

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE OBJEKTİF SINIR KAVRAMI VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OBJEKTİF SINIRLARI

Yrd. Doç. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez

Karadeniz Teknik Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

•••

Özet

Liberal demokrasilerde temel hak ve özgürlüklerin sanki her zaman ve her koşulda sınırsız olduğu biçiminde bir yanlış algılamaya rastlanabilir. Oysa bu doğru değildir. Çünkü her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır ve bu sınırların bir hukuki metinde açıkça belirtilmesine de gerek yoktur. İşte bu çalışmada genel olarak temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları kavramı ve bunun düşünce özgürlüğü üzerindeki görünümünü incelenmeye çalışılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Federal Almanya örneği üzerinde, düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu ise Amerika Birleşik Devletleri örneği üzerinde ele alınmıştır. Bu konu aslında ülkemizde yeterli düzeyde ele alınmış değildir ve yanlış anlama ve değerlendirmelere de konu olabilmektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın "temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması" başlığını taşıyan 14. maddesi bunun açık kanıtıdır. İftira, hakaret, ırkçılık, şiddete çağrı, kişilik haklarına saldırı ve benzeri ifadelerin yasaklanabilmesi için aslında bunun Anayasada belirtilmesine bile gerek yoktur.

The Concept of Objective Limitation on Fundamental Rights and Freedoms and the Objective Limitations of the Freedom of Expression

Abstract

It is common to come across a misconception as if there were no limitations of fundamental rights and freedoms in a liberal democracy. However it does not reflect the fact since every fundamental right and freedom has its inherent objective limitations which are not necessarily indicated in legal documents. The aim of this paper is to generally indicate the concept of objective limitations of the fundamental rights and freedoms and to discuss the freedom of expression in this context. To do that, the practice of the Federal Republic of Germany considering the objective limitations of the fundamental rights and freedoms and of the United States of America in relation to the objective limitations on the freedom of expression is examined. In fact, these issues have not sufficiently taken their places in the Turkish doctrine and this situation may cause misunderstanding and misinterpretation of the notion. Article 14 of the 1982 Constitution under the heading of "prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms" should be seen as a clear evidence of this fact. For example, it is not necessary to introduce any provision providing prohibitions with regard to the notions of insulting, slander, apartheid, incitement to violence etc. in a constitutional document since they are not regarded as consisting of the objective limitations of freedom of expression.

Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları

GİRİŞ

Çağdaş demokrasilerde özgürlüklerin sahip olduğu imtiyazlı konuma bakıldığında, günümüzde rejimin demokratik niteliğinin bireylere sağlanan özgürlüklerin serbestisi ile yakından ilgili bir hale gelmiş olduğu gözlemlenmektedir. Ancak bu süreçte, özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında bazı sorunların ve yanlış anlamaların olması mümkündür. Kimi ülkelerde özgürlükler, demokratik bir toplumda olması gerekenden fazla sınırlandırılırken; diğer bazı ülkelerde ise böyle bir sorun yaşanmamaktadır.

Özgürlüklere yönelik sınırlamaların boyutu ülkelerin rejiminin demokratik niteliğini de etkilemektedir. Liberal demokrasiyi benimseyen ülkelerde temel hak ve özgürlükler daha geniş bir serbestiye sahiptirler. Hatta düşünce özgürlüğü gibi kimi özgürlükler sadece çok istisnai durumlarda sınırlamaya tabi tutulmaktadır. Bu noktada bazı özgürlüklerin "mutlak" niteliğe sahip olduğu ve rejimin özgürlükçü niteliğinin de özgürlükler konusundaki bu mutlaklıkla yakından ilişkili olduğu düşünülmektedir.

Ancak bu mutlaklığa rağmen özgürlüklerin norm alanına bakıldığında yine de her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan bazı sınırlarının olduğu görülmektedir. Bunlara "özgürlüklerin objektif sınırları" denilmektedir. İşte bu çalışmada önce genel olarak "objektif sınır" kavramı ve daha sonra bunun düşünce özgürlüğü üzerindeki görünümü irdelenmeye çalışılmıştır. Düşünce özgürlüğünün ele alınmasının en önemli nedeni bu özgürlüğün demokrasilerdeki ayrıcalıklı konumundan kaynaklanmaktadır. Demokratik ülkelerde en az sınırlandırılması gereken özgürlüklerden biri olarak düşünce özgürlüğünün de kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır. Bu sınırlar ağırlıklı olarak ABD örneği üzerinde incelenmiştir. Çünkü ABD, bu konuda özellikle Yüksek Mahkeme'nin 1940'lı yıllarda verdiği kararlardan sonra önemli bir mesafe almıştır. Farklı ülkeler ve Türkiye'deki duruma da yeri geldiğince

değiniştir. Konunun mukayeseli hukuk bağlamında ele alınması ile bir ölçüde ülkemizdeki bu konuda yapılan tartışmalara da katkı sağlanabilecektir.

A- Özgürlük ve Sınırlama İlişkisi

Liberal demokrasilerdeki klasik özgürlük anlayışında temel hak ve özgürlükler hep "sınırsız" (mutlak) bir niteliğe sahip olarak düşünülür ve bu anlayışta özgürlüğün içeriği sahibi tarafından istenildiği gibi belirlenebilir. Aslında bunun temelinde doğal hukuk düşüncesi yatar (SAGLAM, 1982: 129). Doğal hukuk ve toplum sözleşmesi çerçevesinde özgürlüklerin günümüzde kazandığı boyutta, birtakım özgürlüklerin devletten önce de var olduğu ve bu özgürlük sahibi bireylerin kendi iradelerini birleştirerek devleti oluşturdukları fikri egemendir. Bu anlayışta devlet bireylerin özgürlüklerini sağladığı sürece meşrudur ve devletin en önemli görevi de budur. İşte böyle bir durumda birey sanki kendi iradesiyle oluşturduğu devlet karşısında sınırsız özgürlüğe sahipmiş gibi görülür. Bu anlayış etkisini 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde göstermiştir. Bu belgedeki özgürlük anlayışında bireyler, doğuştan sahip olduğu özgürlükleri hiçbir kısıtlamaya uğramadan, dilediği gibi kullanabilecektir. Dolayısıyla özgürlük mutlak, sınır tanımayan bir niteliğe sahip olacaktır. Bireyciliğin sonucu olan bu özgürlüğün önüne çıkan tek sınır başkalarının özgürlüğüdür (AKIN, 1987: 399).

Aslında günümüz liberal demokrasilerindeki özgürlük anlayışı böyle değildir. Ancak bundan günümüz demokrasilerinde özgürlüğün öneminin ikinci plana itildiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Burada vurgulanmaya çalışılan önemli bir nokta özgürlüğün sahibi olan bireyin tek başına değil; toplumun içinde yaşadığı gerçeğidir. Bireylerin toplum halinde yaşama zorunluluğu dikkate alındığında, tüm bireylerin mümkün olduğunca özgür biçimde hareket ettiği, ancak bununla birlikte aynı zamanda belli bir düzenin, dirlik ve esenliğin sağlandığı bir ortamın da oluşturulması gerekir. Yani günümüzde özgürlük birey için yine çok önemlidir; ancak bireyin toplumsal bir varlık olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir (ANAYURT, 1988: 132). Nitekim tarihsel süreç içerisinde bu özgürlük anlayışı da 1848 devrimi ile birlikte benimsenmiş ve böylece bireylerin özgürlüklerini toplum halinde yaşarken dengeli biçimde kullanmaları esası yerleşmeye başlamıştır (AKIN, 1987: 398).

Aslında toplum hayatına bakıldığında gerçekten özgürlüklerin zorunluluk olması durumunda birçok yönden sınırlandırılmaları gerekebilir. Bununla birlikte öncelikle belirtmek gerekir ki her özgürlüğü aynı gerekçe ile sınırlandırmak bazen çok yanlış sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle her bir özgürlüğün yapısına ve niteliğine göre gerekli olan toplumsal koşulların varlığı halinde sınırlandırılması ancak amacına uygun sonuç verebilir.

Toplum hayatında bireylerin özgürlüklerinin çok değişik gerekçelerle sınırlandırılması mümkündür. Öncelikle 1789 Bildirgesinde belirtildiği gibi başkalarının özgürlüğü bireylerin kendi özgürlük sınırını tayin etmede önemli bir ölçüttür. Bunun yanında kamu düzeninin korunup kollanması, milli güvenliğin sağlanması, suçların önlenmesi ve benzeri nedenlerle de zorunluluk olması durumunda özgürlükler sınırlandırılabilir. Bu durum toplumsal yaşayışın doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla özgürlüklerin bu koşulların sağlanması amacı ile bir düzene sokulması ve böyle bir sınır içinde tutulması gerekir (AKIN, 1987: 398-399).

Bu noktada "özgürlük" ile "kamu düzeni" kavramları arasında var olan temel bir ilişki karşımıza çıkmaktadır. Dengeli özgürlük anlayışında bireyler, başkalarının özgürlüklerine saygılı, kamu düzenini bozmayacak bir özgürlük anlayışına sahip olmalıdırlar. Gerçekten başkalarının özgürlüklerinin gözetilmediği ve kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda bireylerin özgürlüklerini kullanarak rahat bir şekilde yaşayabilmeleri mümkün değildir. Bu koşulların sağlanmadığı bir ortam karmaşanın hüküm sürdüğü bir durum ortaya çıkarır. Dolayısıyla bireylerin özgürlükleri başkalarının özgürlükleri ile ve kamu düzeninin sağlanması gerekçesiyle sınırlandırılabilir. Bu noktada özgürlük ile düzen kavramları birbirine zıt kavramlar olarak değil; birbirlerini tamamlayan kavramlar olarak kabul edilmelidirler (ÇEÇEN, 2000: 93-99). Düzenin sağlanması adeta özgürlüğün varlığı ve bireyler açısından bir anlam ifade etmesi için vazgeçilmez bir araç haline gelmektedir (ANAYURT, 1998: 133).

Genel olarak liberal demokrasilerdeki özgürlük anlayışı belli gerekçelere dayanarak bazı özgürlükleri sınırlasa da, aslında bu gerekçeler bahane edilip özgürlüklerin aşırı biçimde sınırlandırılmasından sakınılmalıdır. Çünkü böyle bir durum özgürlüğün amaç olduğu liberal demokrasinin mantığı ile çelişir. Sınırlı özgürlük anlayışına rağmen liberal demokrasilerde kamu düzeninin sağlanması gerekçesiyle hiç sınırlandırılmayacak olan ya da diğer birtakım özgürlüklere göre daha az sınırlandırılacak olan özgürlükler vardır. Sınırlama aşamasında bu konulara özen gösterilmelidir.

B- Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Objektif Sınır Kavramı

1- Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Liberal demokrasilerde özgürlüğün her bakımdan sınırsız olamayacağı gerçeğinden hareketle günümüz demokrasilerinde özgürlüklerin çeşitli nedenlerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu konuda yaygın olan uygulama özgürlüklere yönelik sınırlama nedenleri, bu sınırlama sürecindeki uyulması gereken ilkeler ve sınırlamanın sınırı niteliğindeki unsurların anayasalarda belirtilmesi biçiminde olmaktadır. Bu durum katı anayasa sistemine sahip olan

ülkelerde bireyler için özellikle devlet iktidarını kullananlara karşı bir güvence oluşturur. Böylece basit çoğunluklar anayasadaki güvenceleri ortadan kaldıramayacaklardır. Aynı biçimde anayasa yargısının da bu basit çoğunluğun çıkardığı yasaları anayasaya uygunluk açısından denetlemesi ile önemli bir güvence daha bireylerin özgürlükleri açısından devreye girmiş olmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda konumuzla ilgili önemli olan nokta bu konuda anayasalarda yer alan sınırlama nedenleridir. Bu konuda, değişik ülke anayasalarında farklı tercihlere yer verildiği görülmektedir. Çoğu demokratik ülke anayasalarında ve uluslararası insan hakları belgelerinde temel hak ve özgürlükler kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirler. Uygulanan diğer bir formülde ise özgürlükler için hem kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenleri vardır; hem de tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak anayasaya sokulmuş genel sınırlama nedenleri vardır. Ülkemizde 03-10-2001 tarihli Anayasa değişikliğine kadar olan durum bu şekilde idi¹. Ancak bu tarihte kabul edilen yeni 13. madde ile olumlu bir adım atılarak özel sınırlama sistemine geçilmiştir. Yeni madde bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"².

Özel sınırlama nedenleri Anayasada belirtilen özgürlüklerin kendi düzenledikleri maddelerde yer alan ve yalnızca ilişkin oldukları haklar için geçerli olan sınırlama nedenleridir (UYGUN, 1992: 133). Örneğin 1982 Anayasası'nın "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti" ile ilgili 23. maddesinde belirtilen "Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir." hükmündeki her bir sınırlama nedeni sadece yerleşme özgürlüğü ile ilgili olan özel sınırlama nedenleridir.

1 Bu konuyla ilgili olarak Ekim 2001 tarihli değişiklikten önce genel sınırlama kuralı niteliğinde olan Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen dokuz tane sınırlama nedeni (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, genel ahlakın, kamu yararının ve genel sağlığın korunması) Anayasa'da yer alan özgürlüklerden hem niteliği gereği daha fazla sınırlandırılabilir olan grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve konut hakkı için hem de niteliği gereği çok zor sınırlandırılabilen, hatta hiç sınırlandırılmayacak olan düşünce ve kanaat özgürlüğü ve yaşama hakkı için de geçerli olabilecekti. Böylece bu madde Yasa Koyucuya özgürlükleri daha kolay sınırlandırma konusunda önemli imkanlar vermektedir.

2 03-10-2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun için bkz. 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 (Mükerrer) sayılı *Resmî Gazete*.

Niteliği gereği sınırlandırılması mümkün olan özgürlüklerin hangi gerekçelerle sınırlandırılacağını öngören özel sınırlama nedenlerinin anayasalarda yer alması ve özgürlüklerin ne aşamaya kadar sınırlandırılabilceğinin belirtilmesi genel sınırlama nedenlerine göre çok daha avantajlı bir durum yaratır. Böylece hiç sınırlandırılmayacak olan özgürlükler için sınırlama nedenine yer verilmemiş olur. Bu kademeli ve farklılaşmış sınırlama sisteminden genel sınırlama sistemine geçilerek ülkemizde insan hakları sorunu da sürekli olarak gündemde kalmıştır. Genel sınırlama sistemine geçilen 1971 Anayasa değişiklikleri sonrası ve benzer niteliğe sahip 1982 Anayasası dönemleri insan hakları standardı açısından yoğun eleştirilerin yapılmasına neden olmuştur. Bu nedenle sınırlı özgürlük anlayışı olsa bile en doğru tercih özel sınırlama nedenleri ile ortaya çıkan kademeli ve farklılaşmış sınırlama sistemidir. Genel sınırlama sistemi ise özellikle kimi dönemlerde yasa koyucunun anlayışına bağlı olarak belki de liberal demokrasilerdeki sınırlı özgürlük anlayışının amacını çok fazla aşan kısıtlı bir özgürlükler rejimi karşımıza çıkarabilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan yukarıda bahsedilen değişiklik bu sorunları ortadan kaldırma konusunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

2- Temel Hak ve Özgürlüklerin Objektif Sınırları

Anayasada ya da ilgili kanunlarda herhangi bir özgürlüğe yönelik hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa bile özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan kimi sınırları vardır. İşte temel hak ve özgürlüklerin kendi yapılarından kaynaklanan bu sınırlar onların "sınırlı" niteliğini karşımıza çıkarır. Bu nedenle kavram olarak "temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması" ile "temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı" aynı şey değildir (GÖZLER, 2000: 173-174).

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, "sınırlama"dan farklı olarak, anayasada belirtilen genel ya da özel sınırlama nedenlerine dayanmaz. Çünkü sınırlılık özgürlüğe dışarıdan sokulmaya çalışılan bir kısıtlama değil, bizzat o özgürlüğün kendisinden kaynaklanan bir durumdur (GÖZLER, 2000: 174). Dolayısıyla özgürlüğün objektif (nesnel) sınırı özgürlüğe yasa ile getirilen sınırlamadan şu noktada ayrılmaktadır: Yasal sınırlama belli bir temel hakkın koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu özgürlük alanının belirtilen sınırlama nedenleri ile daraltılmasını sonuçlandırır. Dolayısıyla sınırlama kurucu (konstitütif) bir nitelik taşır (SAĞLAM, 1982: 33). Temel hakların sınırlılığı ise özgürlüklerin yapısından kaynaklandığına göre bunların Anayasa ya da yasada belirtilmesi pek fazla bir önem taşımaz. Bu sınırlar pozitif hukuk metinlerinde belirtilse de, belirtilmese de zaten vardır. Bu nedenle de özgürlüğün objektif sınırlarının belirtilmesi sadece açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşır; yoksa hak alanında yeni bir daralma meydana getirmez (GÖZLER, 2000: 174).

Temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak getirilecek olan sınırlamaların da bu nedenle objektif sınır kavramı dikkate alınarak düşünülmesi gerekir. Nitekim ülkemizde de A.Ü. Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinin birlikte hazırlamış olduğu Gerekçeli Anayasa Önerisi'nde de temel hak ve özgürlüklere yönelik genel bir sınırlama maddesinin olmaması gerektiği; bunun yerine her özgürlüğün kendine özgü niteliğine uygun olarak özel sınırlama nedenlerine göre sınırlandırılması gerektiği belirtilen 11. maddesinin gerekçesinde özgürlüklerin objektif sınırlarına vurgu yapılmaktaydı. Burada her özgürlüğün belli bir somut alanda belli bir yaşam ilişkisine anayasal güvence getirmesi anlamında nesnel sınırlara sahip olduğu belirtilmektedir³ (GEREKÇELİ ANAYASA, 1982: 28).

Genel olarak temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu en yaygın biçimde Federal Alman doktrininde ve yargı kararlarında incelenmiştir. Bu konuda öncelikle Alman Federal İdare Mahkemesi'nin geliştirdiği "içkin sınır anlayışı"na işaret etmek gerekir. Burada Mahkeme temel hakların sınırlandırılmasında "genel toplum yararı" kaydını kullanmaktaydı. Mahkeme'nin bir kararında bu durum şu şekilde ifade edilmişti: "Temel hakların kullanılması ile diğer temel haklar ya da toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşürülüyorsa, bu kullanımın talep edilemeyeceği temel hakların özünde vardır" (KANADOĞLU, 2000: 13). Toplumsal değerlere öncelik tanıyan Alman Federal İdare Mahkemesi'nin bu "içkin sınır anlayışı" aslında belirsizliği dolayısıyla her türlü kötüye kullanıma açık kapı bıraktığından temel hakları korumaktan uzaktır. Üstelik Mahkeme bu görüşü o denli ileri götürmüştür ki "kaçınılmaz zorunluluk" halinde temel hakların özü bile bir sınırlama engeli olmaktan çıkarılmıştır (SAĞLAM, 1982: 34-35). Eğer Mahkeme'nin görüşü kabul edilirse toplum yararı gerekçesiyle temel hakların özü bile sınırlandırılabilir ki bu durum özgürlüklerin yapısından kaynaklanan objektif sınır anlayışı ile gerçekten çok ciddi biçimde çelişmektedir.

Oysa objektif sınır anlayışının en önemli özelliği her özgürlüğün geçerlilik muhtevasının nereye kadar uzandığını belirtmesidir (GÖZLER, 2000: 174). Başka bir deyişle bu anlayış, hiçbir sınırlama nedeni belirtilmemiş olsa bile bir özgürlüğün hangi alanları kapsadığını ve hangi alanlarda yapısından ileri gelen sınırlar olduğunu ortaya koymaya çalışır. Dolayısıyla nesnel sınır anlayışı eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılık olarak kabul edilmelidir (SAĞLAM, 1982: 139).

Temel hakların objektif (nesnel) sınırlılığı konusunda en önemli görüşler Federal Almanya'da Friedrich Müller tarafından geliştirilmiştir. Müller temel hakların geçerlilik muhtevasını ölçüt olarak alıp şöyle bir model ortaya koymaktadır: Hiçbir temel hak uçsuz bucaksız anlamında sınırsız değildir.

3 Bu konuda ayrıca bkz. (KANADOĞLU, 2000: 24-25).

Hakkın sınırsız olamayacağı onların norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Her temel hak normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda geçerlidir⁴.

Özgürlüklerin objektif sınırları her bir özgürlük için farklıdır. Örnek vermek gerekirse; toplantı özgürlüğü barışçı ve silahsız saldırısız olmak zorundadır. Düşünce özgürlüğünün başkalarına açıkça hakaret etme ve sövüp saymayı bünyesine almadığı açıktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında dilekçe hakkının hakaret ve tehdit içeren ifadelerle imkan tanımadığını belirtmiştir (SAĞLAM, 1982: 50). Bunun gibi bir kararında Türk Anayasa Mahkemesi savunma hakkının objektif sınırlarını şu şekilde açıklamıştır: "İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böyle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkili olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denilemez"⁵.

Sonuç olarak pozitif hukuk metinlerinde bir özgürlüğün sınırlandırılması konusunda hiçbir hüküm bulunmasa bile özgürlüğün yapısında kendinden kaynaklanan kimi sınırların mevcut olduğunun bilinmesi gerekir. Alman doktrininde ve uygulamasında yaygın biçimde işlenen bu konunun Türkiye açısından da önemli olduğu yadsınamaz. Bu nedenle insan haklarının normatif yapısı ile ilgili çalışmalarda bu konulara yer verilmesi gerekir ve yargı kararlarında da bu konu işlenmelidir. Çünkü 1982 Anayasası gibi bazı özgürlükleri olması gerekenden daha fazla sınırlamayı amaçlayan bir hukuksal metinde aslında özgürlüklerin bünyesinde zaten var olan bazı objektif sınırların bile sınırlama nedeni olarak öngörüldüğü gözlemlenmektedir. Anayasa'nın 14. maddesi bir yönüyle bu amaçla getirilmiştir.

4 Friedrich Müller, *Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969, s. 55-87'den aktaran: (SAĞLAM, 1982: 47). Alman doktrininde Ridder de objektif sınır anlayışı konusunu ele almıştır. Hatta Ridder'e göre içkin sınır biçimindeki anlayış da temelde objektif sınır anlayışından kaynaklanmaktadır. Bkz. (SAĞLAM, 1982: 52). Gerçekten özgürlüğün sınırlılığı konusunda sadece "objektif sınır"lar değil, bunun yanında "içkin sınır"lar ya da "Anayasal sınır"lar biçiminde başka anlayışlara da işaret edilmektedir. Bkz. (SAĞLAM, 1982: 32-53; GÖZLER, 2000: 174-176). Ancak bu farklı anlayışlar arasında pek önemli ayrılıklar yoktur. Bu tür ayrımı yapanların bile bunun farklılıklarını net biçimde ortaya koymadıkları düşünüldüğünde bu çalışmada özellikle içkin sınır anlayışını da objektif sınır anlayışı ile birlikte ele almanın ve her ikisinin de aynı şeyi kastettiğini söylemenin bir yanlışlığı sayılmayacağını belirtmek gerekir. Ancak burada son olarak kastettiğimiz içkin sınır anlayışının Alman Federal İdare Mahkemesi'nin geliştirdiği içkin sınır anlayışı ile aynı kapsamda olmadığını, daha ziyade objektif sınır anlayışına benzediğini belirtmek gerekir.

5 E.S.: 1963/163, K.S.: 1965/36, K.T.: 8-6-1965, AYMKD Sayı: 3, s. 169.

C- Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları

Temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Federal Almanya'da ele alınmış olmasına rağmen, sadece bir özgürlük bağlamında, düşünce özgürlüğü bağlamında ABD doktrini ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları Federal Almanya'nın önüne geçmiştir. Bu nedenle düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Amerika Birleşik Devletleri örneği üzerinde ele alınacaktır.

İlk bakıldığında Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın düşünsel özgürlükler konusundaki hükmünün oldukça mutlak bir nitelik taşıdığı görülür. 1787 tarihli ABD Anayasası'na 1791'de dahil edilen Birinci Ek Değişiklik Maddesi'ne göre; "Kongre, bir din kuran veya bir dinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesini yasaklayan, söz ve basın özgürlüğü ile vatandaşların şikayetlerini hükümete bildirmek için dilekçe verme haklarını ve barışçıl toplanmalarını kısıtlayan hiçbir yasa çıkaramaz" (GÜRBÜZ, 1981: 36).

Görüldüğü gibi bu metin düşünce özgürlüğünü yasa ile sınırlayabilecek yegane organ olan Kongre'ye kesin bir buyrukla sınırlamama konusunda bir mesaj vermektedir. Bu mutlaklığa rağmen ABD doktrini ve uygulaması özellikle 1920'lerden itibaren düşünce özgürlüğü (freedom of speech)⁶ konusunda çok yoğun tartışmaların içerisine girmiştir. Bu sayede Anayasa'daki bu sade hüküm çok değişik yorumlara tabi tutulmuştur. Özellikle konumuzla ilgili olarak aşağıda daha ayrıntılı açıklamalardan fark edileceği gibi, düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının olduğu hem doktrinde hem de uygulamada mahkeme kararları ile açıklanmıştır.

ABD Anayasal pratiğinde düşünce özgürlüğü herkese, her istediğini, her yerde ve her zaman, başkalarını incitecek şekilde ifade etme imkanı vermez. Uygulamada düşünce özgürlüğünün sınırlandırıldığı bazı temel noktalar vardır. Bunlar ağırlıklı olarak yıkıcı-bozguncu fikirlerin ifadesi ve kamu düzenini tehdit eden ifadelerle ilgilidirler (BRIGHAM, 1984: 40-45). Toplum halinde yaşayabilmek için bazı temel konularda bireyler arasında bir mutabakatın olması gerekir. Bu temel noktalarda mutabakat sağlandıktan sonra toplumun barışçıl biçimde geliştirilmesi konusundaki tartışmalara imkan sağlanmalıdır. Toplumun sağlıklı gelişimi konusundaki bu tartışma özgürlüğüne rağmen devlet kurumlarına yönelik yakın ve ciddi tehditlerin olması durumunda bu biçimdeki ifadelerin de sınırlandırılabilmesi gerekir (BRIGHAM, 1984: 51). Ancak bu noktadaki sınırın çok hassas olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim ABD uygulamasında özellikle

6 ABD'de düşünce özgürlüğünün karşılığı olarak hukuki metinlerde, mahkeme kararlarında ve doktrinde genellikle Türkçe'de "konuşma özgürlüğü" ya da "söz özgürlüğü" anlamına gelen "freedom of speech" kullanılmaktadır. Ancak ülkemizde düşünce özgürlüğü tanımı daha fazla kullanıldığı için ABD uygulaması ele alınırken "konuşma özgürlüğü" değil, yine de "düşünce özgürlüğü" kavramı kullanılacaktır. Düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünü de kapsadığı öncelikle kabul edilecektir.

1950'lerde bu sınır çok fazla devletin korunması lehine kaydırıldığı için özgürlükler zedelenmişti. Buna rağmen daha sonra bu sorun aşılmıştır⁷.

ABD'de, Anayasal düzeyde düşünsel özgürlüklerin mutlaklığına rağmen, bu özgürlükler, kamu düzeni, kamu barışının sağlanması ve özel hakların korunması bağlamında da çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu noktada da bir anayasal sorun ortaya çıkmaz. Örneğin kamu düzenini koruyup sağlamak amacıyla düşüncelerin açıklanması ile ilgili bir özgürlük olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün izne bağlanması Anayasaya aykırı olamaz (BRIGHAM, 1984: 55).

Düşünce özgürlüğü konusunda yukarıdaki açıklamaların dışında bir başka temel konu da özellikle 1940'lı yıllardan itibaren karşımıza çıkmaktadır. Birtakım düşünce açıklamalarının hiçbir biçimde korunamaması ile ilgili olan bu konudaki öncülüğü ABD'li Zechraiah Chafee yapmıştır. Özgürlükler konusundaki liberal görüşleri ile tanınan Chafee'ye göre hukuken korunan ve hukuken korunmayan düşünce açıklamaları ayırımı yapılmalıdır ve müstehcen, küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı ve saldırgan nitelikte birtakım düşünce açıklamaları vardır ki bunlar hiçbir zaman düşünce özgürlüğünün hukuksal korumasından faydalanamazlar (CHAFEE, 1948: 150). İşte ABD'de Chafee'nin öncülüğünü yaptığı bu ayırım düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını ortaya koymaya çalışmaktadır.

ABD doktrinindeki bu ayırımı uygun olarak Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court) de konuyu ilk kez 1942 yılında verdiği *Chaplinsky v. New Hampshire* kararında ele almış ve daha sonra da sürekli biçimde kullanmıştır.

Bu karara esas olan olayda Walter Chaplinsky adındaki bir Yehova Şahidi, kendi tarikatıyla ilgili broşürler dağıtırken New Hampshire'de, yarattığı rahatsızlık nedeniyle polis tarafından karakola götürülmek istenmiştir. Bu esnada Chaplinsky'nin polise söylemiş olduğu ifadeler üzerine olay en son Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Kendisini yakalayıp karakola götürmeye çalışan polise, "Siz Allah'ın belası gangstersiniz, belalı faşistsiniz, tüm hükümet olarak faşist ya da faşistlerin ajanısınız" biçiminde hakaretler yapması üzerine bu kişi New Hampshire Kanunlarında yer alan ve hakaret içeren sözleri suç sayan hükmü ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Bunun üzerine Chaplinsky söylediği sözlerin ABD Anayasası'nun düşünce özgürlüğü ile ilgili maddesi tarafından korunduğunu belirterek davayı ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin önüne getirmiştir. Mahkeme ise oybirliği ile vermiş olduğu kararda bu kişinin itirazını reddederken ilk kez düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının varlığını şu şekilde ifade etmiştir: "Düşünce özgürlüğünün her zaman ve her durumda mutlak bir niteliğe sahip olmadığı belirtilmelidir. İyice tarif edilmiş ve kapsamı dar tutulmuş bazı düşünce açıklamaları vardır ki

7 ABD'de düşünce özgürlüğüne yönelik bu sınırlamalar konusunda geniş bilgi için bkz. (KRAMER, 1982: 46-52).

bunların ifadesinin önlenmesi ve cezalandırılması hiçbir anayasal sorun doğurmaz. Bunlar bayağı, müstehcen, küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte olan ya da bu biçimde olmaya meyilli olan sözlerdir ki bunlar toplumsal barışı aniden bozmaya yatkındırlar. Bu biçimdeki ifadelerin düşüncelerin açığa vurulması biçiminde esaslı bir amacı olmadığı gözlemlenmelidir ve bunlar gerçeğe ulaşma yönünde hiçbir toplumsal katkı sağlamayan, ahlakilik ve düzeni sağlama noktasında hiçbir toplumsal yararı olmayan ifadelerdir" (HARRISON / GILBERT, 1996: 13-14).

Kararda ayrıca düşünce özgürlüğünün objektif sınırları olarak kabul edilen bu kategorinin içerisine ne tür sözlerin gireceğini aslında sıradan bir insanın bile ayırt edebileceği belirtilmektedir. Bu karardan sonra ABD doktrininde bu biçimdeki hukuken korunmayan ifadeler için "fighting words" kavramı kullanılmaktadır (BRIGHAM, 1984: 59).

Bu kararın en önemli özelliği, yukarıdaki aktarılan kısımdan da anlaşılacağı gibi düşünce açıklamalarını, gerçeğe ulaşma noktasında bir katkı sağlayan ve bu nedenle de hukuken korunması gereken düşünceler ve gerçeğe ulaşma noktasında hiçbir katkı sağlamayan ve hukuken korunmayan düşünce açıklamaları biçiminde ikiye ayırmış olmasıdır (TEDFORD, 1985: 209)⁸. Burada hukuken korunan düşünceler gerçeğe ulaşma noktasında bir katkı sağlayan haberler, gazete yazıları, makaleler, toplumsal sorunlara yönelik konuşmalar, siyasal kampanyalarda yapılan tartışmalar ve benzeri ifadelerdir. Hukuken korunmayan düşünceler ise aşağılayıcı, müstehcen, iftira niteliğinde olan, küfür içeren sözler, provakasyona neden olmasa da suçlayıcı ifadeler, şiddeti tahrik eden ifadeler ve benzerleridir (TEDFORD, 1985: 211).

ABD Yüksek Mahkemesi "fighting words" ile ilgili olarak daha sonra 1949 yılında *Terminiello v. Chicago* ve 1951 yılında *Feiner v. New York* Kararlarında da *Chaplinsky* kararındaki ayırımı sürdürmüş ve bu tarihten itibaren değişik biçimlerde düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını kararlarında kullanmaya devam etmiştir⁹. Ancak özellikle 1960'lı yıllardan itibaren ABD'deki özgürlükçü protesto hareketleri ve Vietnam Savaşı karşıtı gösteriler bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Yüksek Mahkeme protestonun yeri, zamanı ve şekli ile ilgili olarak provakasyona neden olup olmadığına bakarak kimi olaylarda serbestiyi tanıırken, diğerlerinde cezalandırma yoluna gidebilmiştir (TEDFORD, 1985: 215).

8 İlginçtir ki bu kararı da Mahkeme'nin en liberal üyelerinden biri olan Frank Murphy yazmıştır. Bkz. (BRIGHAM, 1984: 59). Bu durum hukuken korunmayan düşünce açıklamalarını doktrinde Mahkeme kararından önce ilk kez ortaya koyan liberal görüşlerin ile tanınan Chafee'nin durumuna benzemektedir.

9 ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu biçimdeki kararları için bkz. (HARRISON / GILBERT, 1996: 11-147).

ABD doktrininde bir düşüncenin hukuken korunma görememesi yani "fighting words" kapsamında sayılabilmesi için şu üç koşulun bir arada bulunması gerektiği savunulmaktadır: Bu sözlerin topluma zarar vermesi, toplumsal barışın bozulmasına etki edebilir nitelikte olması ve düşüncenin açıklanması biçiminde temel bir amacı olmaması gerekir (SIGLER, 1975: 70). Bu üç koşulun birlikte olması durumunda ancak bu nitelikteki düşünce açıklamaları hukuksal korunmadan faydalanamaz.

1- İftira, Küfür ve Haysiyet Kırıcı Sözler

Düşünce özgürlüğünün objektif sınırları bağlamında hukuken korunmayan düşünce açıklamaları olarak iftira, küfür ve haysiyet kırıcı sözler ile kişilere yönelik olarak yapılan eleştirileri birbirinden ayrı tutmak gerekir. Eleştiri makul sınırlar içerisinde kaldığı sürece hiçbir zaman yasaklanamaz. Bununla birlikte tamamen iftira niteliğinde olan, kişileri küçük düşürmeye, onları karalamaya yönelik ifadeler ve kişilere yönelik küfürler düşünce özgürlüğünün norm aları içerisinde sayılamazlar.

İftira ve onur kırıcı sözler aslında daha ziyade düşüncelerin özel bir açıklama biçimi olan basın özgürlüğü bağlamında ele alınmalıdır. Çünkü günümüzde bu nitelikteki sözler genellikle kitle iletişim araçları aracılığıyla sarf edilmektedirler. Burada bireylerin sahip olduğu şan ve şöhretleri ya da başka bir deyişle kişilik hakları ve şeref ve haysiyetleri korunmaya çalışılmaktadır (BRIGHAM, 1984: 60). Dolayısıyla buradaki temel sorun düşünce özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki ilişkide karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar kişilik hakları korunmaya çalışılıyorsa da burada açıklanan düşüncelerin her zaman özgürlüğün objektif sınırları dışında kaldığını ve bu nedenle yasaklanması gerektiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim kamuyu ilgilendiren bir yön olduğu zaman ABD'de kişilik hakları ile ilgili düşünce açıklamaları yine de Anayasal korumadan faydalanabilmektedirler. Bu koşul altında düşünce özgürlüğü kişilik haklarından daha üstün konumda sayılmaktadır (KANADOĞLU, 2000: 59-60).

Bununla birlikte doğrudan doğruya başkalarının şeref ve haysiyetine müdahale eden düşünce açıklamaları, yazı veya resimler tamamen düşünce özgürlüğünün korumasının dışında sayılmalıdır¹⁰. Nitekim bu konuda 1982 Anayasası'nda "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" ile ilgili 26. maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde bir objektif sınır belirtilmektedir: "Bu hürriyetlerin kullanılması (...) başkalarının şöhret veya haklarının (...) korunması (...) ama (c)ıyla sınırlanabilir". Bunun basın yoluyla işlenmesi durumunda da durum aynıdır. Hatta bu konuda kişilik hakkı ihlal edilen bireye Anayasa'nın 32.

10 Kişilik hakları ve düşünce özgürlüğü arasındaki çatışma konusunda Türk ve Alman hukuku uygulaması için bkz. (KANADOĞLU, 2000: 59-70).

maddesinde düzeltme ve cevap hakkı tanınmaktadır. Bu konuda 32. madde şu hükmü getirmiştir: "Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir".

Burada siyasetçilere ve özellikle de devlet yöneticilerine yönelik eleştiri sınırının özel kişilere nazaran çok daha geniş kapsamda kabul edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Çünkü bu kişiler demokratik yönetimi gerçekleştirme sürecinde aktif rol alan ve dolayısıyla halk için bağlayıcı kararlara imza atan kişilerdir. Bu nedenle bunların özel yaşamlarındaki bazı noktaların kamuoyu tarafından, siyasal yönü olmayan kişilere göre daha ayrıntılı biçimde öğrenilmesinde ve dolayısıyla açıklanmasında bir sakınca olmamalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu durumu Castells kararında şu şekilde ifade etmiştir: "Müsaade edilebilir eleştiri sınırı özel kişilere nazaran hükümet üyeleri ve politikacılar için daha geniş kabul edilmelidir. Demokratik bir sistemde hükümetin icraatları ve yanlışları sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil, aynı zamanda basın ve kamu oyunun da incelemesine tabi olmalıdır"¹¹.

2- Müstehcenlik İçeren İfadeler

Aslında müstehcenlik içeren şeyler sadece soyut ifade değil, belki de ondan daha fazla, resimler, çeşitli araçlar, filmler ve benzerleri olabilir. Bu konularda ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarına bakıldığında genellikle objektif sınır kapsamında belirtilmiş olsa da müstehcenlik konusunda mutlak bir tutumunun olmadığı görülmektedir (RANDALL, 1977: 169). Bu durum aslında müstehcen olarak nitelendirilebilecek bir ifade, resim ya da simgede, değişik kişiler açısından, bir mesajın verilmesinin amaçlanması, saf cinselliğin ön plana çıkarılması ya da sanatsal bir boyutun varlığı gibi farklı değerlendirmelerin yapılabilmesi ile ilgilidir. Gerçekten müstehcenlik özellikle günümüzde izafi bir kavram haline gelmiştir. Değişik kişiler farklı bakış açılarıyla olaya yaklaşarak aynı resmi müstehcen olarak da algılayabilir ya da normal bir resim olarak da görebilir.

Aslında ABD Yüksek Mahkemesi müstehcenlik sorununu ilk kez 1950'li yıllarda *Burstyn v. Wilson* kararıyla tanışmıştır ve zamanla bu nazik konuda ortaya koyduğu testler aracılığıyla sorunu çözmeye çalışmıştır. Mahkeme 1957 yılındaki *Roth v. United States* kararıyla "Roth testi" olarak anılan bir test geliştirmiştir. Bu kararı yazan Yargıç William Brennan'ın geliştirdiği bu teste

11 *Case of Castells v. Spain*, Application Number: 11798/85, Date: 23-04-1992, Paragraph: 46. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasında eleştiri özgürlüğünün kapsamı ve sınırları konusunda geniş bilgi için bkz. (McBRIDE, 1998: 76-82).

göre, sıradan bir insanın ayırt etme ve değerlendirme yeteneğiyle müstehcenliğe karar verilebileceği belirtiliyor. Ayrıca müstehcenliğe konu materyalin bir bütün olarak değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği, yoksa sadece seksüel olarak odaklanan yönlerin ele alınıp değerlendirme yapılmaması gerektiği belirtiliyor (BRIGHAM, 1984: 62). Yargıç Brennan'a göre saf müstehcen ifadeler Anayasanın korumasından faydalanamazlar (PRITCHETT, 1984: 88-89).

Mahkeme 1973 yılında verdiği Miller v. California Kararı'nda müsaade edilebilir müstehcenliğin sınırını, "Miller testi" ya da "çağdaş standart" (the contemporary standard) olarak adlandırılan testte daha farklı biçimde ortaya koymuştur. Bu kararda Mahkeme düşünce özgürlüğünü ihlal etmeyecek biçimde müstehcenlik standardını çizmeye çalışmıştır. Buna göre müstehcen sayılan materyaller eyalet kanunlarında özellikle şeveni arzulara hitap eden şeyler olarak tanımlanmalıdır. Bu materyallerde ciddi bir sanatsal, edebi, siyasal veya bilimsel bir değer bulunmamalıdır (PRITCHETT, 1984: 91; BRIGHAM, 1984: 64; RANDALL, 1977: 170). Demek ki Mahkeme'nin geliştirmiş olduğu bu yeni teste göre müstehcenlik saf bir biçime dönüştürülürken, materyaldeki sanatsal, bilimsel ve benzeri önemli noktalar bunun müstehcen sayılmaması zorunluluğunu ortaya koyacaktır. Bu yönüyle söz konusu test daha çağdaş bir test olarak kabul edilmelidir. Gerçekten bazı sanatsal eserlerde Roth testinin kullanılması ile sıradan bir insanın bu eserler üzerinde yanlış değerlendirme yapması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla Miller testi bu konuda daha rasyonel değerlendirme yapma imkanı sağlamaktadır.

3- Nefret İçeren Konuşmalar

ABD'de "hate speech" olarak anılan bu konuşmaların ayırt edici özelliği toplumun önemli bir kesimine mesaj vermeye yönelik olarak gerçekleştirilen sıra dışı, hükümetin belli politikalarını çok sert biçimde eleştiren ve karşısına bir kitleyi hedef olarak alan girişimler olmasıdır (EPSTEIN / WALKER, 1995: 279). Bu gruba uluslar, dinler, ırklar arasında nefret yaratmaya, ayrımcılığa, şiddete ve savaş kışkırtıcılığına yönelik ifadelerin girdiği söylenebilir. Bu ifadelerin tümünün ortak özelliği toplumun önemli bir kesiminin hoşnutsuzluğunu bünyesinde taşımasıdır.

Burada nefret içeren konuşma ile hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamasını birbirinden ayırt tutmak gerekir (BIRD, 2000: 403). Birincisi düşüncenin içeriğine yönelik bir şeydir; ikincisi ise düşüncenin açıklanması yöntemine ilişkin bir özelliği vurgulamaktadır. Aşağıda görüleceği üzere özellikle ABD'de nefret içeren konuşmalar bazı durumlarda yasaklanmamakta; fakat hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamaları her zaman yasaklanabilmektedir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi, Ku Klux Klan üyesi Charles Branderburg ile ilgili kararda bu kişinin konuşmasının ırksal

içeriğinden dolayı değil, hukuk dışı yöntemleri savunması dolayısıyla cezalandırıldığını belirtmiştir (HARRISON / GILBERT, 1996: 29-37).

Nefret içeren konuşmalar içerisinde en fazla sorun doğurmasının ırkçı niteliktekiler olduğu bilinmektedir. Savaş kışkırtıcılığı içeren ifadelerin yasaklanması düşünce özgürlüğü kapsamında düşünülemez. Ancak ırksal nitelikteki konuşmalarda bazen belli mesajların verilmesi amaçlanmış olabilir ve bu mesajlar düşünce özgürlüğü ile de ilişkilendirilebilir. Bu konuda ABD oldukça zengin bir içtihadı sahiptir. Diğer demokratik ülkeler ABD'ye göre oldukça katı bir tavır içerisinde dirler. ırkçı söylemler, belli bir ırka ya da etnik kökene ait olan kişilerin bu özellikleri dolayısıyla aşağılanması, hakarete uğramasını ve toplumda bu kişilere karşı bir nefretin uyanmasını sağlayacak niteliktedirler (BATUR YAMANER, 2001: 127).

Rodney A. Smolla'ya göre aslında ABD Anayasası ırkçı konuşmaları yasaklama konusunda açık bir hüküm taşımaz; sadece ırk ayrımcılığına yönelik icraatları yasaklar. Uygulamadaki yasaklamalar da bu ayrımcı uygulamalardan kaynaklanmaktadır (SMOLLA, 1992: 163). ABD'de ırksal nitelikteki konuşma ve gösterilere karşı Mahkeme'nin içtihadı bu nitelikteki ifadelerin gerçekleştiği somut olaylar üzerinde ve mümkün olduğunca hem düşünce özgürlüğünü korumaya, hem de ırklar arasında muhtemelen ortaya çıkabilecek bir nefreti önlemeye yönelik biçimde gerçekleşmektedir. 1951 yılında verdiği *Feiner v. New York* kararında Yüksek Mahkeme ırkçı konuşmaların ancak toplumda açık ve mevcut tehlike yaratması durumunda yasaklanabileceğini belirtmiştir (HARRISON / GILBERT, 1996: 19-29).

Chicago'da, Arthur Terminiello adındaki anti-komünist, ırkçı ve Yahudi karşıtı bir kişinin Yahudilere ve komünistlere yönelik yapmış olduğu sert içerikli ve ırk ayrımına yönelik konuşmalar, oradaki insanlar üzerinde yaptığı rahatsızlık gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Bunun üzerine bu kişi Federal Yüksek Mahkeme'ye davayı götürmüştür. Mahkeme 1951 yılında Terminiello'nun mahkumiyet kararını 4'e karşı 5 oy ile bozmuştur: Bu kararda Mahkeme'nin düşünce özgürlüğü konusundaki görüşü çok ilginçtir: "Bizim hükümet sistemimizde düşünce özgürlüğünün önemli bir işlevi tartışmaya davet edici olmasıdır. Huzursuzluğa neden olduğu ve bu nedenle de halkı heyecanlandırıp kızdırdığı ve onlarda hoşnutsuzluk yarattığı durumlarda gerçekten görevini en iyi biçimde yerine getirmiş olur. Böylece değişik önyargıları da yıkar (...) Bunun ötesine, mutlak olmasa da, ciddi bir zarar konusunda açık ve mevcut bir tehlike yaratmadıkça sansür ve cezalandırmaya tabi tutulamaz. Bundan daha fazla sınırlayıcı neden Anayasamızda yoktur. Bunun alternatifi, hakim siyasal ya da toplumsal gruplar, yasama ya da yargı organlarından herhangi birinin düşünceleri tekdüze hale getirmesine yol açabilir" (TEDFORD, 1985: 212-213; EPSTEIN / WALKER, 1995: 258).

Yüksek Mahkeme 1977 tarihli National Socialist Party v. Skokie kararında ırkçı nitelikteki ifadelerle siyasal nitelikteki ifadeler arasında hassas bir sınır çizmiştir. Davaya esas olan olay Chicago'nun Skokie adlı semtinde, aralarında II. Dünya Savaşında Nazi toplama kamplarında bulunanların da yer aldığı Yahudilerin yoğun olduğu bir yerde gerçekleşmiştir. Burada Nazi yanlısı Amerikan Nasyonal Sosyalist Partisi adlı bir grubun gerçekleştirmek istediği gösterinin yasaklanması üzerine yargı yoluna başvurulmasından sonra, olayın Yüksek Mahkeme'ye intikal etmesi sonucu Mahkeme bu kısıtlamayı reddetmiş ve Nazilerin bile Skokie gibi Yahudilerin yoğun olduğu bir yerde bu tür bir gösteri yapabilmelerinin onların anayasal hakkı olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme nazizmin sembolü olan ve özellikle Yahudilere onların çektiği acıları hatırlatan "swastika" adındaki suçlayıcı ve barışı bozucu sembolü gösterilerinde kullanmalarının hukuken korunamayacak (fighting words) sembolik ifade kapsamına girdiğini belirterek, bu sembolü taşımanın Anayasal korumadan faydalanamayacağını belirtmiştir (EPSTEIN / WALKER, 1995: 279; SMOLLA, 1992: 54-55).

İrkçi konuşmalar konusunda Batı Avrupa'daki kimi ülkeler ABD'ye göre daha katı kurallar getirmişlerdir¹². Örneğin, Federal Almanya'da normalde değer yargıları düşünce özgürlüğünün koruma alanında olmasına rağmen, Hitler döneminde yaşanan Yahudi soykırımının inkarı 1994 yılında yapılan bir değişiklikle kamusal barışı ihlal etmeye elverişli olması gerekçesiyle yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen bu konuda Yahudi soykırımının inkarını (diğer adıyla Auschwitz yalanlarını), doğru olmadığı ispatlanmış iddianın ileri sürülmesi kategorisi içinde değerlendirmiş ve düşünce özgürlüğünün korumasından faydalandırmamıştır (KANADOĞLU, 2000: 47). Bunun gibi Fransa'da da 1972 yılında ırk ayrımcılığı, 1990'da ise II. Dünya Savaşı öncesi Nazi katliamının varlığının inkarı yasaklanmıştır. Bu ikinci kanunun ihlali durumunda para ve hapis cezalarının yanında bu kişinin beş yıla kadar seçilme hakkına bir engel getirilmesi de yer almaktadır (BIRD, 2000: 411-412). İrkçi konuşmalar ve Yahudi soykırımı gibi konularda görüldüğü üzere

12 Batı Avrupa'daki ırksal söylemlerin yasaklanması konusunda genellikle Yahudilerin soykırımı uğradıklarını inkarın yoğun biçimde yasaklandığı görülmektedir. İrk ayrımcılığını yasaklama konusunda sadece Yahudilere yönelik olan ırk ayrımcılığını yasaklama yerine her türlü ırk ayrımcılığını yasaklayan ceza kanunlarının tesis edilmesi daha doğru olur. Benzer görüş için (BATUR / YAMANER, 2001: 130). Çünkü özellikle günümüzde bu tür yasaklamalarla toplumsal barışın korunması amaçlanıyorsa bu bağlamda Batı'da sadece Yahudilere değil, belki de onlardan fazla Türklere ya da kimi ülkelerde tüm yabancılara yönelik istenmeyen muameleler yapılmaktadır. Yahudilere yönelik olan uygulamalar Nazi iktidarı döneminde yoğundu. Günümüzde ise diğer ırklara karşı da insan onuru ile bağdaşmayan muamelelerin kimi gruplarca yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle belli ırklara yönelik olan söylemleri yasaklayıp diğerlerine yönelik hüküm getirmemek eşitlik ilkesi ile ve özellikle düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının mantığı ile bağdaşmaz.

ABD'deki uygulama Avrupa'dakinden ve özellikle de Fransa'dakinden çok daha liberaldir (BIRD, 2000: 399). Mahkeme burada gerçekten düşüncenin korunması gereken ve korunmayacak olan yönlerini somut olaylar düzeyinde ele alıp tespit etmektedir. ABD'de, bir görüşe göre nefret içeren konuşmalar aslında tasvip edilmeyen sözler olsa da açık bir toplumda bunlar yasaklama ile değil, düşünce bazında ikna ile aşılmalıdır (SMOLLA, 1992: 169).

Sonuç olarak düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kaldığı belirtilen kategoriler içerisindeki her şeyin her zaman hukuksal korumadan faydalanamayacağını rahatlıkla söylenemeyeceğini belirtmek gerekir. Çünkü bu biçimde kabul edilen ifade veya sembollerde bile kimi zaman bir mesajın verilmesi ya da bir düşüncenin değişik ve ilginç biçimlerde de ifade edilmesi amaçlanabilmektedir. Bu noktada yasaklama konusunda dikkatli olmak gerekir. Aksi durumda düşüncelerin ifadesine yönelik aşırı sınırlar getirilmiş olabilir.

D- 1982 Anayasası'nda Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları Ne Biçimde Öngörülmüştür?

1982 Anayasası'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" ile ilgili 26. maddesinde bu özgürlüğün objektif sınırları bağlamında bazı hususların var olduğunu belirtmiştik. Maddenin ikinci fıkrasında düşünce özgürlüğünün başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. Bunun dışında düşünce özgürlüğün düzenlendiği maddede başka bir objektif sınır belirtilmemiştir.

Bununla birlikte Anayasa'nun "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması" ile ilgili 14. maddesi, Anayasa'daki tüm özgürlükler ile ilgili bir hüküm olarak bu maddede sıralanan nedenlerle özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağını belirtmektedir. Maddedeki düzenlemeler bir yönüyle de düşünce özgürlüğünün objektif sınırları ile ilgilidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere bu hüküm bir başka açıdan düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltan bir özelliğe de sahiptir.

Aslında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması ile ilgili bir düzenleme ilk kez 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'ya sokulmuştur. Getirilen bu yenilik şu ifadeleri içeriyordu: "Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devleti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz". Bu hüküm ve 1982 Anayasası'nın benzer nitelikte olan 14. maddesi aslında temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da sınırlandırılmadıkları takdirde sınırsız olacakları biçimindeki bir yanılgıdan dolayı Anayasa metnine dahil edilmiştir (SAĞLAM,

1982: 135; ÖZBUDUN, 1995: 86). Oysa 1961 Anayasası'nın ilk şeklinde böyle bir hüküm olmamasına rağmen, Özbudun'un da belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi düşünce özgürlüğü açısından bazı objektif sınırların olduğunu şu şekilde belirtmişti: "Düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasa'nın dayandığı insan hakları, milli dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğunu kabule imkan tasavvur olunamaz"¹³.

1971 yılında Anayasaya sokulan bu hükümlerle Sağlam'a göre aslında belli eylemlere yönelik kasıtların dikkate alınması ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin yasaklar getirilmektedir Maddede belirtilen "ortadan kaldırma" bir eylemdir ve bu zaten temel hakların koruma alanı içinde olamaz. Dolayısıyla da bu madde temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalan belli kullanım biçimlerini hukuki disiplin altına almaya çalışan, özgürlüklere yönelik yeni bir sınırlama boyutu getirmeyen bir hükümdür (SAGLAM, 1982: 135).

1982 Anayasası'nun 14. maddesine bakıldığında, maddenin ilk şeklinde ve 17 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan değişik şeklinde de madde başlığında "temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" yer aldığına göre burada özgürlüklerin kötüye kullanım biçimlerinin yasaklandığı akla gelmektedir. Hiçbir kötüye kullanım özgürlüklerin hukuken korunan alanı içerisinde yer alamayacağına göre 14. maddedeki ifadelerin özgürlük alanında bir daralma etkisi göstermeyeceği, bu nitelikteki ifadelerin sadece açıklayıcı (deklaratif) nitelikte kalacağı söylenebilir (GÖZLER, 2000: 174). Nitekim Federal Alman doktrininde de kötüye kullanılmış temel hak uygulamalarını önleme ya da yasaklamanın anayasa ile korunan özgürlük alanına müdahale sayılamayacağı kabul edilmektedir¹⁴. Ele aldığımız bu hükmün kötüye kullanım ile ilgili konuları düzenlediğini, bu nedenle de özgürlüklerin norm alanını sınırlamadığını kabul etmekle birlikte bu konuda doktrinde bir fikir birliğinin olduğu söylenemez. Bu konudaki değişik görüşler aslında farklı ama kendi içerisinde de tutarlı gerekçelere sahiptirler. Bu nedenle bunları biraz daha ayrıntılı biçimde ele almak gerekir. Ancak önce değişiklikten önceki şekli ve daha sonra şu anda yürürlükte olan yeni hali ile ilgili olarak konuyu ele almak gerekir:

Özbudun'a göre bu madde belli eylemleri yasaklamaktadır. Burada belirtilen "bozmak", "tehlikeye düşürmek", "yok etmek", "sağlamak" veya "kurmak" eylemleri ile özgürlüklerin kullanılması arasında bir nedensellik

13 Karar için bkz. E.S.: 1963/25, K.S.: 1963/87, K.T.: 8-4-1963, AYMKD Sayı: 1, s. 227. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu hakkında bkz. (ÖZBUDUN, 1995: 85-86).

14 H. Gallwas'ın bu görüşü için bkz. (KANADOĞLU, 2000: 13).

bağının bulunması durumunda özgürlükler kötüye kullanılmış sayılır ve bunların yasaklanması mümkün olur (ÖZBUDUN, 1995: 87).

Kanadoğlu'na göre ise bu maddenin temel hak ve özgürlüklerin norm alanına müdahale etmediği, sadece temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları dışında kalan hususları düzenlediği sonucuna varmak güçtür. Çünkü bu maddenin getiriliş nedeni temel hakların ve özelde düşünce özgürlüğünün doğal kullanım alanlarının daraltılmasıdır (KANADOĞLU, 2000: 27). Nitekim bu amaçlar doğrultusunda yasal düzeyde Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi Anayasa'ya uygun olmaktadır¹⁵.

Tanör'e göre de mevcut haliyle 14. madde düşünce suçlarının Anayasal sığınağı konumundadır ve 13. madde gibi bir genel sınırlama kuralıdır ve özellikle düşünce özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bu madde sadece eylem kastı ya da kışkırtmayı değil, düşünceyi de yasaklamaktadır. Nitekim Tanör, Anayasa Mahkemesi'nin düşünce suçlarını Anayasaya uygun bulurken 14. maddeyi referans göstermesini bu görüşünü destekleyen bir gerekçe olarak göstermektedir (TANÖR, 1994: 205).

Erdoğan'a göre ise bu madde fiilen resmi ideolojiyi benimsemeyen her türlü düşünsel, sivil ve siyasal oluşumları yasaklamakta, bunların varlık ve etkinlik imkanlarını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu madde sadece kötüye kullanma biçimindeki eylemleri değil, doğrudan doğruya düşünceleri de yasaklamaktadır; bu nedenle bir düşünce yasağı maddesidir (ERDOĞAN, 2001a: 127-129).

Bu konuda, maddenin eski haliyle ilgili en ayrıntılı ve tatminkar açıklamayı Uygun yapmıştır. Uygun'a göre 14. madde temel hak ve özgürlüklerin belirli kullanım biçimlerini "kötüye kullanma" olarak nitelendirip yasaklamaktadır. Ancak bu maddenin düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltıp daraltmadığını tespit edebilmek için bunu Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki ifadelerle birlikte yorumlamak gerekir. Çünkü Anayasa'nın ne şekilde yorumlanacağı konusunda Başlangıçta belirtilen ifadeler belirleyici olacaktır. Başlangıç kısmındaki "bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi" ifadesi ile "hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesi ile bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerin(...) karşısında korunma göremeyeceği" ifadeleri ile birlikte Anayasa'nın 14. maddesinin yorumlanması durumunda, bu maddenin düşünce özgürlüğünün belli kullanım biçimlerini daralttığı, bu nedenle bu özgürlük konusunda bir anayasal yasaklama hükmü olduğunu söylemek mümkündür (UYGUN, 1992: 66-71).

15 Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde belirten suçlar ve birbirlerinden olan farkları ve 312. maddenin uygulanışı için bkz. (GÖKCEN, 2001: 16-25).

Gerçekten 14. madde temel hakların kötüye kullanımını düzenleyen bir madde olarak kabul edilip değerlendirildiğinde bunun Ekim 2001 tarihli değişikliklerden önce düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında kalan belli kullanım biçimlerini yasakladığını söylemek mümkündür. Ancak gerek Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeye verdiği anlam ve önem ve bu madde hakkında doktrinde belirtilen sakıncalar paralelinde yasal düzeyde yer alan düşünce suçları ve gerekse de Anayasa'nın otoriter ruhu ve Başlangıç kısmı ile 14. maddenin birlikte oluşturduğu blokun dikkate alınıp değerlendirilmesi bu maddenin düşünce özgürlüğünün norm alanını kısıtladığı sonucuna varmamızı sağlamaktadır. Dolayısıyla bu bakış açısıyla yaklaşıldığında 14. maddenin konumuzla ilgili olarak özellikle düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını belirten "deklaratif" bir kural olmaktan öteye başka bir anlamı ve etkisi vardır. Yani madde bu niteliği dolayısıyla sadece objektif sınır getirmemekte, soyut düzeyde kalsa bile belli düşünce açıklamalarını yasaklamaktadır.

14. maddenin gerekçesine bakıldığında özgürlüklerin norm alanlarını daralttığını ifade eden bu şekildeki çağrışımlar akla gelmektedir. Madde gerekçesinde, en başta, "Bu maddenin birinci fıkrasıyla, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması önlenmektedir." denilmektedir. Daha sonra ise bazı temel hakların norm alanını daralttığı izlenimini veren şu ifadelerle yer verilmektedir: "Fıkra da hak ve hürriyetlerin ne gibi kötü kasıtlarla kullanılmayacağı sayım yolundan gösterilmiştir. Her ne kadar, önceki maddede yer alan genel ve özel nedenlerle gerçekleştirilen sınırlamalar, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını önleyebilir ise de; bazı hallerde kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkra da belirtilen yasak amaçlara yönelik bulunması her zaman mümkündür. Mesela, Türkiye'de Türkçe'den başka bir dille yayımlanan süreli yayının bölücülük; yahut dini yayının mezhep ayırımı yaratmak kastını gütmesi gibi"¹⁶. Dolayısıyla bu gerekçede verilen örnekteki düşünceleri basın yolu ile ifade etmede kanunla yasaklanmış bir dille yayının yapılamaması objektif bir sınır sayılamaz; olsa olsa bir sınırlamadır ve böylece ilgili özgürlüğün norm alanı 14. maddede belirtilen belli kullanım biçimleri bağlamında sınırlandırılmaktadır.

Ancak 2001 Anayasa değişiklikleri ile bu konuda kısmen olumlu yönde bir değişikliğin yapılmış olduğu söylenebilir. Çünkü bu değişikliklerle bir kere Anayasa'nın Başlangıç metninin beşinci fıkrasındaki "hiçbir düşünce ve mülahaza" ibaresi "hiçbir faaliyet" biçiminde değiştirilmiştir. İkinci olarak 14. maddedeki "tehlikeye düşürmek", "yok etmek", "kurmak amacıyla kullanılamazlar" biçimindeki ifadeler yerine "bozmayı" ve "ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz" ifadesi getirilmiş ve böylece bu nitelikteki "faaliyet"ler yasaklanmıştır. Üçüncü olarak düşüncele-

16 Gerekçe için bkz. (AKAD / DİNÇKOL, 1998: 83).

rin açıklanması ve basın özgürlüğündeki kanunla konulabilecek dil yasağı kaldırılmıştır. Bu sayede artık önceki durumdaki gibi rahat bir yorumla özellikle Başlangıç metnindeki ifadenin soyut düşünceleri de yasakladığı sonucuna varmak kolay değildir. Ancak her ne kadar "faaliyet" kavramı hem Başlangıçta hem de 14. maddede belirtilse de bunun içerisine düşünce açıklamalarının sokulmadığını açıkça söyleyebilmek gerekir. Bu durum Başlangıç ve 14. maddenin yeni şekli için yine de çok açık değildir. Bu nedenle "faaliyet" kavramı yerine "eylem" kavramının konulması daha isabetli olabilirdi¹⁷. Dolayısıyla 14. maddenin düşünce özgürlüğü açısından objektif sınırı aşabilen ve yeni sınırlamalar getirebilen yönü özgürlükçü yorumlarla aşılabilsen de, bu maddenin bazen özgürlüklerin sınırını daraltmada yine de bir Anayasal dayanak olarak kabul edilmesi ihtimal dahilindedir. Maddenin başında yer almaya devam eden "Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri" biçimindeki ifade, bu otoriter yorumu Anayasa değişikliğinden sonra düşünce özgürlüğü açısından yine de akla getirmektedir.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklere en geniş serbestiyi tanıyan ülkelerde bile bunların sınırsız bir niteliğe sahip olduğu söylenememektedir. Çünkü her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır. Bu sınırlar bağlamında özgürlüklerin hukuksal korumadan faydalanamayacak olan yönleri mevcuttur.

Özgürlüklerin kendi yapısında var olan bu sınırların pozitif hukuk tarafından düzenlenmesi önemli değildir. Açıkça belirtilmemiş olsa bile aslında bu nitelikteki sınırların var olduğu bir gerçektir. Bu nedenle kimi pozitif hukuk belgelerinde bu nitelikteki sınırların belirtilmesi söz konusu özgürlüklere yönelik olarak yeni bir sınırlamanın getirildiği biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu biçimdeki bir kural sadece var olan bir durumun açıklanması olarak kabul edileceğinden yeni bir sınırlama sayılamaz. Dolayısıyla da özgürlükler açısından sadece açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşır. Nitekim Federal Alman doktrininde, özgürlüklerin kendi yapılarından kaynaklanan sınırlarının olduğu hem yargı kararlarında hem de doktrinde belirtilmiştir. Bu noktada genel olarak objektif sınır konusunun en geniş biçimde bu ülkede işlendiğini belirtmek gerekir.

17 Doktrinde benzer değerlendirme bu yenilik açısından Erdoğan tarafından şu şekilde yapılmıştır: "Temel hakları belli bir 'amaçla kullanmak' ile onları (amaçlayan) 'faaliyette bulunma' şeklinde kullanmak ifadeleri arasında normatif değer bakımından pek fark yoktur. Çünkü, her iki halde de fail güttüğü amaca bağlı olarak cezalandırılabilir. Oysa, kötüye kullanma şu veya bu amacın güdülmesi durumunda değil, güdülen amaç ne olursa olsun, kişilere veya kamuya somut bir zarar verilmesi durumunda söz konusu olur. Bundan dolayı, doğru ibarenin 'amaçlayan (...) yıkıcı, bozucu, ortadan kaldırıcı eylemler' biçiminde olması gerekirdi". Bkz. ERDOĞAN, 2001b: 2).

Mutlak niteliğe sahip olması noktasında en fazla adından bahsedilen özgürlüklerden birisinin, yaşama hakkından sonra düşünce özgürlüğü olduğu düşünüldüğünde, demokratik bir ülkede acaba bu özgürlüğün de kendi yapısından kaynaklanan sınırlarının olup olmadığı açıkça ortaya konulmalıdır. Böylece düşünce özgürlüğünün hukuken korunan ve korunmayan yönlerinin neler olduğu da belirlenmiş olacaktır. Bu çalışmada ağırlıklı olarak bu konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Düşünce özgürlüğünün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırlarının olup olmadığı en geniş biçimde Amerika Birleşik Devletleri'nde ele alınmıştır. Bu ülkenin konumuzla ilgili önemli bir özelliği düşünsel nitelikli özgürlükler konusunda Anayasasında hemen hemen bütün demokratik ülkelerden daha mutlak bir nitelik öngörmüş olmasıdır. Bu özgürlüklere tanıdığı mutlaklığa rağmen Amerika Birleşik Devletleri'nde, hem doktrinde hem de Yüksek Mahkeme içtihatlarında düşünce özgürlüğünün yine de her türlü düşünce açıklamalarını korumadığı ve belli özelliklere sahip ifadelerin Anayasal korumadan faydalanamayacağı belirtilmiştir. Bu dengeli ve toplumsal barışın sağlanabilmesi için gerekli bir yaklaşımdır.

Düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kalan iftira niteliğindeki konuşmalar, ırksal ve dinsel nefreti körükleyen ifadeler, müstehcenlik içeren söz, yazı ve resimler gibi konular aslında hukuken korunamayacak olan alanlar olarak belirtilse de bunun sınırlarının çok iyi çizilmesi gerekir. Çünkü bu objektif sınırlar bağlamında cinsellik, nefret içeren konuşmalar ve benzeri kimi konularda aslında kimi ifadeler hukuken korunabilmelidir. Örneğin, müstehcenlik gibi kimi alanlarda göreceli bir durum söz konusu olabilir. Bir resim veya sanat eseri kimilerine göre basit bir müstehcen materyal olarak nitelendirilebilirken, diğer bir kesime göre önemli bir sanat eseri sayılabilir. Bu konulardaki yasaklamalarda bu hususlara dikkat edilmelidir.

Aslında ırksal nefreti artırmaya yönelik olan ifadelerin yasaklanması konusunda da değişik ülkelerde farklı uygulamalar olabilmektedir. Nitekim günümüzde, Batı Avrupa'da, geçmişte yaşanan Nasyonal Sosyalist uygulamaların etkisi ile ırksal nefrete yönelik ifadeler daha katı biçimde yasaklanırken, ABD'de bu konuda daha liberal bir tavır sergilemektedir. Bu durumda objektif sınır kavramı değişik ülkelerde ırksal nefreti tam olarak kapsamayabilmektedir. Aslında burada ırkçı nitelikteki bir konuşmanın hukuken korunan ve korunmayan yönlerinin açıkça ortaya konulması gerekir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu konuda vermiş olduğu kararlarda isabetle bu ayırımı yapabilmektedir.

Ülkemizde düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu Anayasal düzeyde bazı ciddi sorunları beraberinde taşımaktadır. Özellikle Ekim 2001 Anayasa Değişikliklerinden önceki duruma bakıldığında Anayasa'nın 14.

maddesi temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını düzenlerken, bu alanda bazı düşünce açıklamalarını da kötüye kullanma olarak niteleyerek sınırlandırabilmekteydi. Anayasa'nın özgürlükler konusundaki otoriter ruhuna uygun olarak bu madde bazı düşünce suçlarına imkan sağlayabilmekteydi. Değişiklik sonrası yeni hükmün bu sorunu tam olarak çözdüğü rahatlıkla söylenemez. Bu nedenle 14. maddenin objektif sınır kavramı dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir. Hatta, objektif sınırların özgürlüğün yapısından kaynaklandığı düşünüldüğünde bunların pozitif bir hukuk metninde düzenlenmesine bile gerek yoktur. Bu bakış açısından hareketle soruna yaklaşıldığında yeni 14. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'dan çıkarılması daha isabetli olabilir.

Kaynakça

- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah (1998), *1982 Anayasası: Madde Gereçekleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları* (İstanbul: Alkım Yayınları).
- AKIN, İlhan (1987), *Kamu Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 5. Bası).
- ANAYURT, Ömer (1998), *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (İstanbul: Kazancı Yayınları).
- BATUR YAMANER, Melike (2000), *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu* (İstanbul: İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- BIRD, Karen L. (2000), "Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States," *Comparative Politics* (Vol: 32, Number: 4, July 2000): 399-417.
- BRIGHAM, John (1984), *Civil Liberties and American Democracy* (Amherst: Congressional Quarterly Press).
- CHAFEE, Zechraiah (1948), *Free Speech in the United States* (Harvard University Press, Fourth Printing).
- ÇEÇEN, Anıl (2000), *İnsan Hakları* (Ankara: Gündoğan Yayınları, 3. Basım).
- EPSTEIN, Lee / WALKER, Thomas G. (1995), *Constitutional Law for a Changing America* (Washington: Congressional Quarterly Inc., Second Adition).
- ERDOĞAN, Mustafa (2001a), *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (Ankara: Liberte Yayınları, 3. Baskı).
- ERDOĞAN, Mustafa (2001b), "Anayasa Değişikliği Üstüne," *Açık Toplum* (E-dergi), (<http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me32.htm>. 04-10-2001): 1-6
- Gereçeli Anayasa Önerisi* (1982, (Ankara: AÜSBF Yayınları).
- GÖKÇEN, Ahmet (2001), *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cümü* (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları).
- GÖZLER, Kemal (2000), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınları).
- GÜRBÜZ, Yaşar (1981), *Anayasalar* (İstanbul: Filiz Kitabevi).
- HARRISON, Maureen / GILBERT, Steve (Editors) (1996), *Freedom of Speech Decisions of the United States Supreme Court* (California: Excellent Books).
- KANADOĞLU, O. Korkut (2000), *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması* (İstanbul: Beta Yayınları).
- KRAMER, Daniel C. (1982), *Comparative Civil Rights and Liberties* (New York: University Press of America).

- McBRIDE, Jeremy (1998), "Judges, Politicians and the Limits to Critical Comments," *European Law Review*, Human Rights Survey: 76-82.
- ÖZBÜDÜN, Ergun (1995), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Dördüncü Baskı).
- PRITCHETT, Herman (1984), *Constitutional Civil Liberties* (New Jersey: Prentice Hall Inc.).
- RANDALL, Richard S. (1977), "Erotica and Community Standards: The Conflict of Elite and Democratic Values," WASBY, S. L. (Ed.), *Civil Liberties: Policy and Policy Making* (London: Yayınevi belirtilmemiş): 169-178.
- SAĞLAM, Fazıl (1982), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: AÜSBF Yayınları).
- SIGLER, Jay A. (1975), *American Right Policies* (Illionis: The Dorsey Press).
- SMOLLA, Rodney A. (1992), *Free Speech in an Open Society* (New York: Alfred A. Knopf Inc.).
- TANÖR, Bülent (1994), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (İstanbul: BDS Yayınları, III. Baskı).
- TEDFORD, Thomas L. (1985), *Freedom of Speech in the United States* (New York: Random House).
- UYGUN, Oktay (1992), *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi* (İstanbul: Kazancı Yayınları).