Hükümetin ön sınırlamaları haklı göstermede başarısızlığa uğramış olması, suç teşkil eden yayınların mahkum edilmesini temin etmedeki Anayasal yetkinin ölçüsü olamaz. Böylece Hükümetin hata ile injunction yolunu tutması, başka yollardan başarı ile aynı sonuca ulaşamayacağı demek değildir.

1917'de Casusluk Kanunu tartışılırken Kongre, Başkana savaş zamanında, milli savunma ile ilgili çeşitli kategori haberlerin yayınlanmasını, ceza tehdidi altında, yasak etme yetkisi veren bir hükmü tasarıdan çıkarmıştır. O zamanlar Kongre, basını düzene sokmak üzere Başkanı bu kadar geniş kapsamlı yetkilerle donatmak istemiyordu. Bu kanunun bu kısmına itiraz edenler de bu yetki ile birlikte, «birisi yolu ile haberleri halka iletme», yetkisinin de bulunmasının mutlaka gerekli olduğuna inanıyorlardı. 55 Cong. Rec. 2008 (1917) (Senatör Ashurst'ün cümlesi).

Maamafih, aynı Kongre üyelerinin, açıklamaması gerektiğine Kongrenin karar verdiği cinsten haberlerin yayınlanmasında ısrar eden gazetelerin cezai kovuşturmayla hedef olacaklarından şüphesi yoktu. Örneğin Senatör Ashurst, böyle bir gazetenin yazı işleri müdürünün «bir donanmanın, ordunun, uçakların, hareketleri, enerji fabrikalarının yerleri, savunma vasıtalarının yerleri ya da buna benzer şeylerle ilgili haber ve bilgileri yayınlarsa cezalandırılacağını» söylemektedir. 55 Cong. Rec. 2009 (1917).

Ceza Kanununda bu davalara uygulanabilecek çeşitli hükümler vardır. Madde 797 askeri tesisatın bazı resim ya da fotoğraflarını yayınlamayı suç saymıştır. Madde 798 de açıkça şifre sistemleri ile ilgili nitelendirilmiş bilginin ya da A.B.D. entelijans faaliyetleriyle ilgili haberleşmeleri ve entelijans faaliyetinden elde edilen bilgilerin bilinmesini ve kasten yayınlanmasını yasaklamıştır. Eğer elimizdeki materyelden bazıları bu niteliklere sahipse gazeteler artık A.B.D. nin bu konudaki tutumunu tamamen anlamışlardır ve bunları yayınlarsa sonuçlarına da katlanmalıdırlar. Equity'nin müdahalesini gerektirmeyen ve ön sınırlama uygulamasını haklı göstermeyen elimizdeki verilere ben bu maddelere göre mahkumiyet kararları vermekte hiçbir zorluk çekmiyeceğime eminim.

Aynı şey Ceza Kanununun milli savunmayı gerçekleştirmek üzere daha geniş bir düzenleme yapan ilgili maddeleri için de söylenebilir. Madde 798 (e) «Milli savunma ile ilgili» bir dokümanı yetkisiz olarak uhdesinde bulunduranın ya 1) Bu dokümanı elde etme yetkisi olmayan birine kasten ulaştırılması ya da ulaşmasına vesile olmasını ya da 2) bu dokümanı saklayarak yetkili bir A.B.D. memuruna kasten vermektен kaçınmasını suç saymıştır. Bu kısım maddeye 1950'de eklenmiştir. Ekleniş sebebi mevcut hükümlere göre dokümanlar için bir talep vaki olmadığı hallerde, yetkisiz olarak

bunları uhdesinde bulundurana uygulanacak bir ceza bulunmaması idi. «Böyle dökümanların yetkisiz ellerde bulunmasının tehlikesi açıktır ve özellikle yetkisiz bulundurma durumunun isteme durumunda olan otoriterlerce bilinmeme ihtimali olduğuna göre bu durumlarda bunların iade edilmelerinin istenmesi beklenilmeden teslimlerini zorunlu kılmak gerekir». S. Rep No. 2369, 81 st. Cong, 2d, Sess, 9 (1950). Elimizdeki davalarda yayınlanmayan dökümanlar A.B.D. ce talep edilmiş ve önemleri; söz konusu gazetelere, en azından tavsiye mahiyetinde olmak üzere, bildirilmiştir. *Gorin v. United States*, 312 U. S. 19, 28 (1941) davasında, «Milli Savunma» kavramının, Madde 793'den önce var olan bir hükümde de kullanıldığı gibi, «iyice anlaşılan bir anlamı» olduğu — «kara ve deniz kuvvetleri kuruluşlarına ve bunlarla ilgili milli hazırlık hareketlerine ilişkin, geniş kapsamlı genel bir kavram.» olduğu — «halka yasak faaliyetleri tanıtaçak kadar belirli» olduğu ve due process'e uygun olduğuna mahkeme oybirliğiyle karar vermiştir. 312 U.S., at 28. Yine aynı davada «Milli savunmaya ilişkin» bilgi ve haberler yalnızca A.B.D için «ciddi ve tamir edilmez» zarar tehdidi taşıyanlar olarak sınırlanmıştır.

Böylece açıkça görünmektedir ki, Kongre, esasta zarar verici bilgi ve haberlerin yetkisiz açıklanmasından ülkenin güvenliğini ve milli savunmayı, koruma problemini ele almıştır. Cf. *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 585-586 (1952): aynı zamanda bak: 593-628 (Frankfurter, j. katılma oyu). Fakat, böyle bir tehdit edici yayına karşı injunction çaresini tecviz etmemiştir. Cezai müeyyideleri ve bunların hem sorumlu, hem sorumsuz basın üzerindeki engelleyici (duraksatici) etkisini yeterli bulmuştur. Bu iki gazetenin suç işlemiş olduklarını, ya da şimdi uhdesinde bulunan bütün materyeli yayınlasalar suç işlemiş olacaklarını söylemiyorum. Bu ancak, A.B.D. cezai yargılama usullerine başvurursa karar verilebilecek bir meseledir. O durumda da suçluluk ya da mamsiyet, bu injunction usullerinde kullanılanlardan oldukça farklı usul ve standartlarla tesbit edilecektir.

MUHALEFET ŞERHLERİ

1) Baş Yargıç Burger :

İfadeye konan ön sınırlamalar üzerinde anayasal sınırlar o kadar açıktır ki, *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)'dan Organisa-

tion for a Better Austin v. Keefe, (1971)'e kadar, kamu yararı ile ilgili konularda haberlere konan ön sınırlamalara ilişkin davalarla uğraşma imkânı pek doğmamıştır. Bu bakımdan, Mahkeme üyeleri arasında yayınlamaya konan ön sınırlamalara karşı tepki göstermek açısından pek farklılaşma yoktur. Fakat bu temel anayasa prensibi-ne riayet elimizdeki davayı basitleştirmez: Bu davada, özgür ve serbest bir basın amir hükmü başka bir amir hükümle çatışma halindedir; bu da karmaşık, modern bir Devletin etkili biçimde işlenmesi ve özellikle yürütmenin bazı anayasal yetkilerini etkili biçimde kullanması zorunludur. Yalnızca Birinci Ek'i her durumda bir mutlak olarak görenler —ki bu görüşe saygı duyuyor fakat red ediyorum— bu davayı basit ya da kolay bulabilirler.

Bu dava başka ve daha yakın bir nedenle de basit bir dava değildir. Davanın gerçek verilerini bilmiyoruz. Hiçbir İlk Derece Mahkemesi Yargıcı da her veriyi bilmiyordu. Temyiz Yargıçları da her veriyi bilmiyorlardı. Bu Mahkemenin hiç bir üyesi her veriyi bilmemektedir.

Neden bu durumdayız? Neden yalnızca Birinci Ek'in mutlak ve hiç bir nedenle sınırlamaya müsaade etmediğine inanan Yargıçlar karar verme durumunda bulunuyorlar?

Bu durumumuzun nedeni, bence, bu davaların uygunsuz ve görülmemiş bir hızda yürütülmekte olmasıdır. Yargıç Harlan, bu davaların nasıl hararetle ve heyecanlı bir baskı altında yürütüldüğünü gösteren kronolojik olaylar dizisini anlatmaktadır, ben burada bunları tekrarlamıyacağım. Bu davaların acele atmosferi, ön sınırlamalara karşı evrensel nefreti yansıtmaktadır. Fakat acele yargı, adaletin gerçekleşmesini önleyecek bir hız anlamına gelmez.

Burada, ayrıca, aşırı hız, The Times'in çalınmış dokümanları ele geçirdiği tarihten itibaren başlayan tutumuna da bağlıdır. Artık oldukça açıktır ki bu acele, bu davaların mantıklı, akli başında ve tartılı yargısal incelenmelerini imkânsızlaştırmıştır. Bu Mahkemenin daha tamamlanmamış bir yargılamayı, bir duruşmayı olgunlaşmadan kesmedeki atılganlığı böyle önemli bir meselenin ele alınışında izlenecek yargısal davranış olmamalıdır.

Gazeteler Birinci Ek'e dayanarak ondan doğan bir talepte bulunmaktadırlar: bu hakkı da bilme kamusal hakkı olarak nitelendirmektedirler; The Times gazetecilik «atlatma» sı dolayısıyla bu hak-

kın tek mütevellisi olduğunu iddia etmek temayülündedir. Bu hakkın bir mutlak hak olduğu iddia edilmektedir. Halbuki, Birinci Ek hakkı bile, mutlak bir hak değildir. Buna Yargıç Holmes, yıllar önce, kalabalık bir tiyatrodaki yangın var diye bağırma hakkı ile ilgili olarak yaptığı vecizesiyle işaret etmiştir. *Near v. Minnesota* davasında Baş Yargıç Hughes'un örnek olmak üzere saydığı başka istisnalar da vardır. Kimse tarafından tanımlanma ve tartışılma fırsatı çıkmamış başka istisnaların da bulunduğu şüphesizdir. Bu gibi istisnalar bu davalarda da saklanmakta olabilirler ve eğer bunlar alt derece mahkemelerinde, hükümsüz kılınma durumu olmadan ve aşırı baskılara maruz kalmadan gerektiği gibi tartışılabilselerdi gün ışığına çıkabilirlerdi.

Böyle önemli bir mesele, düşünceli ve dikkatli bir tartışma yaratacak bir yargısal atmosferde yargılanmalıydı; hele ki, bu acele, zaman anlamında *The Times*'in, kendi değerlendirmesi sonucu, uzun süre, yayını geciktirmiş olması ışığında, gereksizken.

The Times'in bu dokümanları, kendi eksper analistlerince incelenme, hazmedilme ve materyeli yayına hazırlama süresi olarak üç, dört ay yetkisiz olarak uhdesinde bulundurmuş olduğu üzerinde tartışma yoktur. Bu süre zarfında *The Times* muhtemelen halkın «bilme hakkı»nın mütevellisi olarak yayınlamayı, kendi değerlendirmesine göre gerekli gördüğü nedenlerle, geciktirmiştir, ve böylece kamusal aydınlanma da gecikmiştir. Bunun nedeni açıktır; yedi bin sayfalık karmaşık dokümanların analizi, bunları daha uzun ve geniş bir materyelden ayırıp çıkarma zaman alan bir iştir, ayrıca iyi gazete röportajı hazırlamak da uzun zaman ister.

Fakat, neden, kendisinden bu bilgiler hukuk dışı yollarla alınan A.B.D. Hükümeti, bütün dava vekilleri, alt derece mahkeme yargıçları ve temyiz yargıçları ile birlikte gereksiz bir baskı altına sokulmaktadır? Bu kadar aylık gecikmeden sonra, iddia konusu bilme hakkı birden bire acele korunması gereken bir hak haline gelmiştir.

Gazete bu gizli materyelin yayınlanmasına Hükümetin itiraz edeceğini tahmin edebileceğine göre, Hükümete bütün dokümanı inceleme fırsatı verilemez ve yayınlama hakkında bir anlaşmaya varılması temin edilemez miydi? Çalınmış olsun, olmasın, eğer gerçekten güvenlik tehlikede değilse, materyelin büyük bir kısmı, çoğu 1968'

de sona eren bir devreyi kapsadığından eski nitelendirmeden şüphesiz çıkarılabilirdi.

Böyle bir tutumla —ki geçmişte büyük gazeteler bu yola başvurmuşlar ve bunun da şerefli bir basın görevi olduğunu söylemişlerdi— gazeteler ve Hükümet neyin yayınlanabilir, neyin yayınlanamaz olduğunda anlaşmazlık alanını daraltabilirlerdi ve geri kalan meselelerde gerekirse bir dava ile halledilirdi. Amerikan hayatında öteden beri büyük bir müessese olarak tanınan bir gazetenin, çalınmış malı ya da gizli Hükümet dokümanlarını bulan ya da uhdesinde bulunduran her vatandaşın temel ve basit görevlerinden birini yerine getirmekten kaçınacağına inanamıyorum. Belki de bir saflık eseri olarak, ben, bu görevin, hemen, sorumlu kamu görevlilerine haber vermek olduğunu sanırdım. Bu, taksi şöförlerine, yargıçlara ve The New York Times'a düşen bir görevdir. The Times tarafından izlenen yol ise, sorunun normal mahkeme yollarından ele alınması ihtimalini, böyle hesaplanmış olsun, olmasın, ortadan kaldırmıştır. Eğer şu ana kadar yargıçların tutumu doğru ise, bu sonuç tamamen tesadüfidir.

The Times davasında son karardan önce writ'i tanımış olmamız, İlk Derece Mahkemesindeki davayı, İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin emirlerine uygun tam bir çalışma yapamadan kesmiştir.

Bütün bu üzücü olaylar serisi sonucu kelimenin tam anlamıyla neye dayanarak hareket etmekte olduğumuzu bilmemekteyiz. Bence, hem daha önceki safhalarda, hem de bu Mahkemede yeterli belgelere dayanmadan ve yeterli bir gözden geçirme için zaman olmadan, çok önemli haklarla ilgili bir davaya bakmaya mecbur edildik. Bu Mahkemedeki duruşmalarda dava vekillerinin, olaylara ilişkin sorulara dahi çoğunlukla cevap verememiş olmaları ilginçtir. Gece gündüz çalıştıklarını ve yine de bu davalara yol açan dokümanları gözden geçirmeye imkân bulamadıklarını ve bu bakımdan da durumu tam olarak bilmediklerini söylemiş olmaları hiç şaşırtıcı olmamıştır. Bu Mahkeme de daha iyi bir durumda değildir. Yargıç Harlan ve Yargıç Blackmun'la aynı görüşteyim, fakat davanın esasına girmeye hazır değilim.

İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin kararını onaylar ve İlk Derece Mahkemesinin bizim certiorari'yi tanımamızla sonuçlandırılmamış davasını tamamlamasına ve bu arada The Post davasında durumun muhafaza (status quo) edilmesine karar veririm. İlk De-

rece Mahkemesine, bütün diğer işleri bir yana bırakarak (gelişi-güzel bir bitirme tarihi koymamakla birlikte), yeniden karar için iade edilen The Times davası dosyasına öncelik tanınmasını emrederim.

Şunu da eklemek isterim ki, Yargıç White'in, milli savunmaya ilişkin bilgilerin ve dokümanların ulaştırılması ve saklanması uygulanacak cezai müeyyidelerle ilgili görüşüne genel olarak katılıyorum.

Hepimiz daha hızlı yargılama usullerinin hasretini çekmekteyiz, fakat, yargıçlar, bu davalarda olduğu gibi zorlanırlarsa, sonuç yargı usullerinin gülünç duruma düşürülmesi olur.

2) Yargıç Harlan, Baş Yargıç ve Yargıç Blackmun ile birlikte:

Bu davalar, Northern Securittes Co. v. United States, 193 U. S. 197, 400—401 (1904)'de muhalefet oyu veren Yargıç Holmes'un yerinde ihtarını akla getiriyor:

«Büyük davalar da zor davalar gibi kötü hukuk yaratırlar. Çünkü büyük davalara büyük denmesi gelecekteki hukuku şekillendirmedeki önemleri dolayısıyla değil, hislere hitap eden ve karar verme yeteneğini bozan, rastlantısal, yakın ve şaşırtıcı bir olay ve çıkar dolayısıyladır. Bu yakın çıkarlar bir hidrolik basınç etkisi yaparak, eskiden açık, seçik olan şeyleri şüpheli hale getirirler ve iyice yerleşmiş hukuk prensipleri bile bunların önlerinde eğilirler.»

Mahkemeyi bu davalarda sorumsuzca sabırsız davranmış addediyorum.

Hem İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, hem de District of Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi 23 Haziranda karar verdiler. The New York Times'in certiorari talebi ve bunu takiben davanın acele görülmesi talebi ve geçici kurtulma müracaatı bu Mahkemede 24 Haziranda, sabah saat 11 civarında dosyalandı. The Post davasında A.B.D.'nin geçici kurtulma talebi ise yine burada 24 Haziranda akşam 7,15 dolaylarında dosyalandı. Bu Mahkemenin bir duruşma yapılması emri ise —ki ben de, bu Mahkemenin daha da kesin bir işlem yapma ihtimalini önlemek üzere bu yolu destekledim — 24 saat kadar önce verilmiştir. The Post davasının evrakı kalemde 25 Haziranda öğleyin 1'de dosyalandı ve The Times davasının evrakı o gece 7 ya da 8'e kadar mahkemeye ulaşmamıştır. Tarafların savunmaları ise 26 Haziranda tartışmalar başlamadan iki saat kadar önce elimize geçmiştir.

Bu çılgın olaylar zinciri, Birinci Ek'in yarattığı ön sınırlamalara karşı bir karine adına gerçekleşti. Bu davalarda söz konusu fevkalâde önemli ve güç sorunlar göz önünde bulundurularak bu kadar yoğun bir çalışma programından bu Mahkemenin kaçınması gerekirdi. Bu davaların esasını karara bağlayabilmek için aşağıdaki sorunların bazıları ya da hepsi ele alınmalıydı :

1. Attorney General, A.B.D. adına bu davaları açmaya yetkili midir? In Re Debs, 158 U. S. 564 (1895)'i Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343, U. S. 479 (1952) ile karşılaştırmız. Bu soru aynı zamanda çok müphem bir kanunun, Casusluk Kanunu, 18 U. S. C. Section 793 (e),nin de yapısı ve geçerliğini kapsar.

2. Birinci Ek, Federal Mahkemelere, milli güvenliğe ciddi bir tehdit mahiyetindeki haber ve hikâyelerin yayınlanmasını yasaklama izni vermiş midir? Bak: Near v. Minnesota 283 U. S. 697; 716 (1931) (dictum).

3. Çok gizli dokümanları yayınlama tehdidi dokümanların muhtevası ne olursa olsun, yeterli zararın yalnızca böyle bir gizliliği ihlal gösterisinden doğduğu teorisine dayanarak bir injunction'ı haklı kılacak derecede milli güvenliği etkiler mi?

4. Bu dokümanların izinsiz açıklanması gerçekten milli güvenliğe ciddi zarar verir mi?

5. 3 ve 4 numaralı sorular açısından Devletin yürütme organındaki yüksek kademe görevlilerin görüşlerine ne kadar değer verilmelidir?

6. Bu gazetelerin bu dokümanların, ya da orijinallerinin, Devlet'ten çalındığını ve bunları elde edenlerin suç işlediklerini bilerek, bunları aldıkları tartışılmaz gerçeğine rağmen, bu dokümanları muhafaza etmek ve kullanmak hakları var mıdır? Cf. Liberty Lobby, Inc., v. Pearson, 390 F. 2d 489 (CADC 1968)

7. Milli güvenliği tehdit eden zarar ya da Hükümetin dokümanlar üzerindeki zilyedlik hakkı aşağıdaki sorunlar ışığında, yayınlamaya karşı injunction'ı haklı kılar mı?

A. Yayınlama üzerinde ön sınırlamalara karşı Birinci Ek'in kesin siyaseti;

B. Ceza Kanunlarının ihlali mahiyetindeki davranışları yasaklamaya karşı mevcut doktrin;

C. Söz konusu materyelin halihazırda ne dereceye kadar zaten başka yollarla yayılmış olduğu.

Bunlar, olaya ve fiile, hukuka ve muhakemeye ilişkin zor sorunlardır; hatalı bir kararın potansiyel sonuçları büyüktür. Bize, alt derece mahkemelerine ve taraflara verilen zaman, bu davalara, gerektirdikleri ilgiyi göstermek için hiç yeterli olmamıştır. Bu önemli meselelerin — ki bunlar benim bu Mahkemede üye olduğum süre zarfında ortaya çıkan herhangi bir başka mesele kadar önemlidir — ta davaların başından beri söz konusu alenileştirme ve reklâm selinin yarattığı baskılar altında karara bağlanmaları yargılama usullerinin müstakarlığı konusunda kişiyi düşünceye sevketmektedir.

Bu davalara esastan bakmaya mecbur olduğumdan dolayı, Mahkemenin oy'una ve kararına muhalif kalıyorum. Zaman sıklığının getirdiği ciddi sınırlamalar içinde hareket etmek zorunluğunda kaldım, bu bakımdan dayandığım sebepleri kuş bakışı belirtebileceğim, halbuki başka şartlar altında, kendimi, bu davalarla yukarıda dokunduğum soruları tamamen kapsayıcı bir biçimde uğraşmak zorunda hissedirdim.

The Times davasında, İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin, zaman unsuru dolayısıyla, Hükümete İlk Derece Mahkemesine davasını sunmak için yeterli fırsat verilmediği sonucuna varan karar ve direktifinin onaylanması için yeterli sebep vardır. En azından şu söylenebilir ki, bu sonuç takdir yetkisinin kötüye kullanılması değildir.

The Post davasında, Hükümetin hazırlanacak daha çok zamanı vardı; ve bu da herhalde, District of Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesinin, tekrarlanan duruşmada, kararını İkinci Bölge kararına uydurmayı reddetmesinin nedenidir. Fakat bence bu kararın yerinde olmamasının başka ve daha temel bir sebebi vardır — bu sebep aynı zamanda, The Times davasında Temyiz Mahkemesince ayrıca ele alınan İlk Derece Mahkemesi kararının yeniden eski haline iade edilmemesi için ek bir dayanak teşkil eder. Bana göre şu husus açıktır: Dış işleri alanında Devletin yürütme organının faaliyetlerini gözden geçirmede yargısal fonksiyon'un kapsamı çok dar sınırlanmıştır. Bu görüş, bence, Anayasal sistemimizin esası olan kuvvetler ayırımı kavramı gereğidir.

Temsilciler Meclisinde (House of Representatives) yaptığı bir konuşmada o zaman Meclisin üyesi olan Baş Yargıç John Marshall demiştir ki:

«Başkan dış ilişkilerinde devletin tek organıdır ve yabancı devletlere karşı tek temsilcidir.» Annals, 6th. Cong., Col, 613 (1800).

Devletimizin kuruluşundan hemen sonraya rastlayan o zamandan bu yana, Yürütme gücünün kapsamının bu tanımına hiç bir esaslı karşı çıkış olmamıştır. Bak: United States v. Curtiss - Wright Export Corp., 299 U.S. 304, 319-321 (1936).

Dış ilişkiler alanındaki bu anayasal öncelikden, bence, bazı zaruri sonuçlar doğmaktadır. Bunlardan bazıları, Jay Andlaşmasının müzakerelerinde kullanılan evrakı isteyen Temsilciler Meclisinin bu talebini reddeden Başkan Washington tarafından derli toplu bir biçimde belirtilmiştir:

«Dış müzakerelerin yapısı tedbirli olmayı gerektirir ve bunların başarısı çoğu zaman gizliliğe dayanır; bir sonuca bağlandıklarında dahi, teklif edilmiş ya da düşünülmüş bütün çare, talep ya da nihai imtiyazların tamamen açıklanması çok gayri politik olabilir; zira bunun, gelecekteki müzakerelere zararlı etkisi olabilir, ya da diğer iktidarlarla (devletlerle) ilgili olarak tehlike ve zarar gibi acil ve müşkül bir durum meydana getirebilir.» J. Richardson, «Messages and Papers of the Presidents» 194-195 (1899).

Bu zamansız açıklamanın «zararlı etki»sini (pernicious influence) değerlendirme yetkisi ise yalnızca yürütmeye ait değildir. Birinci Ek'in getirdiklerini politik baskılara karşı koruma görevini yerine getirirken, yargının, uyuşmazlık konusunun gerçekten Başkanın dış ilişkiler yetkisi çerçevesi içinde kaldığı konusunda tatmin olmak üzere, ilk yürütme tesbitini gözden geçirmesi gerektiği fikrine katılıyorum. Anayasal nedenlerle, «yargı denetimini tamamen bertaraf etmek» men edilmiştir. Cf. United States v. Reynolds, 345 U.S. 1, 8 (1953). Ayrıca, yargı, bir konunun açıklanmasının milli güvenliği tamir edilmez biçimde zedeliyeceğinin tesbitinin ve kararlaştırılmasının ilgili yürütme bölümünün bütünü tarafından ele alındıktan sonra, başı — ki burada Dışişleri Bakanı ya da Savunma Bakanıdır — tarafından yapılmasında ısrar edebilir. Bu sağlama bağlama, yürütmenin devlet sırları için bir ayrıcalık, imtiyaz iddiasında bulunduğu bir benzer alan için de gereklidir. Bak: United States

v. Reynolds, supra, at 8 and No. 20; Duncan v. Cammell, Laird and Co., (1942) A.C.624, 638 (House of Lords).

Benim kanatıma göre yargı bu iki araştırmanın ötesine gidemez ve açıklamanın milli güvenliğe yapacağı muhtemel etkiyi yeniden tayin edemez.

«Dış siyasetle ilgili yürütme kararlarının yapısı politiktir, yargısal değildir.» Anayasamız tarafından bu gibi kararlar Devletin yürütme ve yasama organlarına, yani politik organlarına hasredilmiştir. Bunlar, hassas ve karmaşıktır ve geniş çapta bir kehanet unsuru ihtiva ederler. Bu kararlar, refah ve durumunu olumlu ya da olumsuz olarak etkileyecekleri halka karşı doğrudan doğruya sorumlu olanlarca alınmalıdır. Bunlar öyle kararlardır ki yargının bu konuda ne yeteneği, ne elinde kolaylığı, ne de sorumluluğu vardır ve bunların yargısal müdahale ya da araştırmaya konu olmayan politik yetki alanına girdikleri uzun zamandır kabul olunmaktadır.» Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Corp., 333 U. S. 103, 111 (1948) (Jackson, J.)

Yargının, yürütme kararını hükümsüz kılması bazan mümkünse de bu gözden geçirmenin çok dar bir alana inhisar etmesi gereği ortadadır. The Post davasında hem İlk Derece Mahkemesinin, hemde Temyiz Mahkemesinin kararlarından, yürütmenin varmış olduğu sonuçlara, bir idari organın, hele ki eş ve eşit (co-equal) bir anayasal prerogative'in (yetkinin) kararlarına gösterilmesi gereken hürmetin gösterilmediği anlaşılmaktadır.

Yine bu nedenlerle District of Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi kararını da iptal eder ve davayı yürütmek üzere İlk Derece Mahkemesine iade ederim. Yargılama usullerini yeniden başlatmadan önce, ya Dış İşleri Bakanından ya da Savunma Bakanından, ya da her ikisinden birden milli güvenlik meselelerine ilişkin görüşlerinin belirtilmesini temin etmek üzere Hükümete gerekli fırsat verilmelidir. İlk Derece Mahkemesinin yapacağı gözden geçirme bu serhde belirtilen görüşlere uygun olarak yapılmalıdır. Ve yukarıda belirtilen nedenlerle, ben, İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin kararını onaylarım.

Her davada, uygun temel kurallara göre devam edecek duruşmalar saklı kalmak üzere, yayınlama üzerine konmuş sınırlamayı (yasaklamayı) devam ettiririm. Ön sınırlamaları yasaklayan doktrinin,

burada söz konusu olanlar gibi böyle milli önemi olan meeslelerde Mahkemelerin sorumlu kararlar verebilmek için gerekli bir süre status quo'yu muhafaza etmelerine engel olacak kadar ileri gidebileceğini sanmıyorum.

3) Yargıç Blackmun :

Muhalefet Oyunda Yargıç Harlan'a katılıyorum. Yargıç Whit'in, oy'unun son kısımlarında öğüt yoluyla söylemiş olduklarının çoğuna da temelde katılıyorum.

Şu anda, dikkatler Hükümet tarafından kritik olarak nitelendirilen bir kaç doküman üzerinde toplanmıştır. Geri kalan büyük miktarda materyel ise yayınlanabilir ve eğer bu gerilim sona erip sansasyon yatıştıktan sonra da gazeteler hâlâ pek istekli iseler bunları hemen yayımlayabilirler.

Fakat biz burada 47 cilt içinden bir kaç dokümanla ilgilimiz. Yetmiş yıl kadar önce Yargıç Holmes, meşhur bir davada muhalefet serhinde şunu belirtmişti :

«Büyük davalar da zor davalar gibi kötü hukuk yaratırlar. Çünkü, büyük davalara büyük denmesi, gelecekteki hukuku şekillendirmedeki önemleri dolayısıyla değil, hislere hitabeden ve karar verme yetenegini bozan, rastlantısal, yakın ve şaşırtıcı bir olay ve çıkar dolayısıyladır. Bu yakın çıkarlar bir hidrolik basınç etkisi yaparlar.» Northern Securities Co. v. United States, 193 U. S. 197, 400-401 (1904).

Elimizdeki davalar, büyük olmasalar bile, en azından sunuluşları ve komplikasyonları dolayısıyla olağanüstüdürler, ve Holmes'un sözleri mutlaka bunlar için de geçerlidir.

The New York Times yetkisiz olarak eline geçen bu 47 cildi incelemek için gizli kapaklı üç aylık bir zaman harcamıştır. Bu ciltlerden yayına başlayınca da önümüzdeki New York davası başlamıştır. Gazete hemen aşırı bir coşkunluk, hız ve karakter kazanmıştır, bunu da sürdürmektedir. Görünüşe göre, bir kerre yayınlanma başlayınca bu dokümanların alenileştirilmesi müthiş hızlı olmalıdır görüşü ile hareket edilmektedir. Yine görünüşe göre, o andan itibaren her geri bırakma ya da gecikme, sınırlama ile ya da başka yolla olsun, nefretle karşılanmakta, Birinci Ek'in ve halkın «hemen bilme ve öğrenme hakkı»nın ihlali sayılmaktadır. Duruşmada bu gazete,

Pazar günkü ilk yayını takiben Pazartesi günü Hükümetin itiraz telgrafı çekmesini bir gecikme sayarak eleştirmiştir.

District of Columbia davası da böyledir.

İki Federal İlk Derece Mahkemesi, iki A.B.D. Temyiz Mahkemesi ve bu Mahkeme —başlangıcı şu ana kadar geçen üç haftadan kısa süre içinde— derin anayasal sorunların karara bağlanmasında, yetersiz geliştirilmiş ve tahminle kabul edilmiş verilere dayanarak, çabucak karar vermeye zorlanmıştır, Amerikan yargılama usullerinin başlıca niteliği olan dikkatle tartma ve mütalâa etmeye de yer verilmemiştir. Hukuk hakkında çok şey söylenmiş fakat fazla bilgi sahibi olunamamış ve verilerle olaylar hazmedilememiştir. New York davasında, hem ilk derece hem temyiz yargıçları, dava bize intikal ettiğinde, temel malzemeyi daha incelememişlerdi. District of Columbia davasında da bundan fazla bir şey yapılmamıştır, yapılanlar da iade üzerine yapılabilir. Bu arada The Washington Post' da bilgi ve haberlerinin kaynağını koruduğunu ileri sürerek, baştan elindeki materyeli açıklamadığından, İlk Derece Mahkemesi bu zilyedliğe hükmetmek zorunda kaldı.

Karşı fikirlere saygı göstermekle beraber, şunu söylemeliyim ki, bu çapta ve önemde bir davaya bakmanın yolu bu değildir. Milletin genel durumunu ve refahını hayati biçimde etkileyen bir konuda Federal Mahkemeler böyle yargısal faaliyet yapamaz ve böyle yargılamaya zorlanamazlar. Bu davalara acele bakılmasının Devletimize bir zararı olamayacağı açıktır, ama bu geleneksel biçimde ve tartip biçerek yürütülmelidir. Materyellerden en yenisinin bile 1968'e ait olduğu söylenmekte, ki bu zaten üç yıllık bir gecikme; The Times'da bunların yayınlanma şekline karar vermek için üç ay sarfetmiş ve böylece bu süre zarfında da halkın aydınlanmasına engel olunmuştur.

Birinci Ek, gerçekte, bütün bir Anayasanın sadece bir kısmıdır. Bu büyük dokümanın II. maddesi dış ilişkilerin yürütülmesinde ana yetkiyi yürütme organına vermiş ve ülkenin güvenliğinden sorumluluğu da bu organa yüklemiştir.

Anayasanın her hükmü önemlidir ve ben, diğer hükümleri küçümseme pahasına Birinci Ek'e sınırsız mutlakiyet tanıyan bir doktrine katılamam.

Birinci Ek'in mutlaklığı hiç bir zaman bu Mahkemede bir oy

birliği sağlayamamıştır. Örneğin bak: Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 708 (1931) ve Schenck v. United States, 249 U. S. 47, 52 (1919). Burada gerekli olan, iyi geliştirilmiş standartlar kullanarak, basının geniş «basma hakkı» ile hükümetin dar «engelleme hakkı»nı tartmaktır. Böyle standartlar halen mevcut değildir. Olayda taraflar da, bu standartların ne olması gerektiği hususunda anlaşamamaktadırlar. Fakat gazeteler de kabul etmektedir ki bazı hallerde sınırlama mümkündür ve Anayasaya da uygundur. Yargıç Holmes, Schenck davasında bir yol göstermiştir :

«Bu bir yakınlık ve derece meselesidir. Barışta söylenebilecek pek çok söz, bir millet savaşta iken, çaba göstermekte olanlar için öylesine engelleyici bir mahiyet taşır ki, bunların ifade edilmesine cephede çarpışanlar tahammül edemedikleri gibi, mahkemeler de bunların herhangi bir anayasal hak ile korunduğuna karar veremezler.» 249 U.S. at 52.

Bu bakımdan süratle geliştirilmek; gerekirse, mahkemelerin kuralları dahilinde kendi araştırma yetkisini kullanarak iki taraftan da delil elde etmek; savunmalar hazırlamak; duruşmalar yapmak ve bu noktada varılmış olanlardan daha kaliteli mahkeme kararlarına varmak üzere, bu davaları yeniden karara bağlanmak için iadesine karar veririm. Bu noktaya işaret ederken hiçbir hukukçu ya da yargıcı eleştirmiyorum. Geçmiş tecrübelerimden, bir davanın hazırlanışında zaman baskısının bunaltıcılığını biliyorum. Fakat bu davalar, söz konusu sorunlar ve bu Mahkemede dahil olmak üzere mahkemeler şu ana kadar görünenden daha iyi durumda olmalıydılar.

Eğer bu davalar baskılardan, panikten ve sansasyondan özgür gerektiği gibi işlenselerdi ve hukukçulara yaraşır bir biçimde yargılanıp mahkemelerce dinlenselerdi, durum başka bir ışık altında görülebilir ve bence, aksine görüşler üstünlük kazanırdı. Fakat davanın şimdiki durumu bu değil.

Mahkeme ise davaları bugün başka yönde karara bağlanmıştır. Bu bakımdan son bir mülahaza serdetmek istiyorum.

Bu iki gazetenin A.B.D.ne karşı nihai sorumluluklarının tamamen farkında olduklarını içtenlikle umarım. District of Columbia davasında, muhalefet şerhi veren Yargıç Wilkey, bu Mahkemeye getirilen yazılı ve yeminli ifadeleri gözden geirdikten sonra (asıl dokümanlar her iki tarafça da ortaya çıkarılmamıştır.), bu dokümanlardan bazılarının The Post'un eline geçmesi ve yayınlanması halin-

de «millele açıkca büyük zararlar vereceği» sonucuna varmış, ve burada «zarar» ı, «askerlerin ölmesi, anlaşmaların yok olması, düşmanlarla anlaşabilme zemininin iyice zorlaşması, diplomatlarımızın müzakere imkânını kaybetmeleri...» alarak tanımlamıştır. Ben, kendi hesabıma, şimdi, yalnız yazılı ve yeminli ifadeleri değil, asıl materyeli, gelişigüzel de olsa, incelemiş bulunuyorum. Bu inceleme sonucu üzülerək şunu belirtmek isterim ki, Yargıç Wilkey'in düşüncesi muhtemelen gerçektir. Bu bakımdan onun korkusuna katılıyorum. Umarım zarar daha doğmamıştır.

Fakat, eğer zarar doğmuş ve bu Mahkemenin bugünkü kararı ile bu gazeteler bu kritik dokümanları yayınlamaya başlamış ve bu durum sonucu da, «askerlerin ölmesi, anlaşmaların yok olması, düşmanlarla anlaşabilme zemininin zorlaşması, diplomatlarımızın müzakere imkânını kaybetmeleri» de gerçekleşmiş ise, ki ben bu listeye, savaşın uzaması ve ABD. esirlerinin özgürlüklerine kavuşmalarının daha da gecikmesi faktörlerini ekleyebilirim, bu takdirde, ABD. halkı bu müessif sonuçların sorumluluğunun aslında kimlerin omuzlarına yükleneceğini bilecektir.

III. Açıklama ve Değerlendirme :

1) Önce kavramsal açıklamaları ele alalım :

Görüleceği gibi Yüksek Mahkeme kararını *per curiam* olarak vermiştir. *Per curiam* karar, Yüksek Mahkemenin bir emsal karara aynen ve tamamen uyduğu için, ya da başka nedenlerle yeni bir karar yazma gereğini duymadığı ve genellikle kısa bir paragraf içinde, dayandığı emsallerle, o uyuşmazlıkta verdiği hükmü (onay, ya da bozma) gösteren karardır. (1)

Yine aynı karar metninde *certiorari*'nin tanındığından söz edilmektedir. Bu müessese, Yüksek Mahkemenin, alt mahkeme kararını yeniden incelemek üzere yaptığı bir temyiz muamelesidir. Gerçekte, bu, temyize ek bir usuldür. Sonuç olarak temyizden farksızdır ama *certiorari*'nin tanınması için yapılan müracaatı red ya da kabulde söz konusu olan takdir yetkisi farklıdır. (2)

ABD'nin elde etmek istediği *injunction*'a gelince, bu emir verip

(1) Bak: Güran, S., «İfade Hürriyeti Üzerine İdarenin Yetkileri», İst. Üniv. Y. No. 1337 H. F. No. 289, İst. 1969 s. 213, 560.

(2) Bak: Güran, S., «Anayasanın 114 ve 140. maddeleri münasebetiyle mukayeseli bir tetkik», İst. H.F.M. Cilt XXX, Sayı 1-2, İst. 1964, s. 77-80.

yasak etmedir. Yayınlanmakta olan dokümanların yayınlanmalarına engel olmak üzere böyle bir injunction talep edilmiştir. Injunction geçici ya da devamlı nitelikte olabilir. Injunction elde edilince davalıya muayyen bir harekette bulunup bulunmama bir ilamla teblig edilir.

Yüksek Mahkeme önünde, ABD.'nin ilgili olduğu her konuda olduğu gibi bu konuda da başvurma hususunda tek ve genel yetkili kişi *Solicitor General*'dir. Başsavcı diyebileceğimiz *Solicitor General*, *Attorney General*'dan sonra gelen en yetkili kişidir. *Attorney General* Devletin en yüksek hukuki memurudur. *Solicitor General*'in ayrıca her hangi bir mahkemeye ABD adına başvurma yetkisi vardır. *Attorney General*'in denetimi altında ABD.'nin taraf olduğu her davayı yürütebilir. Aynı adla anılan bu kişinin İngilterede biraz daha farklı yetkileri ve statüsü vardır.

Yürütme'nin bu davada harekete geçirmeye çalıştığı, görüldüğü gibi, mahkemenin *equity* yargısıdır. *Equity* terimi adalet, hakkaniyet anlamında olup Lâtincede «*aequitas*», «*aequum et bonum*»dan gelmektedir. Hükümlerde ve kanunların uygulanmasında ahlaki bir doğruluk anlamındadır. *Equity* yargısı kanunlar dışında adalet kuralları ve emsaller de göz önünde bulundurularak verilecek adil ve haklı hükümdür. *Equity* mahkemesi de adalet ve hakkaniyet kurallarını da uygulama yetkisi olan mahkemedir.

Implied authority ya da *implied power*, bir görev icabı doğan bütün ilgili yetkiler demektir. (3) Bu yetki kategorisi Federal Devletin görevli ve mezun olduğu fonksiyonu görmek, hedeflere ulaşmak ve vazifeyi başarmak için münasip ve gerekli ve ismen belli olmayan bütün vasıta ve yetkileri kapsar. Bunun yanı sıra zabıta yetkisi (*police power*), delege edilmiş yetki (*delegated power*), saklı yetki (*reserved power*), mündemiç yetki (*inherent power*), bir kaç yetkinin bir arada mütalaası suretiyle ortaya çıkan yetki (*resulting power*) gibi bazı Anayasal yetkiler Amerikan Anayasa Hukukunda önemli yeri olan kavramlardır.

Yine bu karara ilişkin olarak ele alınması gereken diğer bir kavram da Yüksek Mahkemenin engelleme yetkisi olarak çevrilebilecek olan *power of contempt*'tir. Bu mahkemenin engelleme yetkisi yanı sıra Kongrenin, Mahkemelerin yada Parlatentonun normal görevlerini yapmalarına çeşitli biçimlerde engel olunması anlamında Gan-

(3) Bak: Güran, S., a.g. kitap, s. 17.

temp of Congress, Contemp of Court ve Contemp of Parliament kavramları kullanılmaktadır. (4). Bu engelleme yetkilerinin kuvvetler ayırımı prensibi ile bağdaşmayacağı ortadadır. Karara yol açan olaylar zinciri içinde de işte Yüksek Mahkemeden bu engelleme yetkisini kullanması istenerek Kongrenin yasaklamaktan özellikle kaçındığı bir davranışa mani olunmak istenmektedir.

Anayasada Beşinci EK'de düzenlenmiş olan *due process'e* gelince, bu hukuki esas ve usullerdir ki Anayasa teminatıdır. Bu esas ve usuller Anayasa ve Hukukun Genel İlkelerinin tesbit ve emrettiği ve yasama organının da uymaya mecbur olduğu esas ve usullerdir. (5) *Due process'i* düzenleyen 5. Ek, «hiç bir şahıs..... hukuki esas ve usullere uyulmadan, hayat, hürriyet ve mülkiyet hakkından mahrum edilemez», der.

The Times davasında son karardan önce *writ'in* tanınmış olmasına gelince, *writ* tanınmakla belirli bir şeyi yapma, bir mahkemeye gelme, ya da mahkemeye başvurma, ya da mahkemeye bir şeyi getirme yolunda bir emir verilmiş demektir. Eskiden Kral ya da Kral adına çıkarılan bir ferman mahiyetinde olan, şimdi ise mahkemelerden verilen bu emir özel kişiye verilebildiği gibi bir kamu görevlisine de verilebilir.

Mahkemenin kararını destekleyen ve fakat bu sonuca varmak için gerekli olmayan bir görüş ya da bir mahkeme kararı emsal olarak zikredildiğinde yanına *dictum* kelimesi yazılır. Çoğulu *dicta* olan bu kavram başka mahkemelerce nazara alınmayabilir.

Anayasal *prerogative* ABD. hukukunda bir makama bağlı olan yetki ve imtiyazlardır. Bunlar genellikle esasta değil görünüşte vardır, seramoni icabıdır. İngiliz Anayasa hukukundan gelen bu kavram İngiliz hukukunda Kralın sahip olduğu ve kullanılmaları Parlamento ya da Bakanlar Kurulunun tasvibine dayanmayan yetkilerdi.

2) Kararın gözden geçirilmesine gelince :

Yüksek Mahkeme tarafından *per curiam* olarak verilmiş bu karar, gerek Karar metninde gerekse şerhlerde bir çok *dictum'a* yer vermiştir (6). Bilindiği gibi *case'lerden* oluşan Anglo Sakson hu-

(4) Bak: Radin Law Dictionary, Oceana Publications, N. Y. 1955.

(5) Esasları için bak: Güran, S. a.g. kitap, s. 32-42.

(6) Atıflarda yer alan önemli kararlar arasında sıklıkla sözü geçen, *Near v. Minnesota*, 283, 697 (1931) metni ve üzerinde tartışılması bakımından bakınız: Güran, S. a.g. kitap s. 191-336 (191-194).

Yine önemli bir karar 1937 tarihinde Komünistlerce düzenlenen bir

kukunda emsal kararlarının önemi büyüktür. Yılların yerleştirdiği çeşitli prensipler ve Anayasa yorumlamaları her yeni olay ve davada Yüksek Mahkemenin oyalanmadan karar almasını kolaylaştırmaktadır. Yapılan iş, olayın doğru değerlendirilmesini izleyen bir karar vermek olmaktadır ki, bu da yerleşmiş ve önemli prensiplere yer veren geçmiş kararlara atıf yapmakla per curiam olarak verilebilmektedir. Böylece karar kısa, açık, seçik ve karışıklığa yol açmayacak bir biçimde kaleme alınmaktadır.

Kararın böyle kısa ve öz olmasına karşılık, göze çarpan en önemli husus Katılma Şerhlerinin uzunluğudur. Anayasa Mahkememiz açısından izlenebilecek ilginç ve yararlı bir yol olduğuna inandığımız bu usulle her yargıcın karara neden katıldığı belli olduğu gibi, kararı imzalarken üzerinde etraflıca düşünüldüğüne de bir delil olmaktadır bu. Hem karar metni yalnızca bir prensibi aksettirmekte, hem de şerhler yolu ile ilgili bütün gerekçeler ortaya konmaktadır. Böylece ileride aynı konular Mahkemeye geldiğinde istikrarlı kararlar çıkacağı da, bu usulde daha muhtemeldir. Bir yargıç etraflıca düşündüğü bir konuda, hele o konudaki inancını açık, seçik ve yazılı bir biçimde ortaya koyduktan sonra da, kolay kolay aksi bir inanca katılamaz. Bu sistem bu açıdan daha teminatlı bir sistem olarak görünmektedir. Her yargıcın teker teker inançlarını belirtmesinde büyük yarar vardır. Muhalefet Şerhleri bizde de aynı biçimde olduğundan bu konunun üzerinde durmuyoruz.

Bilindiği gibi Yüksek Mahkeme Amerikan Anayasası tarafından yaratılmıştır. Bir Baş Yargıç ve, yer boşaldığında ABD. Başkanı tarafından teklif edilip Senatoca onaylanarak iş başına gelen ve ondan sonra da ancak impeachment yolu ile o görevinden uzaklaştırılabilen (ki bu ilk ve tek defa ve başarısızca 1804'de kullanılmıştır). Yargıçlardan meydana gelmiştir. 1869'dan bu yana bunlar dokuz kişidir. Yüksek Mahkeme yabancı ülkelere ilişkin ve bütün Federal yasamayı kapsayan bir yargı denetimi yetkisine sahiptir. Kongre kararlarının anayasaya aykırı olduğuna karar vererek bunları hükümsüz kılabılır. Yüksek Mahkemenin bünyesine etki yapabilmenin ilk yolu

toplantıya katılan bir kişinin cezalandırılmıyacağı konusunda verilen karar ve bu kararda Yargıç Hughes'in şerhidir. Bu kararla da ilgili olarak bakınız: Güran, S.a.g. kitap, s. 66-68, 272-276.

Yargıç Holmes'un, kalabalık bir tiyatrodaki «yangın var» diye bağırma hakkından söz ettiği karar ve bununla ilgili durumun değerlendirilmesi için bakınız: Güran, S.a.g. kitap, s. 149-151 (150).

seçilecek Yargıç'ın kimliği dolayısıyla olabilir. İkinci yol ise, Anayasa tadilleri (Ek'leri) ile temin edilebilecek değişikliklerdir ki bu yola da üç kez başvurulmuştur; 1798'de Onbirinci Ek, 1868'de Onördüncü Ek, 1913'de Onaltıncı Ek.

Mahkemenin dayandığı temel görüş «ifadeye konan ön sınırlamalara (7) ilişkin» her davranış ve kararın, sırf bu niteliği dolayısıyla, hele ki Mahkemeye de intikal etmiş ise, «anayasal geçerliği ve uygunluğu bakımından ağır bir aykırılık şüphesi ve varsayımı» altında olduğudur. Davacı sonuç olarak Devlet de olsa, böyle bir durum söz konusu olması dolayısıyla, bu kısıtlama ve sınırlamayı «haklı göstermek üzere ağır bir yük, bir ispat külfeti altına» girmiş kabul edilmektedir. Bunun Anayasal bir nedeni vardır, o da Birinci Ek'dir.

«Kongre..... söz ya da basın özgürlüğünü kısıtlayıcı kanun yapamaz». Kanuna dayanmayan bir yürütme söz konusu olamayacağından da, «basın üzerinde hiç bir hükümet sınırlamasına» yer verilemez. Böylece Birinci Ek'e göre hiç bir yargısal sınırlama da kabul edilemez.

Gerek yürütmenin, gerekse yargının Kongrenin kanunla sınırlamadığı, ve Birinci Ek dolayısıyla sınırlayıp sınırlayamayacağı da tartışmalı olan bir alanda, engelleme yetkisini kullanarak bir yasak kararı almaları ise «kuvvetler ayırımı ile bağdaşmaz». «Kolaylık ve anlık siyasi düşünceler, Devlet sisteminin prensiplerinden esashi bir ayrılmayı haklı kılamaz.» Birinci Ek'le «hükümetin basını sansür yetkisi ortadan kaldırılarak, basının Hükümeti sansür etmekte daima özgür kalması sağlanmıştır.»

Bu konuyu, Yüksek Mahkemeye intikal etmeden önce karara bağlayan İlk Derece Mahkemesi yargıcı Murray L. Gurfein'in 19 Haziran 1971 tarihli kararından, A.B.D. de basın özgürlüğünün ve Amerikan halkının hükümet faaliyetlerinden haberdar olma haklarının zaferi olarak söz edilmektedir (8). Yargıç Gurfein kararında şöyle demiştir: «İktidarda olanların, muhalif, inatçı ve seviyesiz bir basına, çok daha değerli özgürlükler olan ifade özgürlüğünün ve ki-

(7) Ön sınırlamaların tartışılması için bakınız: Güran, S.a.g. kitap, s. 191-336.

(8) Bak: Sheehan, N., Smith, H., Kenworthy, E. W., Butterfield, F., The Pentagon Papers, Bantam Books, Inc. Toronto, New York, London, July, 1971, 2 pr. s. 645.

şilerin bilme hakkının muhafaza edilip, korunabilmesi için katlanmaları gerekir..... Zor bir zamanda yaşıyoruz. Bir Hükümetin faaliyetlerinden hoşnutsuzluk ve inançsızlık karşısında en büyük emniyet supabı her biçimi ile ifade özgürlüğünden başka bir şey olamaz... Savunmaların muhtevasını açıklamadan şunu belirtmekle yetinelim: Bu dokümanların neden milli güvenliğe hayati etkisi olacağı ve onu zedeleyeceği hakkında, genel anlamıyla utandırıcılığı dışında... hiçbir tutarlı gerekçe ileri sürülmemiştir.»

Davada sözü edilen ön sınırlama (prior restraint) ancak, «ciddi ve tamir edilemez» bir zedeleme tehlikesi (grave and irreparable standardı, ya da «açık ve mevcut tehlike» (clear and present danger) testi uygulanıp haklı kılınabilmişse konabilir (9). Bu da kararda belirtildiğine göre hükümet tarafından yerine getirilmemiştir, ispat külfetine katlanılmamıştır. «Birinci Ek'in garantisinin başlıca amacı konacak ön sınırlamalara engel olmaktır.» «Bir yayının mutlaka doğrudan doğruya ve hemen, mevcut bir faaliyetin güvenliğini (milli güvenliği) tehlikeye atacak bir durum yaratacağı hükümetce ileri sürülür ve ispatlanırsa, ancak bu, geçici bir sınırlama emrinin verilmesini destekleyebilir.»

Davaların fazla hızlı görülüş olmaları ya da verilerin açık olmaması, gibi meseleler ya da gazetelerin davranışlarındaki iyi niyet ya da hükümetin yasaklamasındaki iyi niyet, Yüksek Mahkeme Yargıçları için bile karanlıkken bizim bunları burada değerlendirmeye kalkmamız en azından işgüzarlık olur.

Olaylar ve veriler daha derinliğine incelenerek Yargıç Harlan, Baş Yargıç ve Yargıç Blackmun'un incelemesinde yarar gördükleri yedi ana sorun, herhalde Amerikan Anayasa Hukukcuları tarafından ele alınacaktır. Eğer ileride bu tip eleştirilere rastlanırsa bunlar da Türk Hukukcularının yararına sunulmalıdır.

Ayrıca Yargıç Harlan tarafından ileri sürülen, «Dış siyasetle ilgili yürütme kararlarının yapısı politiktir, yargısal değildir», ve «yargının, bir yürütme kararını hükümsüz kılması bazan mümkünse de bu gözden geçirmenin çok dar bir alana inhisar etmesi gereği ortadadır», görüşü Amerikan Hukukunda Hükümet tasarrufları teorisinin tartışılması gereğini ortaya koymaktadır.

(9) Bu standartlar için bakınız: Güran, S.a.g. kitap, s. 140-190.

IV. B a ğ l a m a :

Davanın gerçek verilerini biz de bilmediğimizden Yüksek Mahkeme kararının yerindeligi üzerinde tartışma yapmak yetkisini kendimizde, ya da kararı ve şerhleri yalnızca okumak ve olayları dolaylı olarak bilmek durumunda olan her hangi birinde, göremiyoruz.

Bizim yaptığımız, karar ve şerhleri aynen Türk hukukçularına ulaştırmak, teknik ve kavramsal açıklamalar yapmak ve kararda değinilen prensipleri göz önüne sermek olmuştur.

Muhakkak ki bu davaalar, «büyük olmasalar bile, en azından sunulmaları ve komplikasyonları dolayısıyla olağanüstüdürler», ve temelde «anti-demokratik olarak nitelendirilen ve bürokratik hataların devamına yol açan «gizlilik» sorununa dokunduklarından», kamusal sorunların açıkça ve güçlü bir biçimde tartışılması, bu alanda basının fonksiyonu, basına konabilecek sınırlamalar, bunların Anayasa karşısında değeri, ön sınırlamalarla bunları haklı kılacak standartlar, yürütmenin ve yargının yetki alanları (hele ki Kongrenin kanun yapmayı reddettiğini alanlarda) gibi kavramlar büyük önem kazanmaktadır.

Türk Anayasa prensiplerinden farklı nitelikler arzeden Amerikan Anayasa Hukuku prensipleri, yargılama ve karar verme usulleri bizim için ilginç ve yararlıdır. Bunların Anayasa Mahkememizce göz önünde bulundurulabileceklerine ve yararlı olacaklarına inanıyoruz.