

# Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı

–ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı–

Araştırma

**Öykü Didem AYDIN\***

\* Yrd. Doç. Dr. jur., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.  
(Asst. Prof. Dr. jur., Hacettepe University Faculty of Law, Constitutional Law Department)  
(E-posta: oykudidemaydin@hacettepe.edu.tr)

## ÖZET

Çalışmada düşünce özgürlüğünün çağcıl anayasal sınırlarını düşünce özgürlüğünün anlamı ve işlevi açısından ortaya koyan bir kuram çatısı geliştirilmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede ABD ve Avrupa İnsan Hakları düzenleri düşünce özgürlüğü bakımından karşılaştırmalı olarak göz önünde tutulacak ve düşünce özgürlüğünü güvence altına alan anayasal normların koruma alanına giren 'ifade'lerin tanımlanması sorunu da ayrıca gözetilecektir. Hedef, sınırlamayı sınırlayan bir ilkeler rehberi ortaya koymaktır. Bu açıdan Türkiye özelinde tartışılmalı norm ve olay örnekleri de tartışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi, İfade Özgürlüğünün Sınırları, Anayasalar ve Düşünce Özgürlüğü, Salt İfade, İletişimsel Eylem, Ceza Yaptırımlarının Anayasallığı

## ABSTRACT

### CONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS ON FREE SPEECH IN LIGHT OF ITS SCOPE AND FUNCTIONS:

#### A Theoretical Framework on the Basis of the First Amendment of the Constitution of the United States of America and Article 10 of the European Convention of Human Rights

The article examines constitutionality of limitations on freedom of expression in light of the scope and functions of free speech in modern societies and develops a framework for a comprehensive theory of heightened scrutiny for legitimacy of criminal sanctions restricting speech acts and communicative actions. Within this framework doctrines and methodology of free speech protection and the values on which protection of free speech is based in the USA and under Art. 10 of the European Convention of Human Rights have been comparatively been considered, discussed and related to some Turkish legal controversies. The scope is to propose further guiding principles limiting restrictions on free speech.

### Keywords

Free Speech, Freedom of Expression, Limitations on Free Speech, Freedom of Thought, First Amendment, Art. 10, ECHR, Legitimacy of Limitations on Free Speech, Constitutions and Free Speech, Pure Speech, Communicative Actions, Constitutionality of Criminal Sanctions

## I. Giriş

Çalışmada<sup>1</sup> düşünce özgürlüğünün<sup>2</sup> çağcıl anayasal sınırlarını<sup>3</sup> düşünce özgürlüğünün anlamı ve işlevi açısından ortaya koyan bir kuram çatısı geliştirilmeye çalışılacaktır.<sup>4</sup> Bu çerçevede

1 Kullanılan yabancı kaynaklara atıf ve kısaltmalar, söz konusu kaynakların yazıldığı ülkelerde geçerli sisteme göre yapılmıştır.

2 Çalışmada "düşünce özgürlüğü" ibaresi ile her türlü düşünme ve her türlü düşüncenin her çeşit yolla açıklaması özgürlüğü kastedilmektedir. 'Dar anlamda düşünce özgürlüğü' de, yani bireyin, ifade etmese bile- "düşünme özgürlüğü" şüphesiz, 'geniş anlamda düşünce özgürlüğü'nün kapsamı içindedir. Bununla beraber Türkiye'de zaman zaman dile gelen "kişinin beyninin içini okuyamayacağımıza göre düşünce özgürlüğünden kasıt ifade özgürlüğüdür" gibi basitleştirici bir anlayışı kabul etmiyor ve düşünce özgürlüğü ile onun ifadesi arasında kesin bir ayrımı gidilmeli, diye düşünüyoruz. Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasındaki ayırım pratik önemden yoksun değildir. Eğer bir 'dar anlamda düşünce özgürlüğü koruması' doktrini yaratılabilirse, ancak o sayede, örneğin kişinin günlükünün, kendi kendine konuşmalarının, rüyalarının, cinsel eylem sırasında sarfettiği sözlerin ve çok yakın ilişki ya da mahrem ilişki içinde bulunduğu kişilerle olan konuşmalarının mutlak koruma görmesi kabul edilebilir ve düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünden daha ayrıksı bir koruma rejimine tabi tutulabilir. Bu yönüyle "düşünme" özgürlüğü, özel hayatın korunması ilkesi ile de sıkı bir ilişki içindedir. Düşüncenin ifadesi, kişinin özel yaşam alanına dahil olmayan dış dünyaya yönelik açıklamalarıdır. Burada her ne kadar mutlağa yakın bir korumaya gidildiği kuramsal olarak savunulsa da dar anlamda düşünce özgürlüğünden daha geniş bir sınırlama rejimi söz konusu olabilir.

3 "Çağcıl 'anayasal sınırlar'dan kasıt, meşru-anayasal normlardır. Meşru-anayasal normlar ise, "düşünce özgürlüğü" felsefesi gözetilerek kendileri de tartışılmış ve etik-siyasal-felsefi olarak meşru kabul edilmiş anayasal düzenlemeler, uygulamalar ve içtihatlardır.

4 Bu makale, konu üzerinde yazdığımız Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004) ile "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmalarımızda ve "Edebiyat ve Hukuk" adlı sitemizde (<<http://www.edebiyatvehukuk.org>>) "Düşünce Özgürlüğü" altında yazdığımız akademik yazılarda [özellikle "Kırk Soruda Düşünce Özgürlüğü ve Sınırlanmasının Meşruiyeti" (<<http://www.edebiyatvehukuk.org/dusunce-ozgurlugunun-anlami-ve-islevi-isiginda-dusunce-ozgurlugunun-sinirlanmasinin-mesruiyeti.html>>)] ve ayrıca doktora tezimiz olan "Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika" (Freiburg i. Br.: iuscurim Verlag, 2006) adlı çalışmamızın bir bölümünde kurduğumuz kuramsal çatıya göre devam çalışması niteliğindedir ve zikredilen çalışmalardan da alıntılar içermektedir. Bu çatı geliştirilirken ilk önce Kuzey Amerikan bağlamından yararlanılmasının nedeni, özgürlüğün işlevi ile "sınırlarının sınırları" tartışmaları arasındaki bağın bu sistemde oldukça derinlikli olarak irdelenmiş olmasıdır. Bu derinlikli irdeme, düşünce özgürlüğünün (ırkçı ve ayrımcı "düşüncelerin" bile) mutlak olarak korunması taraftarı öğretilerin Anglo-Amerikan sistemindeki yaygınlığının nedeni olabilir. Çünkü düşünce özgürlüğüne hayati bir işlev atfedilebilirse onun sınırlanması da kolay-kolay kabul görmeyecektir. Karşılaştırmalı hukuksal açıdan ABD kadar önemli bir başka boyut Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenidir ve özgürlüğün işlevi ile sınırlarının sınırları

ABD ve Avrupa İnsan Hakları düzenleri düşünce özgürlüğü bakımından karşılaştırmalı olarak göz önünde tutulacak ve düşünce özgürlüğünü güvence altına alan anayasal normların koruma alanına giren 'ifade'lerin tanımlanması sorunu da ayrıca gözetilecektir.

Düşünce özgürlüğünün işlevi tartışmaları, genel olarak 'özgürlüklerin işlevi' tartışmalarından bağımsız değildir. Düşünce özgürlüğünün korunmasının kendine özgü etik-felsefî veya siyasal-felsefî dayanakları, bu özgürlüğün anayasal olarak neden bu derece üstün bir koruma görmesi gereğini de açıklayabilir. Bazı hak ve özgürlüklerin neden anayasal güvence altına alındıklarının açıklanması, onların hangi hallerde sınırlanabileceğinin bilinmesi açısından önemlidir. Aynı şekilde bir temel hak ve özgürlük, yerine göre daha kapsamlı olarak sınırlanabilirken bir diğere neden dokunulmadığı veya çeşitli temel hak ve özgürlükler arasında bir "üstünlük sıralaması" olup olmadığı gibi önemli soruların cevabı da korunan özgürlüklerin işlevlerinin ortaya konulması sayesinde açıklanabilir.

"Düşünce açıklaması olan eylemler, diğer eylemlere göre neden daha çok korunmalıdır ve bu özgürlüğün işlevleri gözetildiğinde, düşünceyi özellikle ceza yaptırımı yoluyla sınırlayan norm ve uygulamaların meşru-anayasal sınırları nelerdir" sorularının yanıtlarını ortaya koymak ve bu yanıtları tartışmak bu çalışmanın temel konusudur.

## II. Düşünce Özgürlüğünün İşlevi ve Sınırları: Karşılaştırmalı Çerçeve

### A. ABD Anayasası, Öğreti ve Yargı Kararlarından Önceller

#### 1. Birinci Ek Madde Koruması ve Tarihsel Gelişimi

Amerikan Anayasası'nın, düşünce özgürlüğünü güvence altına alan 1. Ek Maddesi

arasındaki doğrudan ilişkinin o düzende de önemli olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu ikinci hususta, Türk hukukundaki diğer pek çok çalışma yanında bkz. İbrahim Kaboğlu, "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri) ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 15, 1993'ten Ayı Bası* (TODAIÉ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi'nin İnsan Hakları Günü (10 Aralık 1993) dolayısıyla düzenlediği "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası (Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Uygulaması" konulu Konferans'ta yapılan konuşma metni); Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü/AİHS'nin 10. maddesine ilişkin içtihat (Avrupa Konseyi, 2002, Çeviren Durmuş Tezcan); Donna Goman, David Harris, Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü, (1998, Çeviren Orhan Kemal Cengiz); Ayrıca bkz. Aş. II. 3. Başlık altındaki değerlendirmelerimiz.

("First Amendment") aşağıdaki düzenlemeyi getirmektedir:

*"Kongre bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; ya da ifade, ya da basın özgürlüğünü; ya da kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikâyetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz."*<sup>5</sup>

Birinci Ek Maddenin çıkarılmasına ilişkin olarak Amerikan Temsilciler Meclisi'nde ("House of Representatives") yürütülen tarihsel tartışma bize "speech and press'-clause" adı verilen ifade ve basın özgürlüğü hakkında (özellikle Kongre üyelerinin bu maddeden neyi anladıkları konusunda) bir bilgi vermemektedir. Senato'da yapılan tartışmaların tutanakları da mevcut değildir. Tartışmalar sırasında Madison'un düşünce özgürlüğü hakkında uzun uzadıya tartışma yapılmasına karşı bir uyarı niteliğinde olan aşağıdaki tarihi sözleri bir asgari müsterekte birleşilmesini sağlamaya yönelik olmuştur:

*"...Eğer kendimizi basit ve genel geçer ilkelerin sayılması ile sınırlarsak, sınırim onaylanma büyük bir güçlüklerle karşılaşmayacak."*<sup>6</sup>

Fakat bu basit ve genel geçer ilkelerin sonu gelmez tartışmaları doğurmuş olmasının nedenini Madison'un düşündüğünün aksine Birinci Ek Maddenin sınırlı hacminde aramak gerekmektedir.<sup>7</sup>

Birinci Ek Madde başlangıçta hangi temelde ve ne tür bir uzlaşma ile kabul edilmiş olursa olsun Jefferson'un siyasal mücadelesi ve "Sedition Act"<sup>8</sup> a karşı muhalefeti ve bu yasanın

Adams hükümeti tarafından siyasi muhaliflerini sindirmede bir araç olarak kullanılması<sup>9</sup> sırasında bir tür özgürlükçü düşünce ve basın özgürlüğü kuramı oluşturulmuştur.<sup>10</sup> İlk başta hararetle düşünce özgürlüğünü savunan Jefferson'un bu özgürlükçü anlayıştan iktidara geldikten sonra uzaklaştığı söylenmektedir.<sup>11</sup> Ancak iktidardakilerin buna yakınlaşması ya da uzaklaşması Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin zaman içinde artan bir dikkatle düşünce özgürlüğünü korumasını ve bu gelişmenin istikrarını etkileyebilecek düzeyde olmamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasanın 1. Ek Maddesinin yalnızca düşüncenin açılanmasının sansürünü ("prior restraints" of expression) yasaklamadığı aynı zamanda da düşüncenin açıklanmasından sonra getirilen yaptırımlar yoluyla sınırlandırılmasında da gündeme geleceği kuramının bütünüyle kabulü yakın bir geçmişe rastlar. Yine, düşünce özgürlüğünün yalnızca siyasal düşünceyi değil, diğer tüm düşünceleri de kapsadığını kabul etmek de Amerika'da uzun zaman almıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra geliştirdiği öğretilerle<sup>12</sup> düşünce özgürlüğünü, belki de Amerikan

any false scandalous and malicious writing or writings against the government of the United States, or either house of the Congress of the United States, or the President of the United States, with intent to defame the said government, or either house of the said Congress, or the said President, or to bring them, or either of them, into contempt or disrepute") fiilleri cezai müeyyideye tabi tutulmuştur.

9 Krş. J. SMITH, FREEDOM'S FETTERS -THE ALIEN AND SEDITION LAWS AND AMERICAN CIVIL LIBERTIES 159 (1956).

10 L. LEVY, LEGACY OF SUPPRESSION: FREEDOM OF SPEECH AND PRESS IN EARLY AMERICAN HISTORY (1960), 6. Kısım.

11 Thomas Jefferson'un yaşamı ve çalışmaları çelişkilerden uzak değildir. Jefferson, muhalefette iken çok hararetle bir biçimde savunmuş olduğu ilkeli bir anayasa yorumuna her zaman sadık kalmamıştır. [Jürgen HEIDKING: Revolution, Verfassung und Nationalstaatsgründung, 1763-1815, in: Willi Paul Adams, Ernst Otto Czempel, Berndt Ostendorf, Kurt L. Shell, P. Bernd Spahn, Michael Zöller (Hrsg.): Die Vereinigten Staaten von Amerika, Geographie, Geschichte, Politische Kultur, Politisches System, Wirtschaft, zweite Aufl., Band I, 1992, S. 84]; L.LEVY, JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES - THE DARKER SIDE (1963). Jefferson 1803 yılında Pensilvanya valisi McKean'e şöyle yazmıştır: "...ve bu nedenle en önde gelen 'ihlal'cilerden bir kaçını cezai takibata maruz bırakmanın basın ahlakının yeniden kurulmasında iyi bir etki yaratabileceğini düşündüm." in: 9 WORKS OF THOMAS JEFFERSON 449 (P. Ford, ed. 1905).

12 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin özgürlüklerle ilgili geliştirdiği koruma rejimlerine "doctrin" (öğreti) denilmektedir. Bu yönüyle öğreti kavramı kıta Avrupası sistem-

5 "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

6 "I venture to say, that if we confine ourselves to an enumeration of simple, acknowledged principles, the ratification will meet but little difficulty" [THE BILL OF RIGHTS: A DOCUMENTARY HISTORY 1153 (B. Schwartz ed. 1971)].

7 Öykü Didem Aydın, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s. 49 vd.

8 Ch. 74, 1 Stat. 596 (1798). "İsyan Yasası" adı verilen bu yasa göre "Amerika Birleşik Devletleri hükümetine ve Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin her bir meclisine veya Başkana karşı yalan ve skandal oluşturan ve kötü niyetli yazı veya yazıların hükümeti ve Kongre'yi oluşturan meclislerden birini ya da Başkanı tahrik amacı ile ya da bunlardan birinin tahkire ("contempt") ya da "şeref zedeledenmesine" ("disrepute") uğraması amacı ile yazmak, açıklamak ve yayınlamak" ("write, print, utter or publish...

Anayasa koyucusunun Anayasayı yaparken dü-şündüğünün de ötesine geçerek geliştirmiştir.<sup>13</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Birinci Ek Maddenin düşünce ve basın özgürlüğünün yalnızca sansürü yasakladığını kabul eden ilk içtihatları zaman içinde yumuşayarak değişmiştir.<sup>14</sup> Yargıç Holmes'un İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki önemli kararlardan biri olan Schenck kararındaki gerekçesi bu konuda çığır açan bir yaklaşımı sergilemektedir<sup>15</sup>:

*"Sansürün önlenmesi ana amaç olarak kabul edilmiş olabilir de ifade özgürlüğünü sınırlayan yasaların kabul görmemesi sadece ifade açıklamasından önceki sınırlamalara ilişkin değildir."*<sup>16</sup>

Yargıç Holmes Abrams v. United States'deki ünlü karşı oyunda da ("dissent") Birinci Ek Maddenin ortak hukukta ("common law"), özellikle hakaret cürümleri ile ilgili olarak, geçerli olan temel bazı kuralları ilga ettiğini iddia etmiştir:<sup>17</sup>

lerin anladığı "öğreti" kavramından kısmen farklıdır. Gerçekten, Amerika'da bilim adamlarının kuramlarına çok nadir olarak öğreti denilmektedir. Ancak, kıta Avrupa dilinde "bilimsel öğreti ve yargısal öğreti kavramları" yerleşmiştir. Çalışmamızda öğreti sözünü kullanırken kastedeceğimiz çoğunlukla yargısal öğretilerdir.

13 1907 yılında Yargıç Holmes şu ifadelerde bulunmuştur: "İlk olarak bu gibi hükümlerin ana amacı, yayınların diğer hükümetlerin yaptığı gibi sansüre uğratılmasını önlemektir, ancak bu hükümler, kamu yararına halel getirdiği düşünülen yayınların yayınlandıktan sonra cezalandırılmasına engel olmamaktadırlar... Sansür yasağı hem doğru hem yalan ifadelere teşmil edilebilir; ifadeden sonraki müeyyideler ise hem gerçek hem gerçeğe aykırı ifadeler için geçerli olabilir" ["...In the first place, the main purpose of such constitutional provisions is 'to prevent all such previous restraints upon publications as had been practiced by other governments,' and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to public welfare...The preliminary freedom extends as well to the false as to the true; the subsequent punishment may extend as well to the true as to the false..."] (Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 462 (1907)). Fakat yargıç, hukukun bütün genel ilkelerini kabul edildikleri halleri ile bırakma gibi bir anayasal ilke bulunmadığından söz etmiştir. (Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 461 (1907)).

14 Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275, 281; RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, §1.04 (2), 20 (1994); Holmes'un Patterson v. Colorado kararındaki görüşü (205 U.S. 454, 462).

15 Espionage (Casusluk) Yasasının ihlali ile ilgili bir kararda [el ilanı dağıtarak askerlik hizmetinden soğutma ya da bu hizmete riayetsizlikten ("insubordination") dolayı] mahkumiyetlerin onanmasına karşın yalnızca sansürün değil aynı zamanda ifadenin açıklanmasından sonraki müeyyidelerin de Birinci Ek Madde sınırlamasına tabi olduğu kabul edilmiştir [Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 51-52 (1919)].

16 "It well may be that the prohibition of laws abridging the freedom of speech is not confined to previous restraints although to prevent them may have been the main purpose..." [Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 51-52 (1919)].

17 250 U.S. 616.

*"İdarenin Birinci Ek Maddenin ortak hukukta geçerli olan yıkıcı propagandaya ilişkin kuralları yürürlükte bıraktığı yolundaki fikrine tamamen karşıyım. Bana göre tarihsel gelişim böyle bir fikri geçersiz kılıyor."*<sup>18</sup>

Yüksek Mahkeme Yargıç Holmes'un bu düşüncelerini hızlı bir biçimde benimseyerek<sup>19</sup> Birinci Ek Maddenin ilkesel olarak öyle görünse de yalnızca sansürün yasaklanmasına ilişkin olmadığını çok açık olarak kabul etmiştir.<sup>20</sup>

Bu kararla Amerikan Yüksek Mahkemesi düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlarında yeni bir çağ açıyor ve Birinci Ek Maddenin anlamına ve amacına ilişkin yorumlarında daha geniş açılımlara yönelmeye başlıyordu.

Schenck kararında Birinci Ek Madde öğretisi adı da verilen ve bugün oldukça karmaşık bir hal almış koruma rejiminin gelecekteki gelişimine ışık tutacak açıklamalar bulunmaktadır. Yargıç Holmes'un oyu ("opinion") bunu açıklıkla ortaya koymaktadır:

*"...Birçok yerde ve sıradan zamanlarda sanıkların bildirilerinde söylediklerini söylemelerinin anayasal hakları olduğunu kabul ediyoruz. Fakat her fiilin özelliği ["the character of every act"] işlendiği dış koşullara ["circumstances"] bağlıdır. Düşünce özgürlüğünün en sıkı koruması bile bir kimsenin tiyatrodan yanlış olarak 'yangın var' diye bağırıp panik yaratmasını korumaz. Öyle ise mesele, her olayda sarf edilen sözlerin Kongre'nin önlemekle yetkili olduğu önemli kötülöklere sebebiyet verilmesi yolunda açık ve mevcut tehlike<sup>21</sup> ortaya koyabilecek bir mahiyette olup olmadığı meselesidir."*<sup>22</sup>

18 "I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion." (A.g.y. S. 630).

19 Near v. Minnesota (283 U.S. 697, 716).

20 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT (1994), bkz. S. 21.

21 Türkiye'de yerleşmiş olan "açık ve yakın tehlike" ifadesi yerine "açık ve şu anki tehlike" ifadesini kullanmayı tercih ediyorum. Bunun nedeni "present" sözcüğünün hem yalın dilsel hem de Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilen kavramsal anlamının "yakın" değil, "şu anki" "şu anda var olan", "şu an hazır ya da meydana gelmekte olan" demek olmasıdır. Aslında Türkiye'deki kullanımda da kastedilen "yakın tehlike" değil "yakın zarar tehlikesidir", yakın olması gereken tehlike değil zararın meydana gelme ihtimalidir. "Açık ve şu anki" yerine "açık ve mevcut" ibaresi de kullanılabilir.

22 "...The question in every case is whether the words used are used in such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent."

Böylece Yargıç Holmes, Yargıç Brandeis ile birlikte kısa zamanda bir dizi karşı oy yazdı. Bu karşı oylarda temel fikir, Yüksek Mahkeme'nin çoğunluğunun gösterilen ölçütleri kurumlar için hiç bir tehlike göstermeyen düşünceleri bastırmak için yanlış olarak uyguladığı savıydı.<sup>23</sup> Ancak Yüksek Mahkeme çoğunluğu da Yargıç Holmes ve Brandeis'den etkilenmeye ve yavaş yavaş düşünce özgürlüğünün koruma alanını genişletmeye başlamıştı. Bunun ilk ve en önemli örneklerinden biri Amerikan Anayasası'nın, 14. Ek Maddesi ile Birinci Ek Maddesi birlikte değerlendirildiğinde, yalnızca federal devletin değil eyaletlerin de düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik yetkilerinin sınırlandırılmasını emrettiğinin kabul edilmesi oldu. Eyaletlerin de sınırlandırmanın sınırlarına tabi olduğu fikri kabul edildikten sonra koruma öğretilerinin geliştirilmesi çok daha kolay olacaktı.

Yargıç Holmes ve Brandeis'in karşı oyları düşünce ve basın özgürlüğüne ilişkin gelecekte egemen olacak ilkelerin gelişmesi yönünde önemli açıklamalar içermiştir. Yargıçların savları ilk önce yalnızca azınlıkta kalsa da Yüksek Mahkeme Fiske v. Kansas<sup>24</sup> kararında eyaletleri ilgilendiren bir konuda ("state case") düşünce özgürlüğünün korunmasına cevaz verdi. Stromberg v. California<sup>25</sup> kararı ile bir eyalet yasası düşünce özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile yok hükmünde sayıldı.<sup>26</sup> Yine Yargıç Black'in formüle ettiği başka bir kararda<sup>27</sup> eyaletin ortak hukukunda yer alan bir düzenlemenin yok hükmünde olduğunu belirlerken Birinci Ek Maddenin düşünce, basın ve din özgürlüğünün İngiliz ortak hukukunun kabul ettiğinden

23 Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919); Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920); Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920); United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Burleson, 255 U.S. 407 (1921); Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920).

24 274 U.S. 380 (1927).

25 283 U.S. 359 (1931). Ancak 1965'e dek [Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965)] hiçbir federal yasa ABD Yüksek Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmamıştır; United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967).

26 Yok sayılan yasalar için "void" kavramı kullanılmaktadır; bkz. Near v. Minnesota ex. rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931); Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937); De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937); Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444 (1938).

27 Yüksek Mahkemenin gerekçeli kararlarına "Opinion" adı verilmiştir.

öte bir koruma getirdiğini ifade etmiştir<sup>28</sup> O tarihten bu yana gelişmeler sallantılı olsa da daha 1964 yılında Yüksek Mahkeme aşağıdaki saptamayı yapabilmıştır:

*"biz bu davayı kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin tartışmaların çekincesiz, gürbüz, şeffaf ve açık olması gerektiği ve bu tartışmaların şüphesiz hükümete ve hükümet görevlilerine karşı hararetli, keskin ve bazen de hoş gitmeyecek ölçüde sivri saldırıları da içerebileceği ilkesine olan din bir ulusal inanç ışığında değerlendiriyoruz."*<sup>29</sup>

1969 yılı ise Yüksek Mahkeme'nin devlete karşı şiddete başvurulmasının veya kanuna aykırılığın savunulmasının yasaklanmasına ya da cezalandırılmasına karşı düşünce ve basın özgürlüğü koruması getirilmesi yolunda temel ilkelerin ortaya konulduğu yıl olmuştur. Bu ilkelere göre düşüncenin ifadesi, çok yakın bir gelecekte ortaya çıkması gereken kanunsuz bir fiilin ("imminent lawless action") gerçekleştirilmesini tahrik ("incite") etmedikçe ya da bu fiilin gerçekleştirilmesini sağlamaya ("produce") yönelik olmadıkça ve yine gerçekleştirilmesini sağlamaya elverişli ("likely") olmadıkça müeyyide altına alınamayacağı kabul edilmiştir.<sup>30</sup>

1969'dan günümüze ulaşan çizgide verilen bir dizi karar da düşünce özgürlüğü korumasının azami ölçüde genişletilmesine yönelik olmuştur. Bu süreçte, düşünce özgürlüğü her türlü soyut şiddet savunuculuğu, ırkçı veyahut açıklamaları da "koruma alanı" kapsamına sokacak ölçüde esnetilmiştir.<sup>31</sup>

## 2. Amerika Birleşik Devletleri'nde Düşünce Özgürlüğü Kuramı, Yöntemi ve Öğretisi

Amerikan Anayasal öğretisinde düşünce özgürlüğü kuramı, yöntem bilimi ("methodology") ve yargısal öğretisi (doktrini) arasında bir ayrıma gidilmektedir.<sup>32</sup>

28 Bridges v. California, 314 U.S. 252, 263-68 (1941).

29 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

30 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

31 Ayrıntıları için bkz. Öykü Didem Aydın, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s. 171 vd.

32 Smolla ve Nimmer ifade özgürlüğü kuramını ("free speech theory"), ifade özgürlüğü metodundan ("free speech method") ve her ikisini de ifade özgürlüğü öğretisinden ("free speech doctrine") ayırmaktadır [(RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], S.7 (1994)]. § 2.01 (1), S. 3).



Düşünce özgürlüğü kuramı ("Free Speech Theory") düşünce özgürlüğünün neden koruma görmesi gerektiğini açıklamaya çalışan bilimsel çabalarla ilgilidir. Bu bağlamdaki temel amaç, Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesinin "neden"i, diğer bir deyişle "ratio legis"ini (yasanın ruhunu) belirlemektir.

"Free Speech Method" adı verilen düşünce özgürlüğünün yöntemi kavramı ise düşünce özgürlüğü ile ilgili soruların yanıtlanmasına ve sorunların çözülmesine genel bir ışık tutacak yöntemlerin ortaya konulmasını anlatır. Böylece metodoloji, düşünce özgürlüğü kuramından daha ileri bir adım olmaktadır. Metodoloji, düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlar ("free speech jurisprudence") olan yaklaşımların ("Approachs") bir tasnifini yapar. ABD'nde önde gelen Anayasa hukukçularından Smolla'ya göre, düşünce özgürlüğünün korunması bağlamında farklı bağlamlarda uygulanabilen ve temel olan üç yöntemden söz edilebilir: Bu yöntemler mutlak koruma ("absolutism"), somut dengeleme ("ad hoc balancing") ve duyarlı ve özenli inceleme ("heightened scrutiny")<sup>33</sup>, yöntemleridir.<sup>34</sup>

"Free speech doctrine", yani düşünce özgürlüğüne ilişkin yargısal öğreti kavramı ise Yüksek Mahkeme'nin düşünce özgürlüğü alanında uyguladığı çok yönlü somut ölçütlerdir. Bu ölçütler ne kadar çok yönlü olsa da bunların belirli bir model çerçevesinde tasnif edilmesi mümkündür. Bazı alanlarda Yüksek Mahkeme mutlak koruma yolunda bir yaklaşımı reddetse de, mutlak korumaya yaklaşan bazı doktriner ilkeler geliştirme yoluna gitmiştir. Bu ilkelerin ana fikri, düşünce özgürlüğünün, devletin düşünce özgürlüğüne müdahale ile aynı düzeyde olmayan diğer özgürlüklere müdahalesinin anayasallığının incelenmesinde kullanılan "rational basis test" ("makul temel ölçüt"ün<sup>35</sup>)

33 Smolla bu ifadeyi kullanmaktadır [RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], S.7 (1994)].

34 A.g.e., S. 6.

35 "Reasonable basis", "makul temel", genel olarak Amerikan Anayasası ile korunan temel haklara müdahale etmeyen yasaların anayasallığını denetlemede kullanılan bir ölçüttür. Bu ölçüt, temelde yasa koyucunun, yasayı makul olarak savunabilmesini ve yasanın çıkarılmasında anlamlı bir amaç gösterebilmesini aramaktadır. Yine, aynı ölçüt özellikle yasanın temel eşitlik ilkesine aykırı olmasını da arar. Mahkeme, herkese eşit olarak uygulandıkça ve amacı makul oldukça, temel haklara müdahale etmeyen yasaları anayasaya uygun

sağladığından daha fazla bir koruma görmesi gerektiğidir.

### 3. Birinci Ek Madde Düzenlemesinin Anlamı ve Kapsamı (Düzenlemenin İçeriği)

Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesi dört temel hakkı düzenleme altına almaktadır. Düzenlemenin sözü, konuşma, basın, toplantı ve dilekçe haklarından söz etmektedir. Öğreti ve yargının; konuşma, basın, dilekçe, dernek vs. kavramlar yerine adet olduğu üzere kısaca ifade ("expression") kavramını kullanması konuşma özgürlüğünü düzenleyen yan cümle ile basın özgürlüğünü ifade eden yan cümlenin aynı kapsama sahip olup olmadıkları ya da birinin diğerinin ötesine geçip geçmediği temel sorusunu ortaya çıkarmıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme, sayılanların ötesinde benzer başka hakları da Birinci Ek Madde düzenlemesi altında görmüştür. Her koşulda, düşünce özgürlüğü kavram çatısı geniş görülmüş, bunun altına film, sanat<sup>36</sup> eserleri, bilim ve araştırma<sup>37</sup> gibi özgürlükler de dahil edilmiştir.

Uzun süre kurumsal basının, devlet müdahalelerine karşı bireylerden, gruplardan ya da derneklerden daha fazla korunması gerekip gerekmediği de tartışılmıştır. Yargıç Stewart'a göre:

*"Birinci Ek Maddenin konuşma ve basın özgürlüğünden ayrı ayrı söz etmesi anayasal bir tesa-düf değil, Amerikan toplumunda basının oynadığı eleştirel rolün tanınmasıdır. Anayasa bu role ve bu rolü etkili bir biçimde gerçekleştirme yolunda ortaya çıkabilecek özel gereksinimlere karşı duyarlılık gösterilmesini öngörmektedir."*<sup>38</sup>

Buna karşı Yargıç Burger aşağıdaki görüşleri ileri sürmüştür:

*"Mahkeme, Basın özgürlüğünü düzenleyen hükümün hükümet müdahalelerinden korunma konusunda kurum olarak basına diğerlerinin yararlanmadığı bir özgürlük verip vermediği konusunu henüz tam olarak çözmemiştir."*<sup>39</sup>

kabul etmektedir [United States v. Marshall, 908 F.2d 1312 (7th Cir. 1990); bkz. Gayle Lynn Pettinger, Note, *Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by any Other Name*, 62 IND. L.J. 779 (1986-87)].

36 Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

37 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

38 Houchins v. KOED, 438 U.S. 1, 17 (1978) (katılan oy); yine bkz. Stewart, Or of the Press, 26 HASTINGS L.J. 631 (1975).

39 First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, 798 (Başyargıç Burger'in katılan oyu). Yargıç Burger'e göre kurumsal basının özel bir önceliği yoktur.

Ancak birçok karar basın özgürlüğünün basına, hükümeti genelde kamunun sahip olmadığı bir enformasyon sağlamaya zorlama hakkı vermediğine işaret etmektedir.<sup>40</sup>

Özellikle yargılamaları izleme hakkı (“trials access”) ile ilgili kararlar, hem kamuya hem de basına bu konuda eşit haklar tanındığını göstermektedir.<sup>41</sup> Basın, birçok yönden kamuya dahil bir kimsenin gördüğünden farklı bir muamele görmemektedir.<sup>42</sup> Buna karşın, basının enformasyon elde etme ve sunma, haber yayma rolü nedeni ile başkalarının aynı ölçüde görmediği belirli bir hoşgöründen yararlanması gerektiği de açıktır. Basının bu özel rolü, basını devletten belirli bir duyarlılığı<sup>43</sup> talep etmeye haklı kılmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararlarına bakarak, bu duyarlılığın somut olarak ne tür bir fark ortaya koyduğunu söylemek çok kolay değildir. Bu farkı ünlü New York Times v. Sullivan davası bir noktaya kadar açıklamaktadır (“good-faith-defamation”).<sup>44</sup>

Yargıç Stewart, New York Times v. Sullivan davasında basına tanınan özel önceliğin, bütünü ile basın özgürlüğüne ait bir öncelik olduğunu ifade etmiştir. Yargıç, düşünce özgürlüğünün anayasal kuramının kişileri hakaretten dolayı her türlü sorumluluktan kurtardığı düşüncesini<sup>45</sup> reddetmekte ve Yüksek Mahkemenin hakaret fiilleri söz konusu olduğunda hoşgörü eşliğini düşürdüğü olayların hepsinde davalının bir basın mensubu olduğunu belirtmiştir.<sup>46</sup>

40 Houchins v. KQED, 438 U.S. 1, 16 (1978); Saxbe v. Washington Post, 417 U.S. 843 (1974); Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974); Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978).

41 Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

42 Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972); Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978); Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979); “Genel olarak uygulanan yasalar, uygulanmaları, mücerret, basın özgürlüğü üzerinde ikincil ve rastlantısal etkiler doğuruyor diye Birinci Ek Maddeyi ihlal etmezler [“Generally applicable laws do not offend the First Amendment simply because of their enforcement against the press has incidental effects (Cohen v. Cowless Media Co., 501 U.S. 663, 669). (1991).

43 Justice Stewart’ın “E.g. Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974)” kararındaki görüşü; Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

44 New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

45 Stewart, Or of the Press, 26 Hastings, L.J. 631, 633-35 (1975).

46 Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111, 133 n. 16 (1979) davasında Yüksek Mahkeme, Times ölçütünün tek bir kimseye de aynı biçimde uygulanacağına hiçbir zaman karar vermediğini ifade etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme’nin şirketlerin ya da kurumların da gerek Federal hükümetin gerek eşitlik ilkesini koruma altına alan Ondördüncü Ek Madde üzerinden eyaletlerin müdahalelerine karşı Birinci Ek Maddenin sağladığı korumadan yararlanabileceklerine ilişkin kararı özel kişilerin düşünce özgürlüğü ile kurum olarak basın özgürlüğü ve basın mensuplarının özgürlüğü arasındaki sözde çatışmanın ortadan kalkmasına yol açmıştır.<sup>47</sup> Yüksek Mahkeme’ye göre tartışma konusu olan şey, şirketlerin ya da kurumların hangi Anayasal haklara sahip oldukları değil, sınırlanan konuşmanın, kamuoyunu ilgilendirmesi bakımından toplumsal önemi nedeni ile Birinci Ek Maddenin koruması gereken bir “ifade” olup olmadığı idi. Buradaki ince nokta Amerikan düşünce özgürlüğü hukukunda çok önem taşımaktadır. Söz konusu olan *kimin konuştuğu* değil, konuşmanın *kimi ilgilendirdiği*dir.<sup>48</sup> Olayda söz konusu ifade kamusal işlerin yerine getirilmesine ait fikirlerin açıklanması olduğundan kaynağının korunacaktır. Birinci Ek Madde bireysel girişimi ve kendi kendini yönetmenin sağlanmasını değerli bir amaç olarak koruduğu ve geliştirdiği için, tartışmalara, müzakerelere ve enformasyon ve fikirlerin yayılmasına kamuoyuna mensup bireylerin katılabilmesinin sağlanması son derece önemlidir.<sup>49</sup>

Böylece konuşma ve basın özgürlüğü belirli nitelikleri ve amaçları bakımından aynı kavramsal çatı altına yerleştirilmiştir. Bu çatı “ifade” sözü ile anlatılmaktadır. Bu ortak çatı, ifade ve basın özgürlüğü arasında var olan bazı doktriner ayrımların gözden kaçırılacağı anlamına alınmamalıdır. Bu konuda tehlike çok büyük değildir.

Yine toplantı özgürlüğü ve dilekçe hakkı da düşünce özgürlüğü ile bir arada düzenlenmiştir. Gerçi, Birinci Ek Madde bu özgürlükleri açıkça düzenlemese de bir tek düşünce ya da ifade sözünün bunları da kapsayacağı düşünülebilirdi.<sup>50</sup>

47 First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) (“5’e karşı 4”le alınmış bir karar).

48 Aslen bu ayırım, basın özgürlüğü kisvesi altında özel meselelerini çözmeye çalışan gazetecilerin, kamuyu ilgilendiren konularda haber ve yayın etkinliğinde bulunan gazeteciler kadar koruma görmemesini sağlamaya da yönelik olacaktır.

49 Bkz. Consolidated Edison Co. v. PSC, 447 U.S. 530, 533-35 (1980).

50 Bkz. Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555, 578 (1980).

Yüksek Mahkeme'nin Birinci Ek Madde ile ilgili içtihadi yaklaşımı, iletişimle ilgili temel hakların içeriklerini belirlemede düzenlemenin amacının göz önüne alır. Bu bağlamda, çoğunlukla, Birinci Ek Madde kuramına, yani tek tek temel haklar konusunda kümülatif (toplucu) ya da alternatif (seçmeli) olarak gündeme getirilebilen norm amaçlarına dayanılır.<sup>51</sup> Bu bağlam içinde Birinci Ek Maddenin düzenlediği temel haklar arasındaki ilişki çok keskin bir sorun olarak karşımıza çıkmaz. Normal olarak, düzenlenen bu dört temel hakkı kesin olarak birbirlerinden ayırmak, içerik ve kapsam farklılıklarını sert çizgilerle belirlemek gereksinimi duyulmamıştır. Çünkü düşünce özgürlüğünün sınırları, düzenlenen özel bir temel hakkın içeriğine dayanarak farklılaşmamaktadır. Bu temel nokta karşısında Amerikan düşünce özgürlüğü hukuku için tek bir "ifade" ya da "iletişim" özgürlüğü kavramından yola çıkmak uygundur.

Böylece Birinci Ek Maddede yazılı olmayan hak ve özgürlüklerden, Birinci Ek Maddenin amacı ile özel bir bağları bulunması bakımından *dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğü*<sup>52</sup>, *enformasyon özgürlüğü*<sup>53</sup>,  *radyo, televizyon özgürlüğü*<sup>54</sup>,  *sanat ve film özgürlüğü*<sup>55</sup>,  *bilim ve öğrenim özgürlüğü*<sup>56</sup>,  *yargılamaları izleme özgürlüğü*<sup>57</sup>,  *inancın gizliliği özgürlüğü* ("privacy of belief")<sup>58</sup>,  *devlet tarafından gösterilen açıklamaları yapmaktan kaçınma özgürlüğü*<sup>59</sup>, başkalarından ya da

devletten *bilgi alma ve bilgiyi dağıtma özgürlüğü*<sup>60</sup> de koruma alanı içindedir. Bu şekilde yaratıcı insan zekâsı ve bu zekanın akla gelen çoğu ürünü de bu yolla korunmuş olmaktadır.

Düşünce özgürlüğü hem dar anlamda düşünce açıklamalarını, yani vakialara ilişkin gerçeklerin ya da fikirlerin açıklanmasını hem de *basit eğlenceyi* korumaktadır.<sup>61</sup> Tarihsel olarak düşünce özgürlüğünün ana merkezinde siyasal düşünce olsa da, bugün artık kabul edilen, siyasal amaçlı olanların dışında diğer düşünce açıklamalarının her koşulda daha az bir koruma görmediğidir.

Çaçıl düşünce özgürlüğü kuramı, tüm düşünce açıklamalarının içeriklerinden bağımsız olarak korunması için yeterince gerekçe olduğunu kabul etmektedir. Bu anlayışın türlü dayanakları vardır: Birincisi siyasal düşünce açıklamasının siyasal olmayandan ayrılmasının her zaman kolay olmadığı gerçeğidir. Siyaset nedir? Devlet yönetimine ait konular topluluğu mudur? Siyasal partilerle ilgili olay ve durumlar mıdır? Yoksa toplumu ilgilendirebilen her konu siyaset olarak anlaşılabilir mi? Eğer bu nokta doğru ise futbol, örneğin bir futbolcunun transferi de siyaset değil midir? Siyaset, siyasi insanlara ait olay ve durumlarsa, onların özel yaşamı var mıdır? Bir paparazzinin, herhangi bir siyasetçinin evlilik dışı ilişkisini tespit etmesi ya da gittiği bir düğün sahibinin toplumda yasa dışı işleri ile nam salmış bir kişi olduğunu ortaya çıkarması, siyasi bir düşünce açıklaması mıdır? Eğlence midir? Günümüz gerçekleri, eğlenceyi bile siyasetten ayırmanın zor olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan, siyasal olarak adlandırılan düşünce açıklamalarını öne çıkarıp, diğerlerine düşük gözle

51 Stock ile Krş.nız. Yazar, Yüksek Mahkemenin her bireysel hak için tek bir norm amacından yola çıktığını anlatmaktadır. Yazara göre, her şeyden önce söz konusu olan, toplumun genelini ilgilendiren her türlü alanda kamusal tartışmaların yolunun açılması ve bu yolla demokratik düşünce ve iradenin oluşturulmasının sağlanmasıdır (Jürgen STOCK : Meinungs- and Pressefreiheit in den USA. Das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an die Gesetzesgestaltung. Baden Baden 1986) Yukarıda açıklanan diğer amaçlarla ilgili olarak, Birinci Ek Madde bağlamında tek bir norm amacından söz edilemeyeceği kanısındayız. Burada daha fazla, çok çeşitli amaçlardan farklı bağlamlarda duruma göre olay örgüsüne uygun ve farklılaştırılmış bir yararlanma söz konusudur. Amaçların kümülatif olarak söz konusu olması neticede iletişim özgürlüklerinin birbirleri ile ilişkisi sorusuna gerek bırakmaz.

52 NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).

53 Lamont v. Postmaster General , 381 U.S. 301 (1965).

54 NBC v. United States, 319 U.S. 190 (1943).

55 Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

56 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

57 Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

58 Buckley v. Valo, 424 U.S. 1, 64 (1976)

59 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

60 Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

61 "Başvuru sahibinin basın özgürlüğünün anayasal korumasının sadece fikirlerin açıklanmasına uygulanabileceği fikrini kabul etmiyoruz. Bilgi vermekle eğlendirmek arasındaki çizgi bu temel hakkın korunması açısından haddinden fazla muğlaktır ["We do not accede to appellee's suggestion that the constitutional protection for a free press applies only to the exposition of ideas. The line between the informing and the entertaining is too elusive for the protection of that basic right." (Winters v. New York, 333 U.S. 507, 510 (1948)); "bir ifade ve iletişim tarzı olarak müzik Birinci Ek Madde koruması altındadır ("[m]usic, as a form of expression and communication, is protected under the First Amendment.") [Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 790 (1989)]; "[S]osyal değerine bakılmaksızın bilgi ve fikirlerin iletilmesi ve edinilmesi... özgür toplumumuz için esastır (The right to impart and to receive "information and ideas, regardless of their social worth . . . is fundamental to our free society.") [Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969)].



bakmamalıdır. Reality Show, Paparazzi Magazin Programları gibi adlarla yayınlanan birçok programın da dolaylı olarak siyasal bir işlevi olabilir. Bu yayınlarda bulunanların toplumu bilgilendirmekten çok basitçe eğlendirmek amaçlarının bulunması açısından değerleri tartışılrsa da genelde bir düşünce özgürlüğü kullanımı olarak korunmaları gerekir. İleride açıklanacağı gibi bu bağlam içinde düşünce özgürlüğü özel hayatın korunması ilkesi ile çözümlü zor bir ihtilafa düşebilir.

Bir ikinci nokta daha da önemlidir. Düşünce özgürlüğünün ortaya çıkış nedeni, dar anlamda siyaset temelli de olsa bugünün insanı, kişisel ve toplumsal yaşamını geliştirmede devlet yönetimi ile ilgili konuları her zaman ön plana almamaktadır. Bir taksi şoförü için, taksisinin kenarına reklam alabilmek bazen hükümet değişikliğinden daha önemli olabilir. İnatçı bir ev sahibi, yabancı kiracısına balkona uydu anten yerleştirme diyorsa<sup>62</sup>, okul müdürü ya da müdiresi, kızların etek boyu ile uğraşıyorsa, Ramazanda oruç tutmak ya da tutmamak "eleştiri" ya da "tepki" konusu oluyorsa, tüm bunların da düşünce özgürlüğümüzle bir ilgisi yok mudur? Her hafta masa tenisi oynadığımız kulüpte, eskimiş masa tenisi masalarına yenisinin alınmaması ve üstelik de üyelere haddinden fazla aidat alınmasını eleştirmek, üyeleri toplayıp bununla mücadele edilmesini söyleyebilmek de bir hak değil midir hükümetin değişmesini iddia edebilmek kadar? Bazen basit yaşam sorunları, kişileri dar anlamda siyasetten daha fazla meşgul edebilir. Bazen, eğlence kişiye önemli bir tatmin sağlayabilir. Düşünce özgürlüğü, bu nedenle yalnızca dar anlamda siyasetle değil, kişi yaşamını ilgilendiren ve beyin ürünü olan tüm faaliyetlerle ilgilidir.

Şüphesiz, beyin ürünü olan tüm etkinliklerin koruma alanına girebileceğini düşünmek, bunların aynı derecede korunabileceğini savunmak anlamına gelmemektedir. Amerikan düşünce özgürlüğü anlayışında basın kamuya mal olmuş kişiler hakkında yaptığı ya da kamuyu ilgilendiren konular hakkında yapılan açıklamalarla, özel kişilerin, özel kişiler hakkında yaptıkları açıklamalar arasında doktriner bir ayrıma gidilmiştir.

62 Almanya'da oldukça çok sayıda Anayasa şikâyetine yol açmış bir uygulama, Alman ev sahiplerinin Türk kiracılarına, apartmanların estetik görünümünü koruma kaygısı yüzünden uydu antenden yararlanma izni vermemesidir.

Temel hak koruması gerek yazılı gerek sözlü açıklamalar için aynı derecede geçerli olmaktadır. Buraya yalnızca vücut hareketleri ile yapılan ve belli bazı durumların kendilerine ifade niteliğini verdiği sembolik ifade de dahildir. Bu son gruba iletişimsel içeriği olan davranış ya da iletişimsel davranış adı da verilmektedir. Amerikan hukuku bakımından özgürlükler hukukunun getirdiği korumanın çözümlenmesi bağlamında konuşma ("speech") ve davranış ("conduct") arasında bir ayrıma çoğunlukla gidilmemekte ve bu ikisinin birbirinin içine girdiğini savlanmaktadır.<sup>63</sup> Buna karşın aşağıda daha ayrıntısı ile ortaya koyacağımız bu ayrıma Mahkemeler, özellikle Yüksek Mahkeme tarafından belirli bir önem verilmektedir.<sup>64</sup>

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda Yargıç Jackson, sembolik ifadenin önemine aşağıdaki sözlerle işaret etmiştir:

*"Sembolizm, düşünceleri iletmek için ilkel ama etkili bir yoldur. Bir sistemi, fikri, kurumu, kişiliği sembolize etmek için bir amblemin ya da bayrağın kullanılması akıldan akla giden bir kestirme yoldur."*<sup>65</sup>

#### 4. Düşünce Özgürlüğünün Korunması Gereğini Açıklayan Kuramlar (Düşünce Özgürlüğünün İşlevi)

Düşünce özgürlüğünün korunmasının nedenine ilişkin Kuzey Amerikan menşeli klasik üç kuram bulunmaktadır: Düşünce Pazarı Kuramı ("Theory of 'Marketplace of Ideas'"); İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı (Theory of "the 'Human Dignity and Self-Fulfillment'") ve Demokratik Yönetim Kuramıdır ("Theory of 'the 'Democratic Self-Governance'") Yine çok yönlü yaklaşım ("Approach" of "Multiple Justification") olarak da adlandırılacak kurama göre, düşünce özgürlüğünün

63 John Hart Ely, Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, 88 HARV. L. REV. 1482, 1494-96 (1975); Lawrence, Resolving Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech, 68 NOTRE DAME L. REV. 673-74 n.3 (1993), 691-94; Melville B. Nimmer, The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment, 21 UCLA L. REV. 29 (1973).

64 Yüksek Mahkemenin Mitchell kararı aslen ifade ve eylem arasındaki farka dayanılarak verilmiştir (113 S. Ct., 2201).

65 "...Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short cut from mind to mind." [West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 632 (1943)].

işlevi yukarıda sözü edilen kuramların açıklamalarının hepsinden yararlanılarak açıklanmalı ve özgürlük geniş kapsamlı olarak korunmalıdır.<sup>66</sup>

Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre<sup>67</sup>, tek tek kuramlardan hiçbiri böylesi karmaşık bir değerler bütününe geçerliliğini açıklayamaz ve tek başına düşünce özgürlüğüne geniş bir koruma sağlayacak ölçüde işlev atfedemez.<sup>68</sup> Örneğin Emerson'a<sup>69</sup> göre düşünce özgürlüğünün altında yatan temel dört değer bireysel olarak kendini gerçekleştirmenin güvence altına alınması ("assuring individuals self-fulfillment"), doğrunun bulunmasına hizmet ("promoting discovery of truth"), toplumun tüm üyelerinin karar alma sürecine katılımı ("providing for participation in decisionmaking by all members of society") ve tartışma ve farklılıkların uzlaşması yoluyla toplumsal istikrarın sağlanmasıdır ("promoting social stability through discussion and compromise of differences").

Başka bazı yazarlar bu değerleri türlü açılımlar içinde söz konusu olabilecek noktalara indirgeme taraftarıdır. Bu yolla düşünce özgürlüğünün kapsamı ve ağırlığı sınırlanmaktadır. Bir görüşe göre<sup>70</sup>, Anayasal gelişimin ışığı altında düşünce özgürlüğünün çekirdeğinde korunması gerekli

alan olarak siyasal ifadelerin bulunduğu kabul edilmelidir. Aynı biçimde sınırlamanın sınırlamasının temel ilkelerini de düşünce özgürlüğünün işlevini açıklayan bu kuramlara göre biçimlendiren çözümlenmeler mevcuttur.<sup>71</sup>

Meiklejohn'a göre düşüncenin ifadesi halkın kendi kendini yönetmesi ("self-governance") ile ilgili ise onun mutlak olarak korunması gerekmektedir. Çünkü yalnız bu tür bir düşünce açıklaması kamuya aittir, bir tür kamu malıdır. Buna karşılık, özel amaçlar için yapılan düşünce açıklamaları, yalnızca özel bir menfaate dayanır ve ABD Anayasası'nın, düşünce özgürlüğünü güvence altına alan 'Birinci Ek Madde'sinin öngördüğü korumadan mutlak olarak yararlanamazlar.<sup>72</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi bu düşüncelerin ötesine geçmekte ve eklektik bir anlayışla yalnızca siyasal değil başka işleve sahip düşüncelerin de düşünce özgürlüğünü güvence altına alan Birinci Ek Maddenin koruması altında bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme yine de Meiklejohn'un düşüncelerini paylaşır biçimde Birinci Ek Maddenin ana amacının, özellikle devletin idaresi ile ilgili meselelerin özgürce tartışılması olduğuna işaret etmektedir:

*"Hiç şüphe yok ki Birinci Ek Maddenin temel amacı hükümet meseleleri hakkındaki özgür tartışmaları korumaktır. ...Ancak önümüze gelen olaylarda verdiğimiz kararlarımız, hiç bir biçimde, sınırlayıcı bir sayma olmamakla beraber, felsefi, toplumsal, sanatsal, ekonomik, yazınsal ya da ahlaki konulardaki ifadelerin Birinci Ek Maddenin tam korumasını görmeyeceğini ima etmemiştir..."<sup>73</sup>*

ABD öğretisinin bir bölümü "siyasal" kavramını sözcüğün ilk planda anlattığından daha geniş tanımlama eğilimindedir. Bu öğretiye göre düşüncenin ifadesinin, hatta gerçek dışı iddiaların da korunması, düşünce pazarında türlü düşüncelerin çarpışması yoluyla gerçeğe ulaşılması ("ascertainment of truth") için zorunludur.<sup>74</sup>

66 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01 (1), S. 3-6 (1994).

67 Smolla, düşünce özgürlüğü korumasının belli temel değerlere hizmet ettiğini şu sözlerle açıklamaktadır: Kendini gerçekleştirme veya her bireyin kendi karakterini ve bir insan olarak potansiyelini geliştirme hakkı; çok geniş bir fikir yelpazesinde özgür ve yoğun bir fikir alışverişi yoluyla bilginin geliştirilmesi ve gerçeğin bulunması; gerçekleşmesi için hem bilgiye ulaşma olanağının hem fikirleri açıklama özgürlüğünün bir ön koşul olduğu siyasal kararlara katılım; fikirlerin açık tartışılması arenasında ihtilafları çözerek istikrarlı bir topluma ulaşmak; siyasal ve yurttaşlık haklarına olan bağlılık" [(RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], 7 (1994)].

68 Birinci Ek Maddeye ilişkin kuramların ayrıntılı tartışması için bkz. F. SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982); Bu eklektik anlayışın yanında çok güçlü bir diğer sav için bkz. Steven Shriffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment*, 78 Nw. U.L. REV. 1212 (1983).

69 T. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION, 6-7 (1970).

70 ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (1960); Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1 (1971); Lillian R. BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle*, 30 STAN. L. REV. 299 (1978).

71 KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989).

72 ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT 88-89 (1948); RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, § 2.04 (1), S. 32 (1994).

73 Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 U.S. 209, 231 (1977).

74 "Düşünce pazarı" mecazi ilk olarak Yargıç Holmes'un Abrams v. United States (250 U.S. 616, 630 (1919) kararındaki çoğunluk gerekçesinde ("opinion") ifade edilmiştir (krş. Scanlon, *Freedom*

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlarına dayalı olarak, yazarlar tarafından türlü biçimlerde savunulan bir başka görüşe göre ise düşünce özgürlüğü kişinin kendini gerçekleştirme için zorunludur. Bu yorum, kişinin diğer kimseleri ikna etme yolunda serbestçe düşüncesini ifade etmesinin, onun "kendini" ("self") ifade etmesi ve özgürlüğünü geliştirmesi demek olacağını anlatır.<sup>75</sup>

Kendini ifade etme kavramının yanında "kendini gerçekleştirme" ("self-realization) kavramı da kullanılmaktadır.<sup>76</sup> Buna göre düşünce özgürlüğü, bireyin kendi gücünü ve yeteneklerini geliştirme-sini ve kendi kaderini ilgilendirecek konularda kendinin karar vermesini olanaklı kılmaktadır.

Smolla'nın aşağıdaki açıklamalarına katılmamak elde değildir:

*"Bugün bizim bildiğimiz düşünce özgürlüğü hukuku çoğu zaman Homse'cu bir özgürlükçülük ("libertarianism") ve Meiklejohn'cu bir toplumculuğun ("communitarianism") kimi zaman düşünce pazarı<sup>77</sup> ("market place") metaforunun kimi zaman toplantı ("meeting") metaforunun egemen olduğu tuhaf bir karışımıdır."*<sup>78</sup>

of Expression and Categories of Expression, 40 U. Pitt. L. Rev. 519 (1979). Bu kuram bazı eserlerde ayrıca işlenmiştir [Baker, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA L. REV. 964, 967-74 (1978)].

<sup>75</sup> Baker, *Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment*, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1982); Baker, *Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982).

<sup>76</sup> Martin Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982).

<sup>77</sup> Justice Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Justice Holmes'un karşı oyu ("dissenting opinion")):

*"Bir düşüncenin ifadesinin cezai takibata uğratılması bana tamamen mantıklı geliyor. Görüşlerinize dair hiçbir şüpheniz yoksa ve belirli bir gerçeğin koşulsuz geçerliğini vurgulamaya çalışıyorsanız amaçlarınızı doğrallıkla yasalarınızla ifade edersiniz ve muhalefeti bir kenara itersiniz. Muhalif ifadeleri serbest bırakmak sizin ifadenin etkisiz olduğunu düşündüğünüze işaret olabilir, -tıpkı birinin daireyi kare yaptığını iddia etmesi gibi- ya da sizin kendi gücünüzden ya da görüşlerinizin temellerinin geçerliğinden şüphe ettiğinize işaret edebilir. Ama insanlık birçok mücadelecini nancin yıkıldığını açık olarak gördükten sonra kendi yaklaşımlarının temelinden daha fazla, nihai iyiliğin fikirlerin özgürce alışverişinden doğacağına, bir fikrin doğruluğunun en iyi denetiminin herkese açık pazarda rekabet içinde ikna etme gücü olduğunu ve bu gerçeğin insanların kendi isteklerini gerçekleştirmek için tek temel olduğunu görmeye başlayacaktır. Bu her durumda bizim anayasamızın temelidir".*

<sup>78</sup> RODNEY A. SMOLLA: SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, § 2.04(1), S. 36 (1994).

Düşünce özgürlüğünün işlevine ilişkin olarak çoğu yaklaşımda önemle vurgulanan husus, devletin varlığının nedeninin halka hizmet olmasıdır. Bu ödevi, devlet ancak halkın özgür olduğu bir ortamda gerçekleştirebilir. Böylece özgürlüklerin, özellikle düşünce özgürlüğünün faydacı bir anlamı olduğunu görüyoruz. İstikrarlı bir yönetim ve özgürlüklerin koruma altına alınması arasındaki karşılıklı etkileşim bu anlamı daha da iyi açıklamaktadır.<sup>79</sup> Devlet özgürlükçü demokratik bir siyasal gerçekliği güvence altına aldığı oranda güvencedir:

*"Bağımsızlığımızı savaşarak kazananlar, devletin nihai amacının insanları kendi yeteneklerini geliştirmek için özgür kılmak olduğuna ve devletin yönetiminde akliselim güçlerin keyfi güçlere baskın çıkması gerektiğine inandılar. Özgürlük düşüncesine hem nihai bir amaç olarak hem de devletin nihai amacının bir aracı olarak büyük değer verdiler. Özgürlüğün, mutluluk için bir anahtar olduğuna ve cesaretin de özgürlük için bir anahtar olduğuna inandılar. İnsanın istediği gibi düşünmesi ve düşündüğü gibi de konuşmasının siyasal gerçekleri keşfetmek ve yaymak için vazgeçilmez olduğuna, özgür konuşma ve toplantı olmadan tartışmanın yararsız olduğuna, ancak özgür konuşma ve toplanma yolu ile tartışmanın, normal olarak, kötü ve zararlı bir doktrine karşı bir koruma ortaya koyabileceğine, özgürlüğe karşı en büyük tehdidin, hareketsiz bir halk olduğuna, kamusal tartışmanın herkesin siyasal ödevi olduğuna ve bunun Amerikan yönetiminin temel ilkesi olması gerektiğine inandılar. Tüm insani kurumların karşısına çıkabilecek risklerin varlığını da kabul ettiler. Ama bildikleri; düzenin, yalnızca, kendisini bozmaktan ötürü cezalandırılmak korkusunu yaratmakla korunamayacağı, düşüncenin, umudun ve tasarlanmanın, hayal kurmanın cesaretini kırmanın tehlikeli olduğu, korkunun baskıyı doğurduğu, baskının nefreti doğurduğu, nefretin istikrarlı bir yönetime tehdit oluşturduğu, güvenliğe giden yolun, tahmini kötü oluş ve durumları ve bunlarla mücadelede etkili oldukları savunulan araçları özgürce tartışabilmek olduğu ve kötü düşüncelere karşı en uygun çözüm aracının iyi düşünceler olduğu idi. Kamusal tartışmalarda ifade edildiği ölçüde aklın gücüne inarak, gücün kendini en kötü bir biçimde ortaya*

<sup>79</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Yargıç Brandeis'in -concurring- katılan oyu).

*koyması demek olan yasalarca zorlanmış bir suskunluğu önlemeye çalıştılar. Arada sırada ortaya çıkan ve çoğunluklar üzerinden işleyen tiranlıklar tehlikesini görerek ve tanıyarak Anayasayı özgür düşüncenin ve toplantının korunması yönünde değiştirdiler.”<sup>80</sup>*

Bu anlayıştan yola çıkılan ABD’nde, düşünce özgürlüğünün ‘ faydaları’, her türlü düşünce açıklamasının korunmasını gerektirebilecek ölçüde genişletilmiştir.

## 5. Düşünce Özgürlüğü Güvencesi Getiren Birinci Ek Maddenin Koruma Alanı ve ABD Yüksek Mahkemesi Tarafından Koruma Alanı Belirlenmesinin Dinamik Niteliği

Birinci Ek Maddenin koruma alanının baştan itibaren genel olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu alan zaman içinde artan ölçüde genişlemiş ve hala da genişlemektedir. Buna karşın Yüksek Mahkeme’nin belirli olay örgülerinde kullandığı doktriner ölçütler, Birinci Ek Maddenin koruma alanına giren düşünce açıklamaları ile Birinci Ek Maddenin koruma alanına girmeyenlerin ayrılmasını mümkün kılmaktadır.

Bugün sansür ve düşünce açıklandıktan sonra gündeme gelen diğer yaptırımlar arasındaki ayrımın eskisinden çok daha az önemi vardır. Ancak, Birinci Ek Maddenin, bugün, yalnızca sansür için değil, daha sonraki yaptırımlar için ve sadece siyasal düşünce açıklamaları için değil, tüm düşünce açıklamaları için de uygulanacağını anlatan kuramın bütünü ile kabulü (bu kabulün ilk işaretleri Yüksek Mahkeme’nin Birinci Dünya Savaşını takip eden içtihatlarında görülmüş olsa da), nispeten yenidir.

Bugün, koruma alanının dinamik bir karakteri olduğu kabul edilmektedir. Çünkü Yüksek Mahkeme sık sık eskiden koruma alanı dışında gördüğü açıklamaları koruma alanı içinde görebilmekte ve onları düşünce açıklaması olarak kabul etmektedir.<sup>81</sup> Kategorik olarak kesin bir alan

<sup>80</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Yargıç Brandeis’in katılan oyu). Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararları genelde hukuksal çözümlerinin yanında bir tür bildirge niteliğindeki oldukça “retorik” ifadeleri de içermektedir.

<sup>81</sup> “Hakaret, müstehcenlik ve savaşan sözcükler” (“defamation, obscenity, and fighting words”) hakkında Yargıç Scalia, bunların Anayasal korumaya tamamen yabancı kalmadığını (“not entirely invisible to the Constitution,”) ifade etmiş, ancak anayasal olarak yasaklanabilir içeriklerinden dolayı düzenlenebilmelerinin Birinci Ek Maddeye uygun olduğunu belirtmiştir (112 S. Ct. at 2543).

belirlemek bu nedenle zor olmaktadır. Avrupa Anayasa hukuku düşüncesinde de koruma alanı belirlenmesinin dinamik yönü “Karşı-Kavram” kuramı içinde belirtilmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemeleri, belirli nitelikteki düşünce açıklamalarını koruma alanı dışında görebilmekte ancak zaman içinde bazı kavramları da bu alanın dışına çıkarmakta, yani yeniden koruma alanı içinde almaktadır.<sup>82</sup>

Amerika Birleşik Devletleri’nde aşağıdaki fiiller genel olarak düşünce özgürlüğünün koruma alanı içinde görülmektedir: *düşünce* (“thought”) ve *düşüncenin ifadesi* (“speech”). İfade ise *konuşma* (“speech”), *basın, dernek* (“assemble and association”), *dilekçe haklarını* içermektedir. Bu noktada hem *dar anlamda ifade* [düşüncenin açıklanması: değer yargıları (“opinion” ve “facts”)]<sup>83</sup>, *konuşmama, açıklama yapmama* (“non speech”)<sup>84</sup>, *sadakat yemini verme işlemlerinin reddi* (“refraining from loyalty oaths”)<sup>85</sup>, *tahrik, teşvik, tasdik fiilleri* (“advocacy”), *reklam* (“advertisement”)<sup>86</sup>, *bölücü ve yıkıcı propaganda* (“Seditious Speech”)<sup>87</sup>, *muhababında ya da toplumda infial uyandıracak konuşmalar* (“Fighting Words and Other Threats to the Peace”)<sup>88</sup>, *Gruplara toplu hakaret* (“Group Libel”), *kin ve nefrete tahrik* (“Hate Speech”)<sup>89</sup>, *hakaret ve sövme* (“Defamation”)<sup>90</sup>, *özel yaşamın ihlali* (“invasion of privacy”)<sup>91</sup>, *sırların ifşası* (“Publication of Legally Confidential Information”)<sup>92</sup>, *pornografi* (“pornography”)<sup>93</sup>, *müstehcen olmayan ancak cinsel olarak tamamen açık saçık ve ah-*

<sup>82</sup> Roman HERZOG: in: Maunz, Theodor, Dürig, Günter u.A.: Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-11, München 2001, Art. 5 Abs. I, II.

<sup>83</sup> [Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 339 (1974) (“under the First Amendment there is no such thing as a false idea”); Greenbelt Cooperative Publishing Ass’n v. Bresler, 398 U.S. 6 (1970)].

<sup>84</sup> Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).

<sup>85</sup> Connell v. Higginbotham, 403 U.S. 207 (1971).

<sup>86</sup> Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm’n, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>87</sup> Brandenburg v. Ohio.

<sup>88</sup> 112 S.Ct. 2543 (1992)].

<sup>89</sup> R.A.V. v. City of St. Paul, R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S.----, 112 S. Ct. 2538 (1992).

<sup>90</sup> New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>91</sup> Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967).

<sup>92</sup> Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

<sup>93</sup> Miller v. California, 413 U.S. 15, 25-28 (1973); Hamling v. United States, U.S. 87, 114 (1974).

*laka aykırı ifadeler* ("Nonobscene But Sexually Explicit and Indecent Expression")<sup>94</sup>, *bir örgüte üyelik* (membership in an organisation)<sup>95</sup>, *haberleşme* ("communication")<sup>96</sup>] hem de "speech plus" adı verilen konuşmayı aşan (*gösteri* ("Demonstrating")<sup>97</sup>, *boykot* ("Boycotts")<sup>98</sup>, *protesto amacı ile oturma ve yolları tıkama, yürüme* ("Picketing and Parading")<sup>99</sup>, *ilan ve bildiri dağıtma* ("Leafleting and Handbilling")<sup>100</sup> ve *benzeri fiiller, taşıt aracından megafonla ilan yapma* ("Sound Trucks")<sup>101</sup>, *gürültü yapma* ("Noise"), *kapı kapı dolaşıp dert anlatma ya da ikna* ("Door-to-Door Solicitation")<sup>102</sup> fiilleri ve *sembolik ifade* ("Symbolic Speech")<sup>103</sup> adı verilen" fiillerin Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesinin (First Amendment) koruması altında olduğu kabul edilmiştir. Şüphesiz özgürlüğün koruma alanı içinde olmak demek her koşulda korunmak ya da hiç

94 *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212-14 (1975).

95 *Scales v. United*, 367 U.S. 203 (1961); *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).

96 *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965).

97 "[b]u olayın koşulları [Birinci Ek Maddede sayılan] temel hakların en bakir ve klasik biçimiyle kullanılmasına ilişkindir ("[T]he circumstances in this case reflect an exercise of these basic [First Amendment] constitutional rights in their most pristine and classic form.") *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 235 (1963).

98 *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* [(458 U.S. 886 (1982)): "[I]fade ... sırf başkalarını zor duruma düşürdü ya da onları harekete geçmeye itti diye korunma özelliğini yitiremez "[S]peech does not lose its protected character . . . simply because it may embarrass others or coerce them into action." (a.g.y., 910).

99 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941); *Kunz v. New York*, 340 U.S. 290 (1951); *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268 (1951).

100 *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444 (1938).

101 *Saia v. New York*, 334 U.S. 558, 561 (1948).

102 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

103 *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); "Sit-ins" ve "stand-ins" hakkında bkz. *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131 (1966); "Mahkemenin defaatle ifade etmiş olduğu gibi, bu haklar sözlü ifade ile sınırlı değildir. Bunlar, protestocunun içinde bulunmaya her türlü hakkı bulunduğu yerde, kamusal tesislerdeki anayasaya aykırı ırklar ayrımını, şüphesiz sessiz ve kınayıcı bir varlık gösterme yoluyla barışçı ve düzenli bir şekilde protesto etmek hakkını da içeren uygun eylem tiplerini de kapsar ("As this Court has repeatedly stated, these rights are not confined to verbal expression. They embrace appropriate types of action which certainly include the right in a peaceable and orderly manner to protest by silent and reproachful presence, in a place where the protestant has every right to be, the unconstitutional segregation of public facilities."), S. 141-42; bkz. *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157, 185, 201 (1961).

bir şekilde sınırlanamamak demek değildir. Ancak Amerika'da düşünce özgürlüğünün kullanım alanlarına göre oldukça incelikli ve geniş bir koruma alanı mevcuttur.

Müstehcenlik, ilk etapta tanımı gereği ("by definition") koruma alanı dışında ("outside the coverage of the First Amendment<sup>104</sup>") görülmüştür. Tanımın daraltılması sonucunda pornografi genel koruma görür hale gelmiştir. Aslen Amerika'da "obscenity" (ahlaksız, rahatsız edici ya da iğrenç ve açık seçik cinsellik istismarı) ile "pornography" (izleyende cinsel tahrik yaratma amaçlı açık seçik ifade ve görünüm) arasında bir ayrıma gidilmekte ve pornografi korunurken "obscenity" koruma alanı dışında görülmektedir. Ancak "çocuk pornografisi" ("Child Pornography") denilen ve çocukları cinsel obje olarak gösteren yayın ve filmler bütünü ile koruma alanının dışındadır. *New York v. Ferber*, pornografinin, kısmen Birinci Ek Maddenin korumasını görmediğini ve içeriğine dayalı olarak yasaklanabileceğini kabul etmiştir.<sup>105</sup>

Özellikle çocuk pornografisinin neden koruma görmemesi gerektiği, yukarıda anlatılan Birinci Ek Madde kuramının bütünü göz önüne alındığında açık olarak görülmektedir. Özgürlüklerin bir işe yaraması, bir amacı gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerekir. Amaçsız bir yaşam gerek birey için gerek toplum için düşünülemez. Amaç, siyaseti değiştirmek olabilir, doğruları dile getirmek ya da yanlışla işaret etmek olabilir, kendini gerçekleştirmek olabilir. Çocuk pornografisinin, bu amaçlardan hiçbirini yerine getiremeyeceği açıktır, belki 'eğlence' yolu ile 'kendini gerçekleştirme' söz konusu olsa da bu noktada amacın içeriğinden öte bir de amaç sahibi olabilmek bakımından yetki sorunu söz konusudur. Özgürlükçü bir dünyada kimse, aksini isteyen başkalarını rıza dışı (bu bakımdan reşit kadınların pornografiye zorlanması ve bunların gösterilmesi de koruma görmemelidir) ya da karar veremeyecek durumda olanları kullanarak bir amaç gerçekleştirdiğini ve bunun tanınması gerektiğini ileri süremez. Bu noktada, özellikle çocukların korunması, çocuğun beden-sel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verilmemesi ve

104 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), bugün Yüksek Mahkeme, bunların "Anayasanın görüş alanının tamamı ile dışında olmadıkları" ("not entirely invisible to the Constitution") kabul etmektedir (R.A.V., 112 S. Ct. at 2543).

105 458 U.S. 747, 763 (1982).



çocukları pornografik obje olarak kullanmanın çok ağır bir suç oluşturabileceği ortadadır. Bu bakımdan çocuk pornografisinin, özellikle canlı çocuklar üzerinde olan kısmının hiç bir biçimde koruma alanı içinde olmayacağı açıktır. Peki ya çizgi film şeklinde ya da bilgisayar oyunu biçiminde şiddetin vahşetin, kadınlara ve çocuklara tecavüzün gösterildiği durumlar nasıl değerlendirilecektir? Amerikan hukuku bakımından bu değerlendirme kolay değildir ve kuramsal olarak kabul edilen bunların belirli ölçüde Birinci Ek Maddenin koruması alanına girdiğidir. Yeni teknolojik gelişmeler tartışmaya yeni boyutlar katmıştır. Çok gelişmiş yazılım programları ile "insan" görünümüleri herhangi bir kaynak insan olmadan da elde edilebilmekte ya da "morphing" (metamorfozdan türetilmiştir) adı verilen teknoloji ise bir kaynak bütünü ile başka bir şekilde imaj haline getirilebilmektedir. "Virtual child pornography" adı verilen sanal çocuk pornografisinin Birinci Ek Madde koruması görüp görmeyeceği bu bağlamda oldukça tartışmalıdır.<sup>106</sup>

Önceleri "kavgacı sözcükler" ("fighting words") denen ve muhatabında şiddetli infial yaratacak ifadelerin de Birinci Ek Madde koruması dışında olduğu ve müstehcenlikle bu bakımdan aynı kaderi paylaştığı kabul ediliyordu.<sup>107</sup> Belirli toplumsal gruplar içinde yaşayan kimselerin ait oldukları grubun ahlak normları içinde çok ağır bir saldırı olarak düşünebileceği ve hissedebileceği ve mecazi bir ifade ile duydukları anda bu sözleri sarf edenlere karşı "tekme ile karşılık verebilecekleri" "dövüşen sözler" in Birinci Ek Maddenin koruma alanında bile görülmeden yasaklanabileceği ya da cezalandırılacakları kabul ediliyordu. Ancak, daha sonra böyle sözlerin bile Birinci Ek

Maddenin görüş alanının tamamı ile dışında olmadıkları ("not entirely invisible to the Constitution") kabul edilmiştir.<sup>108</sup>

Bu kabulde şüphesiz Amerikan sözlü kültüründe yıllar içinde olan önemli değişimin rol oynadığını söylemek yanlış olmaz. Bugün ülkemizde de gözlemlediğimiz bu gelişim iki temel toplumsal-kültürel sütuna dayanmaktadır. Birinci dayanak, yazılı kültürün gelişmesi, bunun da ötesinde, yazılı da olsa söylenen sözlerin yöneldiği kimseden çok sahibini ilgilendirdiği duygusunun toplum yaşamında yaygınlaşması nedeni ile sözün eskisinden daha az etki yapıyor olmasıdır. "Kötü söz sahibinindir" ya da "hakaret eden ne kadar azizse hakaret de o kadar azizdir" gibi sözler eskiden beri söylenegelse de özellikle günümüz toplum yaşamında ciddi bir anlam kazanmışlardır. Gerçek olan, herkesin herkesi karalayabildiği, karalamalara şüphe ile bakıldığı ve kaynakların çeşitli ve şaibeli olduğu dünyada kimsenin söylenen sözlere aldırmadığıdır. "Laf-ı güzaf" deyişi bunun Türk toplumu için en iyi ifadesidir.

İkinci dayanak ise birincisinden daha da ilginç bir dayanaktır. Modernleşme hatta post-modernleşme ve kast ya da toplumsal kültürel hiyerarşik grupların ve bu gruplara mensup kimselerin iç içe geçmesi ile "adap" kavramı da yeniden tanımlanmaya ve özellikle adaba aykırı söz ve hareketlerin tanımı daralmaya başlamıştır. Gelişen hızlı yaşam temposu içinde çok çeşitli toplumsal tabakalar içinde çok rollü olarak yaşayan insanlar bir tür "küfür kültürü" geliştirmişlerdir. Bu kültürün özelliği eskiden küfür olarak kabul edilen sözlerin, geleneksel kültürde "ağır laflar" olarak kabul edilen sözlerin bugün artık cümleleri süsleyen bir "renk" olarak kabul edilmesidir. Kadının geleneksel rollerinden kurtulması, erkeklerin de, eskiden aralarında gizli saklı yürüttükleri bu küfür kültürünün artık uluorta açığa çıkmasına yol açmıştır. Çok rollü ve farklı değerleri içselleştirmiş birden fazla toplumsal tabakada etkinlik gösteren modernite-ötesi insanları, çoklu rollerinin ve farklı farklı değerlerin motive ettiği bir 'rahatlık' içinde "konuşmaya" başlamışlardır. Bu noktalarla bağlantılı bir başka nokta da, belki dilbilimcilerin daha iyi anlatabileceği bir olgudur. Hoş olmayan bazı durum, eşya ve konuları tarif eden sözcükler zaman içinde "eskimekte" ve "kaba" görülmeye

106 Ashcroft v. The Free Speech Coalition United States Davası'nda (122 S. Ct. at 1405) 9. Federal Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeal) sanal çocuk pornografisini yasaklayan bir federal yasayı Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu konuda son kararı, mahkemenin kararını görmeyi kabul ("writ of certiorari") kararı çıkararak inceleyen ABD Yüksek Mahkeme vermiş ve sanal çocuk pornografisinin, gerçek pornografi ile bir tutulamayacağını kabul etmiştir (Bu sorunun tahlili için bkz. Dannille Cisneros, "Virtual Child" Pornography On The Internet: A "Virtual" Victim?, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2002DLTR0019.pdf> Benzer başka mahkemeler bu tip pornografinin anayasaya uygun olarak yasaklanabileceğini kabul etmişlerdi [United States v. Fox, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001); United States v. Mento, 231 F.3d (4th Cir. 2000); United States v. Acheson, 195 F.3d 645 (11th Cir. 1999); United States v. Hilton, 167 F.3d 167 (1st Cir.1999)].

107 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

108 R.A.V. v. 112 S. Ct. at 2543.

başlanmakta ve bunların yerine yenileri önerilmektedir. Yeniler de yerleştikten sonra eskiyip kaba görülmekte ve yerlerine daha yenileri önerilmektedir. Görüldüğü gibi bu sürecin sonu yoktur tuvalet sözcüğü örneğinde görebileceğimiz gibi helâ-tuvalet-wc-lavabo- çizgisi eski söz yine de kaba hale gelene dek sürmektedir. Burada artık eskiden kullanılan ve hiç de yadırganmayan sözleri kullananlar da “bir zamanlar kabul görüyordu, şimdi mi kaba oldu?” diyebilmektedir.

Öte yandan, sadece Amerikan toplumunda görmediğimiz, bizim toplumumuzda da, belki biraz Amerikanizm etkisi ile ivme kazanan gayri resmiliğin ve teklifsizliğin ve kısmen Amerikan filmlelerinin etkisi ile de yaygınlaşan bu “küfür kültürü”ne destek verdiği söylenebilir.

Böyle sözlerin genelde, düşüncelerini başka platformlarda ifade etme olanağını ekonomik, toplumsal ve kültürel olarak bulamamış kimseler tarafından belirli bir öfke ve bu öfkenin dışavurumundan kaynaklanan bir rahatlama beklentisi ile söylendikleri açıktır. Hükümete küfreden bireyin, eleştirmek için başka türlü olanak, platform bulamamış güçsüz birey olduğu unutulmamalıdır. Ve toplum içinde güçsüz bireyin en azından küfürde güç sahibi olmasının, gazeteye yazı yazabilecek yeri ve kültürü bulamayanın tepkilerini bu yolla dile getirmesinin doğallığı kabul edilmelidir.

İkinci nokta, “duygusal konuşma” (“emotional expression”) adı verilen ve entelektüel konuşmanın yaratacağı etkiyi bir anda yaratan bir konuşma biçiminin varlığıdır ve bu biçim dilbilim tarafından da kabul edilmiştir. Şüphesiz, “kaba” bir konuşma kültürünün toplumsal iletişimde, siyasette “norm” olması gerektiğini savunmuyorum ama belirli çevrelerin, aslında çoğumuzun böylesi sözlerin “efendi” konuşmaktan daha fazla bir etki yarattığını, bir duyarlılık oluşturduğunu kabul ettiği açıktır. Bu bakımdan, özellikle aile ve yakın çevre içinde, hatta belirli ölçülerde toplumsal yaşamda böyle sözleri sarf edenlerin de düşünce özgürlükleri bulunduğunu kabul etmek gerekir. ABD’nde bu durum, kamusal alanda yapılan açıklamalar için de geçerli kabul edilmektedir.

Bu aşamada akla gelen soru, “iyi ama başkalarına küfretmeyi koruma altına mı alacağız?” sorusudur. Amerikan anayasal öğretisi ve içtihadının bunu bir dereceye kadar pozitif yanıtlamaktadır. Türk toplumsal siyasal kültürünün bugün hiç

bir biçimde kabul edemeyeceği “Bayrağı ...yim”, “Askerlik celbini ...yim”<sup>109</sup> gibi ifadeler, Yüksek Mahkeme tarafından, düşünce özgürlüğünün kullanımı olarak değerlendirilmiştir.

En başa dönüp özetlemek gerekirse, Yüksek Mahkeme’nin somut olay örgüsü içinde Birinci Ek Maddenin kuramını da göz önünde tutarak söz konusu ifadenin tanımı gereği Birinci Ek Maddenin korumasına girip girmediğine karar vermektedir.<sup>110</sup>

Yüksek Mahkeme, ilk başta bazı düşüncelerin içeriğine ilişkin ikili bir analize (“two tiered analysis”) gidiyor ve tanımsal tartma ya da tanımsal dengeleme (“definitional balancing”) denilen metodu kullanarak Birinci Ek Maddenin koruması içine giren ya da girmeyen ifadeleri belirliyordu. Bu doktrin temelini *Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>111</sup> kararından almıştı. Bu kararda Yüksek Mahkeme “hiç bir fikrin ortaya konmasının temel parçası olmayan ve doğruya ulaşmak için bir adım olmak bakımından hiç bir toplumsal değeri olmayan belirli bazı iyi tanımlanmış ve dar olarak sınırlanmış ifade kategorileri bulunmakta” olduğunu belirtmiştir:

“there are certain well-defined and narrowly limited classes of speech . . . are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth”.

Devlet, bu tip ifadeleri yasaklayabilecek ve bu ifadeleri sarf edenleri de Anayasallık sorunu ortaya çıkmadan cezalandırabilecektir. Eğer ifade *Chaplinsky* kararında ortaya konulan kategoriye dahil ise, yasağın etkileri ne olursa olsun korunmaya değer görülüyordu. İfade eğer bu kategoriye girmiyorsa Anayasal koruma alanına girecek ve bu alanda uygulanan ölçütler izin vermedikçe de sınırlanamayacaktı. Koruma alanına giren ifadeler söz konusu olduğunda kullanılan ölçütler de özellikle ifadenin yaratabileceği zarar tehlikesi (“clear and present danger”) ya da korunan menfaatlerin dengelenmesi (“balancing”) sonucunda karine olarak korunması gereken düşüncenin ifadesinin ancak zorunlu korumaya değer, daha üstün ve öncelikli, zorlayıcı (“compelling”) bir kamu menfaatin ortada olduğunun

<sup>109</sup> Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

<sup>110</sup> Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

<sup>111</sup> 315 U.S. 568 (1942).

belirlenmesi halinde sınırlanabileceğini kabul etmektedir.

Amerikan Anayasa yargısında, çeyrek asra yakın bir süredir, yukarıda anlatılan çift peronlu analizin kaldırılması ya da büyük ölçüde daraltılması yolunda istikrarlı ve ısrarlı bir gelişim söz konusudur. Bu gelişmenin sonucu, önceden koruma alanı içinde görülmemeyen yıkıcı propaganda ("seditious speech", "seditious libel"), "savaşan, meydan okuyan sözcükler" ("fighting words"), hakaret ("defamation") ve müstehcenlik ("obscenity") gibi ifade biçimlerinin, bugün bir ölçüde koruma görmeleridir. Böylece yaratılan koruma dışı kategorilerin içi, sonradan yaratılan koruma içi karşı kategorilerle boşaltılmaktadır. Bunun en iyi örneğini "müstehcen" kavramındaki konum değişimi ve yeni yaratılan "non-obscene child pornography"<sup>112</sup> kategorisi göstermektedir.

Bu gelişme sırasında, tek tek yargıçlar arasında düşünce açıklamaların içeriğine dayalı olarak yapılan yasal düzenlemelerin kabul edilmesi konusunda ve bununla bağlantılı olarak da türlü açıklamaların değerlerine dayalı bir hiyerarşi ("speech values") bulunup bulunmadığına ilişkin görüş ayrılıkları çıkmıştır. Herhangi bir hiyerarşi, bazı düşüncelerin diğerlerinden devlet tarafından daha kolay düzenlenebileceklerini ya da sınırlanabileceklerini kabul eder. Bu hiyerarşik fark tartışması özellikle Birinci Ek Maddenin temsil ettiği değerlerle, gerek Birinci Ek Madde tarafından gerek başka Ek maddeler tarafından korunan diğer toplumsal değerlerle (örneğin adil yargılanma, özel yaşamın gizliliği ("Privacy"), kişilik haklarının ("Reputation") korunması gibi) çatıştığı zaman ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak açıkça tacizkar, vulger ya da vulger şehvet içeren ("lewd") ifadeler Cohen v. California<sup>113</sup> ve Hustler Magazine v. Falwell<sup>114</sup> kararında koruma görmüştür. Kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve tahkir içeren ("profane") ifadeler de aynı şekilde artık koruma alanına girmektedir.<sup>115</sup> New York Times Co. v. Sullivan<sup>116</sup> kararı ise hakaret kurumuna ilişkin Birinci Ek

Madde öğretisinde çığır açan bir karar olmuş ve o da Chaplinsky kararının bir öncel olarak geçerliliğini kendi açısından sona erdirmiş ve hakaret oluşturabilecek ("libelous") ifadeleri de Birinci Ek Maddenin koruma alanı içine çekmiştir. Hâlihazırda Yüksek Mahkeme, bazı sözlerin ve sembollerin mücerret ifade edilmelerinin bir zarar verebileceği gerekçesi<sup>117</sup> ile cezai müeyyide altına alınabileceği görüşünü kararlı bir şekilde reddetmektedir.<sup>118</sup> Chaplinsky formülünün ikinci bölümü de yine Yüksek Mahkeme tarafından oldukça sınırlanmıştır.<sup>119</sup>

## B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzleminde Düşünce Özgürlüğünün İşlevi: Bir ABD - Avrupa Karşılaştırması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uygulanan düşünce özgürlüğü anlayışına da değinmek ve bu çerçevede düşünce özgürlüğünün işlevi tartışmalarının, sınırlar kuramına nasıl bağlandığına işaret etmek istiyoruz.

AİHS'nin 10. maddesi düşüncenin ifadesi özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu madde

(1) *Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak fikir sahibi olma ve kamu otoritesinin müdahalesi olmadan ve ülke sınırı tanımadan enformasyon ve fikir edinme ve verme özgürlüğünü kapsar. Bu madde, devletlerin radyo televizyon yayınlarının ya da film girişimlerinin lisansa bağlamalarını önleyemez.*

(2) *Ödev ve sorumlulukları da beraberinde getiren bu özgürlükler ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ya da kamu esenliği, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının haysiyetinin ya da kişi haklarının korunması, sır oluşturan enformasyonun açıklanmasının önlenmesi, yargının otorite ve bağımsızlığının korunması amacı ile kanunla belirlenen ve demokratik bir toplumda gerekli olan bir takım formalitelere, şartlara, sınırlamalara ya da cezai yaptırımlara tabi tutulabilir hükümünü getirmiştir.*

AİHS'nin 8.ve 10. maddelerinde düzenlenen haklar nitelikli haklardır. Her maddenin ilk fıkrası

<sup>112</sup> Bu sorun Yüksek Mahkeme tarafından henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.

<sup>113</sup> 403 U.S. 15 (1971).

<sup>114</sup> 485 U.S. 46 (1988).

<sup>115</sup> Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

<sup>116</sup> 376 U.S. 254 (1964).

<sup>117</sup> "words..which by their very utterance inflict injury" [315 U.S. 568 (1942)].

<sup>118</sup> Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

<sup>119</sup> Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

kişinin özel yaşamına ve düşünce özgürlüğüne ilişkin geniş bir hak tanımını içermektedir. Devletin bu haklara müdahalesi ancak

- *kanunla düzenlendiği;*

- *meşru bir amacı gerçekleştirmek için olduğu (her maddenin ikinci fıkrası meşru amaçları belirlemiştir);*

- *demokratik bir toplumda gerekli ("acil bir toplumsal gereksinime işaret eden") ve ölçülü (devletin aynı amaca daha az kısıtlayıcı bir şekilde müdahale eden önlemlerle ulaşabilmesinin imkan dahilinde bulunmaması)*

hallerinde kabul edilecektir.

En son koşul Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne, özellikle 10. madde bağlamındaki ihlallerle ilgili en çok getirilen ve tartışılan koşul olmuştur.

Sözleşme ile güvence altına alınan haklarına haksız olarak müdahale edildiğini ya da bunların ihlal edildiğini iddia eden kişiler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açabilirler. Şüphesiz müdahale ile ihlal kavramlarının ayrı-ayrı kavramlar olduğunu bu aşamada ayrıntıları ile açıklamaya gerek yoktur. Müdahale, özgürlüğün koruma alanına girilmesi, ihlal ise, koruma alanına *haksız* olarak girilmesi anlamını taşımaktadır.<sup>120</sup>

Mahkeme "müdahale" kavramını oldukça geniş olarak yorumlamaktadır. Bir ifade nedeniyle cezai kovuşturmayaya maruz kalmanın 10. maddeden doğan özgürlüklere bir müdahale teşkil ettiği artık kökleşmiş bir içtihattir. Yine, bu nedenle cezalandırılmak da aynı 10. maddenin güvence altına aldığı haklara bir müdahaledir. Bir müdahalenin belirlenmesi halinde, sözleşmeye taraf olan devlet, yukarıdaki her bir koşulun müdahaleyi meşru kılacak biçimde somut olayda var olduğunu göstermek zorundadır. Eğer bu koşullar söz konusu değilse bir ihlalin var olduğu belirlenecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetleyici bir yargı yetkisi kullanmaktadır. Bunun anlamı Mahkemenin "...ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi meşru kılmak için gösterilen nedenlerin [müdahalenin] 'gerekli ve yeterli' olup olmadığını"

denetleyecek olmasıdır.<sup>121</sup> Mahkeme, devletlerin bu konudaki nitelermeleri ile bağlı değildir. İstenen meşruiyet ölçütleri çeşitlilik göstermektedir. Özel hayatın mahrem kısımları ile ilgili durumlarda yüksek bir standart ve yoğunlaştırılmış denetim uygulanmaktadır. Aynı durum, yasanın meşru olduğunun ikna edici bir biçimde<sup>122</sup> kanıtlanması gereken ifade hürriyeti bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, müdahale ne kadar ciddi ise (örneğin uzun bir hürriyeti bağlayıcı ceza), meşruiyet standardı da o kadar yüksek olacaktır. Bu mantığın ve genel ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Öte yandan, devletin, sınırlama bakımından özellikle acil (derhal karşılanması gereken) bir toplumsal gereksinim içinde bulunduğunu iddia etmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha düşük bir standardı uygulama eğilimindedir. Şüphesiz Mahkeme, bir devletin yerine geçip onu gereksinimlerini ondan daha iyi takdir edecek konumda değildir. Bu bağlamda, devlete daha çok takdir hakkı ("margin of appreciation") verilmektedir. 1987 tarihli Leander v Sweden kararı, ulusal güvenlik mülahazası bakımından takdir marjı tanıyan bir karara örnektir.

10. maddenin birinci fıkrasıyla garanti altına alınan hak oldukça geniştir. Siyasi bir mesaj vermek amacıyla olan gösterileri de içermek üzere pek çok ifade türünü kapsamaktadır.<sup>123</sup> Siyaset yapma, bilim yapma, sanat yapma, hicvetme, eğlenmek, kendini ifade etmek, ticaret ve reklam, haber ve her türlü iletişimsel biçim ve hali ile maddenin koruma alanı içindedir.

Ancak ifadenin niteliği, koruma rejimini farklılaştırabilmektedir. Siyasal ya da kamusal menfaatler ile ilgili ifadeler en yüksek derecede korunmaktadır. Bunları koruma düzeyi bakımından bilimsel ve sanatsal düşünce açıklamaları takip etmektedir. Son sırada ise ticari düşünce açıklamaları gelmektedir. Mahkemeye göre düşünce özgürlüğü:

"...[demokratik] bir toplumun temel yaşamsal dayanağını, toplumun ve her bireyin gelişmesinin en temel koşullarından birini oluşturur. 10. maddenin ikinci fıkrası düzenlemesi yalnızca memnuniyetle karşılanan ya da zararsız ya da önemsiz olarak addedilen bilgi ve fikirler söz konusu olduğunda değil, aynı zamanda devlete ya da toplumun

<sup>120</sup> Bu yaklaşım suç teorisinde de izdüşümünü bulmaktadır. Gerçekten suç oluşturan fiili işlemek *müdahale* ve bunun hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi de *ihlal* olarak düşünülebilir. Felsefeci Judith Thomson bu kavramları "infringement of a protected interest" ve "violation of a protected interest" olarak ifade etmektedir [Thomson, *Some Ruminations on Rights*, 19 ARIZ. L. REV. 45 (1977)].

<sup>121</sup> *Barthold v Germany* (1985), parag. 55.

<sup>122</sup> *Barthold*, parag. 58.

<sup>123</sup> *Steel a.o. v UK*, 23 September 1998.

herhangi bir kesimine karşı kırıcı, şoke eden ve rahatsız eden, kırıcı ifadeleri de korumaktadır. Bu durum, kendileri korunup kollanmadan hiç bir 'demokratik toplumun' söz konusu olamayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açıkfikirlilik ilkelerinin gerekleridir..."<sup>124</sup>

Bu çerçevede AİHM, ABD'nde düşünce özgürlüğünün işlevi, felsefesini açıklayan *Düşünce Pazarı Kuramı* ("Theory of 'Marketplace of Ideas'"); *İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı* ("Theory of 'the 'Human Dignity and Self-Fulfillment'"), *Demokratik Yönetim Kuramı* ("Theory of 'the 'Democratic Self-Governance'" ve *Çok Yönlü Yaklaşım Kuramı* ("Approach of Multiple Justification") olarak adlandırılabilir kuramlardan<sup>125</sup> özellikle "Demokratik Yönetim Kuramı"na ağırlık vermektedir. Böylece Avrupa sistemi açısından demokratik karar alma sürecine katkıda bulunmayacağı düşünülen düşünce açıklamaları kural olarak koruma görmezken ABD'nde düşünce özgürlüğünün 'faydaları' daha geniş olarak tanımlandığından, bu sürece hiçbir katkı sağlamayan açıklamalar da korunabilmektedir.<sup>126</sup> Bu nedenle Avrupa'da ırkçı ve ayrımcı ifadeler düşünce açıklaması sayılmazken, ABD'nde sayılabilmektedir.

10. maddenin 1. fıkrasına müdahalenin söz konusu olduğu herhangi bir olayı değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

"...birbiri ile çatışan ilkeler arasında bir seçimle değil, fakat dar olarak yorumlanması gereken birçok istisnaya tabi olacak olan düşünce özgürlüğü anlayışı ile... karşı karşıya kalmıştır. Müdahalenin, 10. maddenin 1. fıkrasında belirtilen istisnalar kategorisine dahil olması yeterli değildir. Yine ifadenin konusunun belirli bir kategoriye dahil olması ya da genel ya da mutlak bir yasak içeren kanuna göre yasaklanmış olması da yeterli değildir. Mahkeme, somut olaydaki vakıalar ve koşulları göz önünde tutarak müdahalenin gerekli olup olmadığını tespit etmek durumundadır ve bu yolda ileri sürülen savlar kendisini tatmin etmelidir".<sup>127</sup>

124 *Handyside v UK* (1976) (49).

125 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01 (1), S. 3-6 (1994).

126 ırkçı ve ayrımcı ifadeler, ABD'nde prensip olarak korunmaktadır Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Brandenburg v. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)] ile *R.A.V. v. City of St. Paul* [505 U.S.--, 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 (1992)] adlı kararları.

127 *Sunday Times v UK* (1979) (65).

"Herkesin" düşünce özgürlüğü vardır ve hiç kimsenin fikri diğerinden üstün tutulmamalıdır. Bu alanda imtiyaz tanınmaz ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basının bir demokrasi de oynadığı rolün önemine ısrarla işaret etmiştir. Kamu menfaatlerini gerçekleştirme yolunda enformasyon ya da fikirleri bildirme özellikle basının görevidir. "Kamusal bir gözcü" olarak basının yeri yaşamsaldır. Bu bakımdan basının düşünce özgürlüğüne müdahalelerin bütünü ile meşru olması gerekmektedir ve devletlerin basın yoluyla ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek için tedbirleri alma yolunda "pozitif bir yükümlülüğü" vardır.<sup>128</sup> Aksi kabulü gerektirecek zorlayıcı bir kamu menfaati olmadıkça basın kaynaklarını gizli tutabilmelidir.<sup>129</sup> Strasbourg'da alınan çok sayıda kararlar kamu menfaati yolunda yayın yapıldığında basın özgürlüğünün demokrasilerdeki öneminin altı çizilmiştir. Hem siyasetçilere hem de hükümette yapılan eleştirilere daha geniş bir koruma getirilmesinin gereğinin altı çizilmiştir.<sup>130</sup>

İlkesel olarak 10. maddenin ikinci fıkrası sekizinci maddenin koruma altına aldığı gizli kişisel bilgiyi içerecek şekilde özel hayatı koruma amacı ile ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin vermektedir. Gerçekten düşünce özgürlüğü ile özel yaşamın her ikisi de azami koruma görmesi gereken değerlerdir. Özel yaşamı koruma amacı ile çıkarılan yasaların uygulanmasında, davacı ifade özgürlüğünü ortaya koyduğunda her iki hak arasında uygun bir denge kurulmalıdır. Bu dengeyi kurmak her zaman kolay değildir.<sup>131</sup> Genellikle, iki haktan hangisinin belirli bir durumda öncelik taşıyacağını belirlemek zor olacaktır. Bununla birlikte, bilgi herhalde kamusal alana ilişkinse ve/veya kamunun bu bilgiyi edinmede gerçek bir menfaati varsa ifade özgürlüğünü kısıtlamayı meşru göstermek çok zor olmaktadır. Araştırmacı gazetecilik böyle bir menfaatin kullanılması olabilir. Özellikle *Fressoz and Roire v France* (1999) kararının bu bağlamda altı çizilmelidir.

128 *Özgür v Turkey*, 16 March 2000.

129 *Goodwin v UK* (1996) (para 61).

130 *Sener v Turkey*, 18 July 2000: "...the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician...the dominant position which a government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings...."

131 *N v Sweden* (1986).



### III. Düşünce Özgürlüğünü Güvence Altına Alan Normların Koruma Alanına Giren İfadelerin Tanımlanması Sorunu: Düşünce Suçu Kavramı Perspektifinden "Salt İfade" ve "İletişimsel Eylem" Kategorileri Ayrımı

Düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren fiillerin suç olarak düzenlenmesi zaman zaman, yalın olarak *düşünce suçları* ya da *ifade suçları* olarak adlandırılmaktadır. Oysa "düşünce suçları" ya da "ifade suçları" deyişi, ceza hukukuna özgü bir terim değildir. Anayasal ve anayasalar üstü insan hakları kuramı ve uygulamasından ceza hukukuna devşirilen ve genel olarak, düşüncenin ifadesini içeren fiillerin, *meşru olarak cezalandırılıp cezalandırılmadığı* sorusuna yanıt arayışı içinde ortaya atılan bu terim bazı karışıklıklara da meydan verebilecek niteliktedir.

Yasa koyucu otorite, bazı eylemleri suç olarak kabul ederken, dış dünyada ortaya çıkmış, 'bir şekilde' 'ifade edilmiş' hukuka aykırı fiilleri düzenler. Bir bakış açısına göre cezalandırma hak ve ödevinin, 'çoğunlukların temsilcisi' olan yasa koyucu eliyle meşru zeminde kullanıldığı durumlarda, herhangi bir davranışın, anayasal düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren *dar anlamda ifade* mi yoksa bu koruma alanında olmayan *eylem* mi olduğu sorusunun bir önemi yoktur. Aynı yaklaşım, hangi eylemlerin suç olarak belirlenip hangilerinin belirlenmeyeceği sorusunu, ceza hukuku kuramının dışında, özgürlükler hukuku ışığında, suç siyaseti disiplinin ilgi alanı içinde görür. Yine, suç teşkil eden bir eylemin; söz, yazı vb. araçlarla ile işlenebilen bir eylem olması, onu yasalar çerçevesinde, bedensel güç vb. araçlarla işlenen bir eylemden farklı kılmaz. "Suç, suçtur". Bu görüşü son derece sınırlayıcı bulan yaklaşım ise çağdaş demokratik ceza hukuku sistemlerinde ceza hukukunun da uluslararası ve uluslar üstü anayasal insan hakları ile doğrudan doğruya sınırlandırıldığını savunur. İnsanın en temel haklarına ciddi bir müdahale içeren ceza yasalarının tek sınırının, yasa koyucu çoğunluklar olmadığı açıktır.

Suç, suç ise, genel olarak ifade suçları, düşünce suçları denince ne anlaşılmalıdır? Bu çerçevede öncelikle *salt ifade suçları* adını verdiğim kategori ile *iletişimsel eylem suçları* adını verdiğim kategori arasında bir ayrıma gitmek gerektiğini düşünüyor ve salt ifade suçlarını "anayasal

ve anayasalar üstü insan hakları hukukunun kabul ettiği genel ilkelere göre, düşünce özgürlüğünün koruma alanına girebileceği düşünülen ve özellikle söz, yazı, yayın vb. diğer araçlarla ortaya konan ancak ceza yasasının soyut ya da somut olarak belirlediği belirli bazı zararlı ya da tehlikeli unsurları nedeni ile suç olarak cezalandırılan açıklamalar" olarak anlıyorum.

Ceza yasalarındaki iletişimsel eylem suçları ise, ceza yasasının suç olarak tanımladığı ve genel olarak düşüncenin açıklaması olarak kabul edilmeyen eylemlerin belirli bir düşünceyi ifade etmek için işlenmesi halleridir. Bu gibi durumlarda, yasa koyucu, davranışı, genel olarak, ne amaçla, hangi saikle işlendiğine bakmaksızın cezalandırmıştır. Mala zarar verme eylemi gibi. Bu nedenle, bu gibi suçların düşünceyi ifade etmek için işlenmiş olması, sınırlı durumlar dışında, cezalandırmayı etkilemez. Bir kimsenin otomobilinin üstüne spreyle propaganda yazısı yazıldığını düşünelim. Bu durumda o kimsenin malına kasten zarar verilmiştir ve bu gibi davranışlar, yazı yazılmasından ve yazının içeriğinden bağımsız olarak cezalandırılmaktadır. Ancak bazı eylemler, sadece, iletişimsel yönlerinin "sakıncalı" kabul edilmesi nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, iletişimsel eylemler, düşünce özgürlüğü koruması bakımından, özellikle, iletişimsel yönleri esas alınarak ceza yaptırımı konusu yapılmışlar ise oldukça tartışmalı hale gelirler. Bir ülkenin bayrağını yakmak, sakıncalı görülen gayri resmi bir bayrağı sallamak, pankart asmak, oturma eylemi yaparak trafiği kapatmak, çevreye zararlı atık yüklü trenlerin geçişini engellemek için rayların üstünde beklemek, açlık grevi yapmak gibi. Bu gibi eylemlerin, demokratik sivil toplum mücadelesi yürüten pek çok siyasal ve toplumsal grupça yapılageldiği bilinmektedir. Bu anlamda, ceza yasasında yazılı her suç, iletişimsel bir eylem biçiminde işlenebilirse de bu suçlardan bir kısmı sınırlı koşullar altında düşünce özgürlüğünün koruma alanına girebilir.

Öte yandan, birçok çok farklı suç; söz, yazı, görsel bazı işaretler, jestler vb. *dar anlamda ifadelerle* işlenebilir. Örneğin "karşılıksız çek yazmak" da yazılı bir *ifadede* bulunmaktadır. Hatta salt ifadede bulunmaktadır. Sahte evrak tanzim etmek, özünde yazılı bir *ifadedir*. Bu gibi eylemlerin, düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren eylemlerden önemli bir farkı, ilgili hükümlerde yer alan "belge"

kavramının işlevi (düşünce ve fikir alışverişi dışındaki "özel" hukuksal durumlara özgülenmiş olmaları), *niteliği*, *tanımlanan hareketin içeriği* ve eylemde bulunanın *amacıdır*. Anayasa "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir" hükmünü (m. 26) öngörmektedir. Şüphesiz, düşünce ve kanaatlerini açıklamak demek, yapılan açıklamaların, *düşünce ve kanaat* açıklaması olması demektir (örneğin alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde sanki mevcutmuş gibi borçların artmasına sebebiyet vermek deşil).

Bu anlamda bir yazının hiçbir fikir açıklamadığı durumlar söz konusu olabilirken (karşılıksız çek yazmak), bedensel bir eylem (bayrak sallamak) bir fikir açıklayabilir. Demek ki düşünce özgürlüğü, kavramsal olarak hem eylem özgürlüğüdür, hem de söz, yazı vb. araçlarla ortaya konan bir oluş biçimi/ ifade özgürlüğüdür. Bu savımız, dış dünyada somut değişiklik yapma amacıyla sarf edilen, -örneğin komünist düzenin kabul edilmesi yolunda propaganda oluşturan- ifadelerin, ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında olduğu anlamına alınmamalıdır. Söz konusu olan ifade şekli ne olursa olsun, ister söz ya da yazı, isterse eylem olsun, asıl olan bir "fikri" açıklamasıdır. Karşılıksız çek yazan kimse hiçbir fikri açıklamamaktadır, oysa komünizm propagandası yapan kimse bir fikri de (komünizmin iyi bir yönetim olduğuna olan siyasal inancını) açıklamaktadır. Fakat bu bağlam içinde düşünülmemesi gereken bir tuzak da vardır. Bir kimse bir fikir açıklamak (örneğin çek yasasını protesto etmek) için de karşılıksız çek yazabilir. İşte o zaman, eylemi iletişimsel eylem haline gelebilir ve duruma göre düşünce özgürlüğünün koruma alanı içine girebilir. Eğer yaptırımcı otorite, bu davranışı, örneğin ticari düzenin sağlıklı işlenmesi meşru nedenine dayalı olarak değil de salt protestoyu engellemek amacı ile bastırmaya çalışıyorsa. Bayrak yakmak örneği de paralel bir örnektir. Bayrağın yakılması, mala zarar veremeyi ya da yangın tehlikesi çıkarmayı önlemek için değil, salt içeriğindeki protestoyu bastırmak için cezalandırılmaktadır. O halde bayrak yakmak da düşüncenin ifadesidir.

Salt ifade eylemlerinin ifade özgürlüğünün koruma alanına girip girmediği sorusuna yanıt ararken hem ifadede bulunanın o ifade ile doğurmayı kastettiği sonucu ve sarf ettiği ifadesiyle

düşünsel ilişkisi, hem de ifadeyi sınırlayan yasa koyucunun, ifadenin hangi yönü ile ilgilendiği göz önünde tutulmalıdır. Bu değerlendirmede bize ışık tutacak olan felsefe, ifade özgürlüğünün, demokratik karar alma sürecini kolaylaştırması, gerçeğin aranmasına hizmet etmesi ve bireyin kendini ifade ederek mutlu olması yolundaki önemli işlevlerini anlatan kuramlardır.

Yukarıda, 'geçici-işlevsel' tanımlarını verdiğim bu kategorileri birbirinden 'pratik olarak anlamlı' biçimde ayırmak görüldüğünden daha güçtür. Örneğin "oturma eylemi", "pankart asmak veya taşımak", "bayrak sallamak", "bayrak yakmak", "açlık grevi yapmak" vb. eylemler de görünüşte, *salt hareket* olarak algılanabilirken, bir kimse- nin bir düşünceyi savunma itkisi ile bu eylemlere girişmesi değerlendirmeyi zorlaştırmaktadır. "*Hapishanelerde açlık grevi yapma eylemleri*" ilk bakışta ifade özgürlüğünün koruma alanına giren bir düşünce açıklaması sayılmayabilir. Ancak bir protesto eylemi olarak herhangi bir gösteri yürüyüşünden amaçsal ve işlevsel farkı olmayan eylemlerdir. Kimi açlık grevlerinde, özellikle bir durumu protesto ya da siyasal bir amaca ulaşma amacı ile yapılanlarında, tehdide benzer bir hal olsa da, zararın yöneldiği kimse protestocunun bizzat kendisi olduğu için açlık grevi suç olarak kabul edilmemiştir. Yine örneğin bir kimse, "yanlış alarm" vererek, kendi düşüncesine göre, güvenlik güçlerinin zayıf yönlerine dikkati çekmek istiyor olabilir. Bir başka kimse, sağlık sistemindeki çarpıklığa işaret etmek için, hasta olmadığı halde acil ambulans çağırıp ambulansın geç gelişini ya da müdahale etmekteki yetersizliğini belgeleyebilir. Evsizliği protesto için gruplar halinde sokaklarda çadır kuranlar olabilir. Nükleer atıkların taşınmasını protesto için tren rayları kapatılabilir. Esnaf, siyasal protesto amacıyla kepenklerini kapatabilir, boykot yapabilir. *Sivil itaatsizlik* adı da verilen bu örnekler, ifade özgürlüğü koruması bakımından tartışma yaratan iletişimsel eylem kuramı çerçevesinde değerlendirilir. Başbakana yumurta atmak gibi bir iletişimsel eylemin de düşünce özgürlüğüne sıkı sıkıya bağlı olduğu bilinmelidir. Bu çerçevede, yumurta atmak ile "suikast girişiminde bulunma"nın aynı kefeye konulamayacağı fikrindeyiz.

İletişimsel eylemlerin, salt eylem oluşturulan diğer davranışlardan önemli farkları vardır:

İletişimsel eylemlerin yol açtığı zararlar görece küçüktür, hatta ihmal edilebilir zararlardır (ya da açlık grevindeki gibi zararın bizzat protestocunun kendisine yönelirler), eylemle verilmek istenen bir mesaj vardır ve otoriteler bu eylemleri sırf vermek istedikleri mesajı gözeterek bastırmaya çalışmaktadır. Örneğin on kişi üniversitenin kapısında “öylesine” oturlarsa bir sorun çıkmaz, ama aynı on kişi üniversite kapısı önünde bir durumu “protesto etmek için” oturlarsa sorun çıkabilmektedir.

İletişimsel eylemlerin *iletışimsel yönleri gözetilmeden* sınırlandırılması mümkündür kanısında. Örneğin amfi kapısının önünde, dersi engelleyecek biçimde oturma eylemi yapılması, derslere devam edilebilmesini sağlamak amacı taşıyan ölçülü müdahalelerle önlenir. Çünkü dersleri engelleyen her davranışa karşı, hale göre, meşru önlemler alınabilir. Ancak otoritenin gerçek amacı, eylemle açıklanmak istenen düşüncenin içeriğini bastırmak değil, dersin devamını sağlamak olmalıdır. Otorite, aynı eylemin, örneğin ders yokken yapılmasına izin vermiyorsa ya da bir düşünceyi savunan iletişimsel eyleme izin verirken bir başka düşünceyi savunan eyleme izin vermiyorsa kanımızca düşünceyi gayrimeşru olarak sınırlamış olur.

Öte yandan, görünürde düşünce özgürlüğünün koruma alanına girdiği sanılan bazı ifadeler, somut işleniş koşullarında hiç de öyle olmayabilirler. Hakaret fiilleri bunlara bir örnek oluşturabilir.<sup>132</sup> Bir kimse, bir düşünceyi savunma kisvesi altında, hakaret ettiği kimsenin ticari itibarını sarsmayı ve bu yolla ticari rakibi karşısında üstünlük sağlamayı amaçlamış olabilir. Basın yayın organlarının giriştiği bazı “skandal” açıklamaları zaman zaman ticari rakiplere yönelik bir karalama kampanyasının bir parçası olabilir. Bu açıdan, yukarıda farklı kategoriler olarak belirttiğimiz eylemleri birbirlerinden kuramsal olarak ayırabilmek için hem düşünce özgürlüğü kuramının “işlevinin”, yani düşünce özgürlüğü ile korunmak istenen değerler sisteminin-; hem, somut olayda düşünce açıklamasında bulunan kimsenin, *bu değerler sistemi ile bir ilgisinin olup olmadığının*, hem de *sınırlayıcı otoritenin ifadenin içeriğine karşı tavrının* araştırılması gerekebilir. Şüphesiz, ağızdan çıkan her söz, örneğin, bir kimsenin karşısındakini yalamak amacı ile eğitimli köpeğine yönelik olarak

sarf ettiği “parçala!” sözü, anayasal ve anayasalar üstü insan hakları hukukunun tanımladığı anlamda “düşüncenin ifadesi” değildir. İlkel olarak, gürültü çıkarmak, tehdit etmek, sövmek vb. fiiller, düşüncenin ifadesi değildir. Ancak, somut olayların koşulları bu gibi davranışları dahi, düşünce özgürlüğünün koruma alanı içine sokabilmektedir. “Susurluk Olayları”ni takiben yapılan “Aydınlık İçin Bir Dakika Karanlık” eylemleri çerçevesinde *evlerin ışıklarının söndürülmesi* davranışları, tipik iletişimsel eylemlerdendir. Pahalılığı protesto için yollara düşüp *tencere tava tokuşturmak* da düşüncenin ifadesidir. Görüldüğü gibi kimi zaman gürültü çıkarmak da düşüncenin ifadesidir. Bu açıdan ilginç bir örnek, ABD’nde, Vietnam Savaşı’ını ve Vietnam’a gönderilmek üzere askere çağrı işlemlerini protesto etmek isteyen bir gencin, üstünde “Fuck the Draft” yazılı bir ceket ile bir mahkeme binasında dolaşması eyleminin Yüksek Mahkeme tarafından, düşünce özgürlüğünün ifadesi olarak kabul edilmesidir.<sup>133</sup>

Bu çerçevede, her söz düşünce olmadığı gibi, her bedensel hareket de, düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında bir “eylem” olmayabilir. Anayasa hukukunun verdiği düşünce ya da ifade tanımı, tümü ile metinden soyut olarak ele alınır, *“her söz yüzde yüz eylem ve her eylem de yüzde yüz düşüncedir”* denebilir.<sup>134</sup>

#### IV. Sınırlama Sorunu

##### A. Genel Olarak

Düşünce ya da ifade özgürlüğünün koruma alanında olmak, düşünce ya da ifade olarak nitelenmek demek olarak görülüyor. Sınırlanma sorunu ise, bir kere düşünce ya da ifade olarak görülen davranışın sınırlandırılması ölçütleri ile ilgili bir tartışmadır. İşlev tartışmaları, hem tanım hem sınır sorunları bakımından önemlidir. Kimine göre, her eylem yüzde yüz düşünce, her düşünce de yüzde yüz eylemdir. Bu nedenle, düşünce ya da ifadeyi tanımlamaya çalışmaktan çok, onların kastedilen ikincil sonuçlarına odaklanmak gerekmektedir. Ve bugün kabul edilmesi gereken, düşüncenin açıklanmasının ancak, düşünce özgürlüğü sınırlanarak önlenmesi meşru olan çok ciddi bir kötülüğe

<sup>133</sup> UNITED STATES SUPREME COURT, 403 U.S. 15 (1971).

<sup>134</sup> John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study of the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1481, 1495 (1975).

<sup>132</sup> Ayrıntılı olay örnekleri için bkz. Erol Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Hakaret ve Sövmeye Suçları*, Ankara, Ocak 2001.

sebebiyet verebilmek bakımından açık, mevcut ve somut bir tehlike içermesi halinde sınırlandırılacağı ve içeriği muğlak yasalarla oto-sansür yaratılamayacağıdır. Öldürmeye veya yaralamaya azmettirme, tehdit, şantaj vb. gibi temel bireysel değerleri tehdit eden açıklamalar tartışması bir yana özellikle toplumsal-kurumsal değerleri sarsan düşünce açıklamalarında uygulanması gereken ölçüt bu olmalıdır. Bununla birlikte örneğin Amerikan hukuku, kamuya mal olmuş kimselere hakaret olaylarında hakaret oluşturan düşünce açıklamalarını, “gerçek dışı oldukları bilinci ya da gerçek olup olmadıkları konusunda adamsendeci bir ilgisizlik” (“with knowledge of its falsity or with reckless disregard for its truth”) içinde açıklanmadıkça, korumaktadır. Ünlü New York Times Co. v. Sullivan davasında<sup>135</sup> biçimlendirilmiş bu ölçüt, diğer alanlardaki sıkı denetim (“strict scrutiny”) ya da yakın bir hukuka aykırı hareketi teşvik (“intent to incite imminent lawless action”) ölçütleri ile ilgisiz görünse de ifade özgürlüğünü çok geniş ölçüde korumaktadır. Ama “actual malice” (kötü niyet) ölçütünün de ilgili bağlama uyarlanmış bir tür duyarlı ve özenli inceleme ölçütü olduğuna işaret etmek gerekir. Bu bakımdan, örneğin basının gerçeğe aykırı haber verdiği hallerde kullanılan kötü niyet (“actual malice”) ölçütü, başka bir bakış açısından, açık ve şu anki tehlike ölçütü ile akrabadır. Çünkü her ikisi de, her durumda, suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesi bakımından alarm sınırını yukarıya çekmektedir. Bu “actual malice” için kusur bakımındandır, açık ve şu anki tehlike bakımından maddi unsur, hareketin “tehlikeliliği” bakımındandır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olunca, ilk bakışta birbiriyle ilişkili görünmeyen alanlarda ya *kusur derecesinin yüksekliği* ya da *zarar tehlikesinin yakın olmasının* aranması rastlantı değildir. Her durumda gerek bireysel temel değerleri gerek toplumsal kurumsal değerleri sarsan düşünce açıklamaları söz konusu olduğunda, ifadenin yaratacağı tehlike ya da zararın açık ve yakın olarak belirlenmesi ve açıklamada bulunanın bu sonuçları yaratmak bakımından kötü bir niyeti bulunduğunun kanıtlanması gereklidir.

Bu anlayışın çıkış noktası şudur: Düşüncenin ifadesi Anayasal düzlemde korunduğuna göre, onun sınırlandırılması yine Anayasal düzlemde

koruma gören bir değeri korumak için yapılmalıdır ve yine ifade, eğer birilerinin üstüne cin salma gibi bir ‘insan-üstü’ yetiniz yok ise kendiliğinden yani sarf edildiği hali ile bir değere zarar vermeyeceğine göre, sınırlandırılması için ciddi olan o değere zarar vermeye yakın bir tehlike haline sebebiyet vermiş olması gerekir. Yine, kişilerin istemedikleri sonuçları doğurmaları ancak doğrudan onların eylemleri nedeniyle ortaya çıkmış zararlar bakımından kabul edildiğinden (birine otomobille istemeden çarpmak gibi) ve düşüncenin ifadesi halinde araya başka ajanlar girmeden herhangi bir zarar ortaya çıkmadığından, düşünce ifadesinde bulunanın zararlı sonucu doğurmaya yönelik tartışmasız kastı olmadıkça cezalandırılmayacağı ilkeleri Anayasal korumanın gereğidir.<sup>136</sup> Ceza, ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle uygulanmasının bireylere ya da toplumsal değerlere karşı ciddi bir kötülüğü önlemeye uygun, kötülüğü önlemek bakımından gerekli/zorunlu ve ölçülü olması gerekir. Neden düşünce özgürlüğü karşısında ancak temel bireysel ve toplumsal değerler korunabilir demeliyiz, yani bunların herhangi bir değer değil de temel değer olması nereden çıkar? Çünkü düşünce özgürlüğünün anayasal konumunu göz önünde tutuyor ve ancak bir temel değerinin ciddi olarak sarsılması tehlikesi karşısında böylesi değerli bir ilkedен, böylesi ağır bir yaptırım uygulayarak ödün verebileceğimize inanıyoruz.

## **B. Düşüncenin İfadesini Sınırlayan Norm ve Uygulamalar Hangi Koşullar Altında Meşru/ Anayasal Kabul Edilebilir?**

### **1. Koruma İlkeleri**

#### **a) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Norm ve Uygulamaların Tarafsız Olması Gereği**

İlk temel ilke<sup>137</sup> tarafsızlık olmalıdır. Tarafsızlık, özgür düşünce pazarında, isteyen beğendiğini alması biçiminde özetlenebilecek “düşünce pazarı” kuramının bir uzantısı olarak, bazı düşüncelere avantaj sağlanırken diğerlerinin dezavantaj görmesini önleyen Anayasal eşitlik ilkesine paralel olan en önemli ilkelerden biridir. Buna göre,

<sup>136</sup> Bu ilkelerin etik-felsefi düzlemdeki ayrıntılı serimi ve tahlili için özellikle bkz. Agnes Heller, *Bir Ahlak Kuramı, Çevirenler Abdullah Yılmaz, Ertürk Demirel, Koray Tütüncü* (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2006).

<sup>137</sup> Bu çerçevede ilkeler hakkında genel olarak bkz. Öykü Didem Aydın, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), ss. 307-313.

<sup>135</sup> New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

düşüncenin sırf içeriği gözetilerek yasaklanmasını anlatır. Örneğin, polise silahlı gösteri izni verirken vatandaşlara verilmemesini engeller. Silahlı gösteri, ancak ifadede bulunandan ve ifadenin içeriğinden bağımsız bir unsur, yani silah unsuru ve bu unsurun kamu düzeni bakımından yaratacağı tehlikeler nedeni ile yasaklanabilir. Yani, düşüncenin ifadesinin sınırlanması, o ifadenin içerik ve bakış açısından, anlattığı içerikten, bahsettiği konulardan bağımsız gerekçelere dayalı olmalıdır. Hükümeti övmeyi serbest bırakırken, yermeyi yasaklayamazsınız. Yeni Türk Ceza Kanununa göre ise din görevlileri hükümeti övüyorlar yeremezler.<sup>138</sup> Aynı yerde Türklüğü ya da Türk Milllerini tahkiri yasaklarken, Ermeniliği tahkiri serbest bırakamazsınız. Yasalar, düşüncenin bakış açısına koydukları tavır bakımından tarafsız olmalıdırlar. Şüphesiz her ceza normu, cezalandırılan davranışın içeriğini belirleme yolunda bir tanım getirir. Tanımlamak, içeriği gözetmektir. Ancak, düşünce açıklamalarını yaptırma bağlayan otoritenin, düşüncenin ikincil sonuçlarından çok, içeriğini gözetmesi, normu şüpheli bir konuma sokar. Bu hallerde, otoritenin sınırlamayı meşru kılabilmek için son derece ciddi gerekçeler göstermesi beklenmelidir. Örneğin yaşam hakkının korunması, şiddetin önlenmesi, kişi özgürlüğünün korunması gibi.

Düşünceler arasında vermek istedikleri mesaj göz önünde tutularak "içerik ayrımcılığı yapmaz" dedik. Bu ilke nereden çıkmıştır? Bütünü ile düşünce özgürlüğünün işlevinden. Bu özgürlük eğer siyasalsa, bilimselse, sanatsalsa ya da gerçeğin bulunmasına hizmet ediyorsa ve eğer kişi mutluluğunun gereği ise, bir düşünceyi diğerinden üstün tutmanın anlamı yoktur. Aksi durumda, özgürlüğün işlevi zedelenir. Bir fikir gösteri, hatta "şov yapabilirken" onunla aynı nitelikte ama içeriği farklı olan başkası engellenemez, aksi durumda demokratik tartışma gerçekleşemez, çünkü karşı fikrin elleri bağlanmış olur.

Yine, düşüncenin içeriğine karşı toplumda egemen olan basit ve tepkisel bir muhalefet onun açıklanmasının sınırlanması için hiç bir birimde

bir mazeret oluşturamamalıdır. Toplumun çoğunluğunun, bir düşünceyi "rahatsız edici", "incitici" ya da "kabul edilmez" bulması onun yasaklanması için bir gerekçe oluşturamaz. Bu düşünceler evrensel olarak eleştirilen ve kabul görmeyen düşünceler bile olsa aynı ilke geçerlidir.

ABD'nde geçerli öğretinin bakımından tarafsızlık "düşünce pazarında" ("marketplace of ideas") bazı düşüncelere avantaj sağlarken diğerlerinin dezavantaj görmesini önleyen Birinci Ek Maddeye ilişkin en önemli ilkelerden biridir. Yasalar, düşüncenin bakış açısına koydukları tavır bakımından tarafsız olmalıdırlar.<sup>139</sup> Düşüncenin içeriğine karşı toplumda egemen olan basit ve mücerret bir muhalefet onun açıklanmasının sınırlanması için hiç bir biçimde bir mazeret oluşturamamalıdır. Toplumun çoğunluğunun, bir düşünceyi "rahatsız edici", "yaralayıcı" ya da "kabul edilmez" bulması onun yasaklanması için bir gerekçe oluşturamaz.<sup>140</sup> Devlet, düşüncenin içeriğinin rahatsız edici, incitici vb. nitelikte ("offensiveness") görülmesini ya da istenmemesini ("undesirability") sınırlayıcı düzenlemenin meşruiyet nedeni ve temeli olarak alamaz. Bu düşünceler evrensel olarak eleştirilen ve kabul görmeyen düşünceler bile olsa aynı ilke geçerlidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği anlayışa göre "Yanlış bir fikir diye bir şey yoktur." ("there is no such thing as a false idea").<sup>141</sup>

Düşüncenin ifadesinin sadece belirli tür ve şeklinin cezalandırılması değil, aynı zamanda, yaptırımın, doğrudan düşüncenin içeriğine bağlanabilmesinin mümkün olduğu hallerde, düşünce özgürlüğünü yasa koyucunun müdahalelerinden koruma çabaları boşa çıkacaktır. Çünkü bir düşüncenin ifadesinin, objektif kamu barışını ve kamu barışının varlığına ilişkin sübjektif güveni tehlikeye düşürmeye elverişli olup olmadığı, genellikle halkın çoğunluğunun o düşünceye karşı gösterdiği tepkiye bağlıdır. Ama açıklanan düşüncenin içeriğini onaylayan ya da hiç olmazsa o içeriğin açıklanmasına karşı kayıtsız kalan genel bir kanının varlığı şartı ile korunan bir düşünce özgürlüğünün de pek

138 Bkz. Türk Ceza Kanununun 219. Maddesi: "**Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma** - (1) İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve Devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir...".

139 *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund, Inc.*, 473 U.S. 788, 806 (1985).

140 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Young v. America Mini Thetres, Inc.* 427 U.S. 50, 63-65 (1976); *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 382 (1968); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368-69 (1931).

141 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (1974).



bir değeri yoktur. Oysa korunması gerekli olan, hatta asıl korunması gerekli olan, rahatsız edici bulunan azınlık düşüncesidir.<sup>142</sup> Şüphesiz yasa koyucu, kamu barışını, kamu barışını tehlikeye düşüren düşünce açıklamalarına karşı koruma yetkisine sahiptir. Ama bu koruma, düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasaların "genel olması" koşuluna uyularak, yani istisnai içeriklere özgülenmemiş olmaları koşuluna uyularak, içeriksel ve düşünsel olarak nötral bir normla gerçekleşmelidir. Sınırlayıcı yasanın, Anayasal olarak açıkça ortaya konmuş temel bir koruma ödevini somutlaştırmış olduğu haller farklı düşünülebilir. Fakat kamu barışı veya kamu düzeni gibi, sadece Türk yargı uygulamasında değil, örneğin Batı Avrupa uygulamasında bile muğlak ve şeffaflıktan yoksun ve Anayasal olarak en fazla dolaylı olarak değinilebilecek<sup>143</sup> bir koruma değerine dayanarak, belirli bir içeriksel eğilime sahip düşüncelerin ifadesini yasaklamak ilkesel olarak mümkün olamamalıdır.<sup>144</sup>

## b) Duygusal ve Heyecansal İfadelerin de Koruma Görmesi İlkesi

Sert üslubun ve duygusal tepkilerin de korunması ikinci temel ilkemiz olmalıdır kanısındayım. Düşünce özgürlüğünün anayasal korunması yalnızca tanısalsal ("kognitif") nitelikteki ifadelerle sınırlı olmamalıdır. Düşünce açıklamasının korku, öfke, hayranlık, endişe, kıvanç vb. gibi duygusal ve heyecansal unsurları da tanısalsal unsurlar kadar önemli addedilmektedir. Heyecansal unsurlar söz konusu olduğunda adap kavramı da geniş olarak yorumlanmakta ve ifadenin koruma görmesi için o kadar da adaba uygun olması gerekmediği belirtilmektedir. Çünkü dilbilimsel açıdan da kabul edildiği gibi çoğu dilsel anlatımın çifte iletişimsel işlevi vardır: Yalnızca nispeten kesin ve soğukkanlı fikirleri değil, başka türlü açıklanamayan duyguları da ifade ederler. Aslen, sözcükler sıklıkla tanısalsal güçleri kadar duygusal güçleri için de seçilmektedir. Anayasanın belirli ifadelerin tanısalsal içeriklerine özel bir önem verirken, iletilmek istenen bütün mesajın sıklıkla daha önemli bir unsuru olabilen duygusal işleve hiç bir önem vermediği görüşünü onaylayamayız.

142 Stefan Huster, *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungs-freiheit und das Bundesverfassungsgericht*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, S. 487 vd.

143 Stefan Huster, *a.g.e.*, S. 487 vd.

144 Stefan Huster, *a.g.e.*

Gerçekten, idare, hemen, hoşşa gitmeyen bazı görüşlerin ifadesini yasaklamanın uygun ve kolay bir kisvesi olarak belirli bazı sözleri sansürleme yoluna başvurabilir. Duygusal olarak yüklü bazı kelimelerin yasaklanmasının, ileride düşüncelerin ve fikirlerin toptan yasaklanmasına götüreceği tehlikesidir. İfade yalnızca tanısalsal nitelikleri ile değil coşku ve öfke yaratıcı duygusal nitelikleri yanında, kışkırtıcı nitelikleri ile de korunmalıdır.

Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi Cohen v. California davasında bu ilkeleri şu cümlelerle ifade etmiştir:

*"Çoğu dilsel anlatımın çifte iletişimsel işlevi vardır: Yalnızca nispeten kesin ve soğukkanlı fikirleri değil, başka türlü açıklanamayan duyguları da ifade ederler. Aslen, sözcükler sıklıkla tanısalsal güçleri kadar duygusal güçleri için de seçilmektedir. Anayasanın belirli ifadelerin tanısalsal içeriklerine özel bir önem verirken, iletilmek istenen bütün mesajın sıklıkla daha önemli bir unsuru olabilen duygusal işleve hiç bir önem vermediği görüşünü onaylayamayız... Neticede ve aynı biçimde, belirli bazı sözcüklerin, fikirlerin süreç içinde bastırılması ciddi tehlikesi ile karşılaşmadan yasaklanabileceği yüzeysel fikrine de katılmıyoruz. Gerçekten, idare, hemen, hoşşa gitmeyen bazı görüşlerin ifadesini yasaklamanın uygun ve kolay bir kisvesi olarak belirli bazı sözleri sansürleme yoluna başvurabilir."*<sup>145</sup>

## c) Sembolik İfadelerin ve İletişimsel Eylemlerin Korunması İlkesi

Anayasaların sağladığı koruma düşüncesinin açıklanması için yalnızca 'dil'in kullanılması ile sınırlı olmak zorunda değildir. Sembolizm ilkesi adı verilen üçüncü temel ilkeye göre, "iletişimsel davranışlar" ("communicative acts") adı verilen ve belirli simgelerin gösterildiği toplantı ve gösteri gibi etkinliklerde somutlaşan davranışlar da koruma altına alınır.<sup>146</sup> Bu nedenle batı dünyasında protesto amacı ile *bayrak yakılması davranışı* dahi bu ilke ışığında anayasal koruma gören bir davranış olarak kabul edilmiştir.<sup>147</sup>

145 403 U.S. 15 (1971); Aynı yönde *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

146 Sembolik ifadenin korunmasına dair önemli bir tartışma için bkz. *Melville Nimmer, The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment*, 21 U.S.L.A. L. Rev. 29 (1973).

147 *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

#### d) Zarar İlkesi (Önemli Bir Değerin Ciddi Tehlike veya Zarardan Korunması Gereği)

Düşünce özgürlüğünün sınırlanabilmesi için, sınırlama ile korunduğu iddia edilen menfaatin önemli bir hukuki değer, 'zorlayıcı bir kamusal menfaat' olması gerekmektedir. Bu ilke, düşünce özgürlüğünün, ancak kendisi kadar önemli bir başka özgürlüğü korumak amacı ile sınırlanabilmesini anlatır. Düşünce özgürlüğüne ilişkin çağdaş yaklaşım, normalde, ifadenin ancak korunan önemli bir bireysel veya kamusal değere yönelik bir zarara ya da ciddi bir zarar tehlikesine somuta çok yakın olarak yol açması durumunda yasaklanabileceğini kabul eder. Bu ilkeye ise zarar ilkesi adı verilir. İlke, aynı zamanda gereken ölçüde zarar oluşturabilmek bakımından yaralanmaların asgari ölçüsünün belirlenmesini de içerir. İfadenin yol açabileceği zararlar fiziksel, nispi ve tepkisel olabilir. Fiziksel zararlara karşı çıkarılan yasalar meşrudur. Ancak görelî ya da tepkisel zararlara yani muhatapların öznel anlamlandırmalarından doğan zararları önlemek amacıyla çıkarılan yasalar her zaman meşru değildir.<sup>148</sup>

Kamusal otorite, ifade özgürlüğünü sınırlayan yasaların meşruiyetini; fiziksel zararı önleme gerekçesine dayanarak savunabilir. İnsan öldürmeye kışkırtma bu nedenle suç olabilir. Gerçekten fiziksel zararlar, görünebilir ve ölçülebilir dışsal etkileri nedeniyle belirli bir ağırlığa sahiptirler. Ancak bir de fizikselleştiremeyen, sırf yasaları ihlalden doğan cezai zarar kavramı vardır. Bu fiziksel ya da maddi zarar adı verilen zarar bir yaralanma ya da somut zarar değildir. Yani kimsenin burnunun kanamadığı, cebinden de bir kuruş çıkmadığı hallerde doğduğu kabul edilen bir takım zararlardır. Cezai zarar adı verilen zarar, aslen, somut zarardan çok ceza yasası ile korunan bir toplumsal kurumsal değer ihlal edilmesidir. Cezai zarar bir yandan soyut ve elle tutulamaz bir kavram olarak değerlendirilirken öte yandan kurumlar, kamu güvenliği ve esenliği, kamu düzeni, kişi hürriyeti, adalet, hatta evlilik kurumu gibi belirli toplumsal menfaatleri kurumsallaştıran ortamlara verilen zararları kapsar. İşte bu kurumsallaştırılan ortamların menfaatlerini zedelediği düşünülen

açıklamaların sınırlanmasının meşruiyeti gerçek tartışma konumuzdur. Türk Ceza Kanununun 301. Maddesi konusundaki tartışmaların özü budur, 216. Madde konusundaki tartışmaların özü de budur. Örneğin bir toplum, evliliği, askerlik ödevi gibi bir kutsal ödev olarak kabul etse ve evlilikten soğutmaya suç kabul etse acaba böyle bir sınırlama, düşünce özgürlüğüne uyar mı diye tartışmadan edemeyiz. Eşcinselliği özendirmenin vakti zamanında pek çok ülkede suç olduğunu hatırlatalım.

Genel olarak kurumsallaştırılan bazı menfaatleri korumak amacıyla çıkarılan düzenlemelerin meşru olabilmesi için, bu değerlere zarar tehlikesinin açık ve mevcut olarak yaratılması aranır. Özgürlükçü dünyada üç aşağı beş yukarı durum budur. Vicdani red ile ilgili bir kitap çevirdiniz, bu kişileri ne derece askerlikten soğutur tartışma konusu budur. Açık ve şu anki tehlike ölçütü, zedelenmeleri cezai zarar olarak kabul edilmesi gereken bu gibi menfaatlerin ihlal edilmesi ile ilişkilidir. Ancak dikkat edelim bu ölçüt, özünde hangi menfaatlerin korunmaya değer bulunması sorusu ile maddi olarak bağlı değildir. Yani acaba, evlilik kurumuna dil uzatanları yargılayalım mı yargılamayalım mı ya da askerlikten soğutmaya yasaklamayalım mı yasaklamayalım mı sorusu ile ilgili değildir. Bu itibarla, açık ve yakın tehlike ölçütü, ceza hukuku yoluyla korunması gereken bir menfaatler kataloğunun belirlenmesi konusu ile ilgili değildir. Bu ölçüt daha çok, örneğin askerlik ödevi gibi, bir kere korumaya değer bulunmuş bireysel ya da toplumsal işlev bütünlüklerinden (menfaatler) yararlanılmasının somut olarak tehlikeye düşürülmesinden biraz daha fazlasını şart koşan biçimsel bir ölçüttür. Şüphesiz böyle bir biçimsel ölçüt de neticede cezalandırılabilir olanı cezalandırılmayandan ayırması ve bir sınır koyması itibarı ile meşruiyet düzleminin belirlenmesinde yardımcı olabilir. Ancak burada konulan sınır, korunması gerekenle korunmaması gereken arasındaki sınır değildir. Bu anlamda bir takım temel toplumsal kurumsal menfaatlere zarar verilmesini önlemek için düzenlemeler getirilmesiyle ilgili olarak da devlet sınırlamayı açık ve şu anki tehlike ölçütüne başvurarak meşru gösterebilir. Bu nedenledir ki, devletin bir hukuki değer belirleyip o değere zarar verilmesini ya da o değer ihlal edilmesini açık ve yakın tehlike ölçütünün

<sup>148</sup> Bu görüşlerin ceza hukuku bakımından daha ayrıntılı savunu için bkz. "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmamız.

getirilmiş olması, meşru bir sınırlamanın gerekli ancak yeterli ölçütü değildir. Devletin, cezalandırma yetkisini meşru olarak kullanmış olması için ayrıca, koruduğu değer, düşünce özgürlüğünden daha önemli bir nihai değer (yaşam, hürriyet, korkudan uzak yaşamak, toplumsal barış ve toplumsal varoluş) olduğunu kanıtlanması gerekir. Bu nihai değerleri koruma yolunda kabul edeceği basamak değerleri (örneğin adalet nihai değerini korumak bakımından adil yargılanmanın sağlanması basamak değerdir) haddinden öne almamalıdır.

Ceza Yasasında tanımlanan suç tiplerinin her biri, belirli hukuki değerleri korumak yolunda ve bu değerleri ihlal eden eylemleri ceza yaptırımına altına almak amacıyla düzenlenmiştir<sup>149</sup>. Çağdaş ceza yasalarında bireysel ve toplumsal açıdan çok önemli sayılabilecek değerlerin ihlali ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu gerçek, her ne kadar tarihin her dönemi bakımından geçerli olmamışsa da, artık, insancıl, demokratik ve insan haklarına dayalı ceza hukuku sisteminin temelini oluşturmak zorundadır. Önemli hukuki değerlere müdahale etmeyen bir davranışın suç olarak kabul edilememesi gereğini hukuk devletinde “ölçülülük” ilkesinden çıkarabiliriz.<sup>150</sup> Cezalandırma ağır bir yaptırımdır. Cezalandırılan kimse, özgürlüğünden mahrum edilmekte, özgürlüğüne kavuşsa dahi, sabıkalı olarak toplumsal yaşam alanı sınırlanmaktadır.

Öte yandan, gayrimeşru her eylem, korunan önemli hukuksal menfaate yönelik olarak meydana getirdiği zarar ya da tehlikenin büyüklüğü ve önemine göre de *zorunlu, yeterli-uygun ve ölçülü* tepkilerle karşılanmak zorundadır. Suç olarak belirlenmesi gereken davranışın önemi ve ciddiyeti, bu davranışın ihlâl ettiği hukuksal değerlerin bireysel ve toplumsal önemi ve ciddiyeti ile doğru orantılı olmalıdır. Bu, mantığın da gereğidir. Özgürlüklerin ceza yasasının amacının

149 Hukuksal değer kavramının son derece yetkin, karşılaştırmalı ve ayrıntılı bir çözümlemesi için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

150 Soyaslan'ın “Kanun koyucu bir toplumsal menfaati hukuki menfaate dönüştürürken tamamen özgürdür. İstediyini suça dönüştürür; istemediyini dönüştürmez” (Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Gözden geç. 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, S. 63) fikrine katılmak mümkün değildir. Artık *ortak hukuk* (“common law”) uygulayan hukuk sistemlerinde dahi; yasaların, evrensel insan haklarından, genel kamu hukukundan ve Anayasadan kaynaklanan sınırları vardır.

gerçekleştirilmesi amacıyla meşru olarak sınırlanıp sınırlanmadığının belirlenmesine yönelik olarak kabul edilmiş olan “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan (*yasanın sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik*) “elverişlilik”; (*sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan*) “zorunluluk-gereklilik”<sup>151</sup> ve (*amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen*) “orantılılık” ilkelerinin somutlaştırılmasında, *korunan hukuksal değerlerin önemi ile ceza tehdidinin ağırlığı* arasında doğru orantı kurulabilmelidir.<sup>152</sup> Yasa koyucu tarafından kullanılan aracın istenen sonuca varılmasına yardımcı olabilmesi elverişlilik; aracın aynı derecede etkili ancak ilgili temel hak üzerinde sınırlayıcı etkisi daha az olan bir alternatifinin bulunmaması gereklik olarak açıklanabilir.<sup>153</sup>

Düşünce özgürlüğünü sınırlayan herhangi bir yasanın, önemli menfaati korumaya *elverişli olup olmadığı* sorusuyla, (bir fiilin suç tanımına giren tipik hareket sayılabilmesi bakımından) korunan değeri ihlâl etmeye elverişli olup olmadığı sorusu birbirinden farklı sorulardır. *Yasanın elverişliliği*, “soyut ölçülülük” ilkesinin uzantısıdır. Ceza hukuku kuramından tanıdığımız *hareketin elverişliliği* ise, “soyut ölçülülük” normun, “somut ölçülülük” olarak uygulanması ilkesinin uzantısıdır. Bu anlamda korunan önemli değeri tehlikeye ya da zarara uğratmaya elverişli olmayan hiçbir hareket cezalandırılmamalıdır.

Suçun hukuksal konusunu oluşturan hukuki değer kavramı üzerinde tartışmalar hala sürse de, kavram, özünde, ceza hukuku yolu ile korunmaları gereken *üstün nitelikteki hak ve özgürlükleri veya toplumu ayakta tutan temel değerleri ya da bu değerlerin gerçekleştirilmesi yolunda korunan önemli menfaatleri* anlatır. Gerçekten ceza hukuku her hukuki değeri değil, özellikle anayasal düzeyde koruma gören temel hukuki değerleri ya da bu değerlere saygıyı gerçekleştirme yolunda

151 Elverişlilik ve zorunluluk/gereklilik alt-ilkelerini açıklayan Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı için BVerfGE 30, s. 292 vd.

152 Ölçülülük hakkında genel olarak ve ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini ortaya koyan temel Alman yargı içtihatlarını da içerecek şekilde Christian Rumpf, “Ölçülülük İşlevi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, 10. Cilt (1993), ss. 25-48; özellikle s. 30 vd.

153 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 30, s. 292 vd.

'basamak değerler'i korumayı amaçlar. Adalet, korunan *nihai değer* ise, yargı bağımsızlığı, adalet değerinin parçası olarak 'basamak değer'dir. Bu nedendir ki, yeterli sınırlama getirilmek koşulu ile *adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*, suç olarak kabul edilebilir. Bu değerlerin *öneminin belirlenmesi ve bir yanda değer hangi tip müdahalelere (zarar mı tehlike mi?) karşı korunacağı*nın öte yanda *değerin hangi derecede tehlike ya da zarara karşı korunacağı*nın saptanması bir seçim yapmayı gerektirir ve her toplum bu seçimi temel faydalarını da içeren etik değerler sistemine göre yapar. Toplumu oluşturan kesimlerin; kabul edilmesi gereken etik değerler sistemi ve toplum faydası konusunda farklı fikirlere sahip olması doğaldır. Eğer, bu temel konularda gerçek bir uzlaşma yok ise, en iyisi, *ultima ratio* (son çare) olması gereken ceza hukukunda '*asgari paylaşılan ve temel olan değerler*' i korumaktır. İnsan haklarına dayalı, özgürlükçü ve demokratik toplumlarda hangi değerlerin ceza hukuku yolu ile korunduğu belirlidir ve bunlar temelde yaşam, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü, cinsel özgürlük, kişi onuru, malvarlığı gibi "kişisel" değerler olabileceği gibi "devletin bütünlüğü, kamu barışı, esenliği ve güvenliği", "halk sağlığı", "adaletin sağlanması", "kamu yönetiminin işleyişi" gibi "toplumsal" değerler de olabilir. Irk, dini inanç, dil, cinsiyet, etnik köken vb. kimi değerler ise karma nitelik göstermektedirler ve hem kişisel hem de toplumsal yönleri ile korunabilirler.

Toplumsal değerler, çağa ve farklı toplumsal kesimlerin duyarlılıklarına göre değişebilen değerlerdir. Normal koşullar altında, bu değerlere "dokunulması" bireysel değerlere dokunulmasından daha az tehlikelidir. Ekonomik anlatımla açıklamak gerekirse toplumsal değerleri sarsıcı davranışlar (örneğin bireylerin din duygularını aşağılayan bir karikatür) özgürlüğün çok sayıda toplum üyesi tarafından paylaşılan ve paylaşıldıkça azalan bedeli gibidir. Oysa tek bir bireysel değer (örneğin bir kimsenin yaşamı, özgürlüğü, onuru gibi değerlerin) sarsılması halinde, böyle bir bedel paylaşımı söz konusu değildir. Belki de bireysel değerlerin korunması bu nedenle son derece önemli iken, toplumsal değerlerin sarsılması, toplumun kendi iletişim, uzlaşma veya yaptırım mekanizmaları içinde çözümlenmeli, devlet zorunlu olmadıkça bu işe karışmamalıdır. Çoğulculuk,

temel bir toplumsal seçim ise, şüphesiz bu özgürlük seçimin de bir riski vardır. O risk, toplumun, kendi gelişimi uğruna, değer birliği ve bütünlüğü "idealinden" zaman zaman ödün vermesini gerektirir. Kaldı ki, mutlak bir birlik ve bütünlük idealinin totalitarizmde son bulabileceğini tarih bize göstermiştir.

Ceza hukuku yolu ile korunan toplumsal değerlerin, özünde, kişisel değerlerin tam olarak gerçekleştirilmesine ve sonuçta toplum içinde yaşayan bireylerin mutluluğuna ve kişisel gelişimine hizmet eden *yardımcı ve basamak değerler (kalkan değerler)* olması gerektiğini düşünüyorum.<sup>154</sup> Sonuçta; devlet organlarının doğru dürüst iş görebilmesi menfaati de, bireylerin mutluluğuna hizmet eden bir basamak menfaattir. Ceza yargılamasının ilkesel olarak "kamu adına" yapılması bu gerçeği değiştirmez. Bu anlayış oldukça yenidir ve insan haklarına dayalı özgürlükçü toplumların gelişimine paralel olarak ortaya çıkmıştır. Devleti, kişinin kendini geliştirmesine bir araç değil de, başlı başına bir amaç olarak gören sistemlerde ceza yasaları bireysel özgürlüklerden çok devletin en uzak tehlikelerden dahi baskıcı araçlarla korunmasını hedefler. Devleti, egemenliği altında yaşayan bireylerin temel haklarının bir güvencesi olarak değil, bizatihi temel hak sahibi bir "canlı organizma" gibi görür. Oysa çağdaş ceza hukuku, toplumun çoğulcu yapısını da teslim ederek, örneğin toplumsal ahlak normları ile bireysel tercihler arasında bireyden yana tercih yapar. Devletin hakları olmaz, bireylerin olur. Devletin, ancak, bireylerin temel haklarını koruma amacı ile ilişkili *ödevleri* vardır.

Bu anlamda *devlet* ile *toplumsal değerlerin* birbirinden ayrılması gereği de vurgulanmalıdır. Toplumsal değerler de, bireysel değerlerle çatışabilir. Çünkü çoğulcu ve heterojen toplumlarda 'ortak değer anlayışı' bulunmamaktadır.<sup>155</sup> Bu bakımdan, *özellikle kamu düzenini korumaya yönelik* ceza hukuku normları ihtiyatla karşılanmalıdır. Çağdaş bir ceza hukuku sisteminde, bireysel alanda yaşam, özgürlük, vücut tamlığı, insan onuru,

154 "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmamızda da ifade ettiğimiz görüş.

155 Örneğin, milyonlarca Türk-Alman'ın, milyonlarca Asyalı ve Afrikalının vs. farklı kültürel kökene sahip kesimlerin yaşadığı bugünün Avrupa'sında ortak değer anlayışı sorgulanmaya başlanmıştır.

cinsel dokunulmazlık, malvarlığı; kamusal alanda eşitlik, adalet, hukuk devleti, kamu güveni gibi değerlerin bir anlamda 'kalkanı', bir ön koruma alanı olması gereken "kamu güvenliği", "kamu barışı", "kamu düzeni" gibi kavramlar, devletin "şahsiyeti", "alametleri", "benimsenen din", "hükümet icraatı", "saygınlığı" vb. değerlere indirgenerek görecelileştirilememelidir. Bu gibi basamak değerler, asıl korunması gereken nihai değerlerle çok muğlak bir bağlantı içindedir. Bağlantı muğlak olmasa bile, böylesi basamak değerler, nihai değere çok uzaktır. Örneğin *devletin alametleri olarak adlandırılan basamak değeri* korumak, aslında devletin varlığını korumak (örneğin saldırgan savaşın mağduru olmamasını sağlamak) ve bu yolla da devlet egemenliği altındaki bireylerin yaşam haklarını korumakla ilintilidir ama basamak değerinin rahatsız edilmesi ile devletin varlığının tehlikeye düşürülmesi arasında son derece uzun bir mesafe vardır, hatta mantıksal 'alt-basamak/üst basamak ilişkisi' son derece belirsiz ve soyuttur. "Halkı askerlikten soğutma" gibi bir fiil, askerliğin yurt savunmasına hizmet eden bir müessese olması, yurt savunmasına hizmet eden bir müesseseye karşı yapılan eleştirilerin bu müesseseyi zayıflatabilmesi, zayıf bir müessesenin zayıflığı gidermeye yönelik başka önlemler alamaması, bu önlemleri alamadığı için, ileride gerçekleşmesi gereken saldırılara karşı gereken önlemleri alamaması, gereken önlemler alınmadığı için saldırıların başarıya ulaşma şansının yükselmesi, bu nedenle birlik ve bütünlüğün tehlikeye düşmesi, birlik ve bütünlük bozulduğu için çok sayıda temel bireysel değer, ulusun yok olma tehlikesine düşmesi gibi bir dizi "aşamayı" geride bırakabilirdir ki, somut bir tehlike yaratabilsin ve son planda korunması gerekli nihai değeri sarsabilsin, yani ulusu oluşturan bireylerin güvenliklerini tehlikeye düşürsün. Bir düşünce açıklamasının sarsabileceği nihai değerle ilişkilendirilebilen basamak değerleri, yani soyut tehlikeyi bu derece geriye çekmek, basamak değeri nihai değerden kopuk olarak korumaya çalışmak salt ifade suçlarına özgü eleştirilmesi gereken bir özellik ve sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik kanunda yazılı olduğu hali ile eylemin ne korunan nihai değer açısından ne de o değerle ilişkili basamak değer açısından somut bir tehlike yaratması aranmaktadır. Bu çerçevede, düşüncenin ifadesini meşru

olarak sınırlayabilmek için normatif unsurları, örneğin *emniyet teşkilatının itibarı* gibi bir unsur, norm ile korunması amaçlanan nihai değerlere basamak basamak ve gerektiği gibi bağlamak (*emniyet teşkilatının itibarını, emniyet teşkilatının etkili hizmet görmesine; etkili hizmet görmeyi, iç güvenliğinin ve kamu güvenliğinin sağlanmasına; güvenliği, toplumun endişeden uzak yaşamasına; endişeden uzak yaşamayı, toplumun oluşturan bireylerin can, bedensel bütünlük, cinsel dokunulmazlık, hürriyet, mal ve sair temel değerlerine bağlamak*) ve kalkan değere (örneğin *emniyet teşkilatının itibarına*) yapılan saldırının, *üst-basamakta bulunan değerleri sarsan* ya da nihai değeri oluşturan değerlere *hiç olmazsa dokunan* bir tehlikeyi yaratıp yaratmadığını analiz etmek gereklidir.

Bireysel temel değerler bir yana, ceza hukukunun toplumsal değerler bakımından esas olarak *kamu düzenini* değil; *kamu barışı, esenliği ve kamu güvenliğini* korumasını savunuyoruz. Kamu düzeninin bir kalkan, bir basamak değer olarak koruduğu asıl değerler somut olarak belirlenmedikçe, kavramın içeriği son derece görelidir kalacaktır.

Şematik olarak açıklamak gerekirse bir ifade açıklaması yüzünden sarsılan değerlerin önemi ve ifadenin, bu değeri sarsma yolunda ortaya koyduğu tehlike birlikte gözetildiğinde aşağıdaki olasılıklar düşünülür:

---

Büyük kötülük (zarar)- büyük tehlike: Örneğin savaş durumuna ya da savaşta yenilgiye uğramaya, adam öldürmeye, şiddet yoluyla hükümetin devrilmesine yol açılması/bu tehlikeye sebep olma yolunda önemli bir katkı

---

Büyük kötülük (zarar)-küçük tehlike: Örneğin savaş durumuna ya da savaşta yenilgiye uğramaya, adam öldürmeye, şiddet yoluyla hükümetin devrilmesine yol açılması/bu tehlikeye sebep olma yolunda dikkati çekmeyecek bir katkı

---

Küçük kötülük (zarar)-büyük tehlike: Pek önemli olmayan bir huzursuzluk yaratma/bu duruma sebep olma yolunda önemli bir katkı

---

Küçük kötülük (zarar)-küçük tehlike: Pek önemli olmayan bir huzursuzluk yaratma/bu duruma sebep olma yolunda dikkati çekmeyecek bir katkı

---



İşte bu çerçevede, düşünce özgürlüğünün işlevini gözeten anlayış, bu özgürlüğü sınırlandıran norm ve uygulamaları, ancak birinci hale dayandıkları hallerde meşru görür.

#### e) Nedensellik İlkesi

En başta felsefe ve fizikten ama hukuksal yaptırım kuramından da tanıdığımız nedensellik ilkesi de düşünceyi ve onun ifadesini sınırlandıran düzenlemelere yön veren temel ilkelerden biri olmalıdır. Bireysel sorumluluğu kabul eden ve kişinin kendi eylemlerinden sorumlu tutulmasını kabul eden her çağdaş sistemde nedensellik ilkesinin benimsenmesi bir zorunluluktur. Sıkı bir nedensellik ölçütü, devletin, ifade özgürlüğünü sırf ifadeye karşı olan rahatsız edici tepkilerden dolayı sınırlamaya eğilim göstermesini engellemektedir. Kuramsal olarak, düşünce açıklamalarının kesin etkileri belirsiz bir zaman içinde de gerçekleşebilir. Onların etkilerinin zaman bakımından sınırlarını saptamak kolay değildir. Fiziksel etkilerin gerçekleşmesi dahi belirsiz bir zamana yayılabilir. Bir düşünce açıklamasına heyecansal ya da entelektüel tepkiler zaman içinde yoğunlaşarak şiddete yol açabilir. Şiddet hareketleri sonuçta gerek kişilerin vücut bütünlüğüne gerek malvarlığına zarar verebilir. Bir düşünce açıklamasının gelecekte böyle zararlar verebilme olasılığının bütünüyle değillenememesi, ifade özgürlüğünü sınırlamak için meşru bir sebep olamaz. Bunun nedeni, zaman geçtikçe, özellikle düşünce açıklaması gibi bir hareket söz konusu olduğunda belirli etkilere götüren nedenlerin ve katkıların çoğalması, deyim yerinde ise lafın başka bir lafı açması ve etki ve tepkilerin çoğalması nedeni ile gerçek etkinin hangisi olup olmadığının saptanmasının son derece güçleşmesi olgusunda yatmaktadır.

Ancak, öyle bir zarar grubu vardır ki, kanımca açık ve mevcut tehlike ölçütü dahi, sırf bunları doğuruyor diye düşüncenin sınırlandırılmasına yetmez. Bunlar tepkisel zararlardır, yani düşünce özgürlüğünden yararlanan belirli bir kimsenin açıklamalarına karşı "aşırı hassasiyet"e dayalı şiddete başvurulması halleridir. Özgürlükçü dünyada, tepkisel zararlar söz konusu olduğunda bir düşüncenin ifadesini sınırlamak için bu ölçüte başvurulması yeterli kabul edilmemektedir. Çünkü doğan zarar, hiçbir biçimde ifadede bulunanın sözlerine atfedilememekte, onlarla mantıksal bir bağı bulunmamaktadır.

#### f) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Norm ve Uygulamaların Belirli İlkesi

Ceza hukukundan tanıdığımız ve suç ve ceza ihdas eden yasaların nesnel olarak anlaşılabilirliği ve cezalandırılan davranışı açık olarak tanımlaması gereğini anlatan bu ilke aslen anayasal özgürlükleri sınırlayan düzenlemelerin belirli olması gereği ilkesinin bir uzantısıdır. Yine ilke, özellikle ceza yaptırımını öngören normların sınırları bakımından suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin de uzantısıdır. Özellikle ceza yasaları söz konusu olduğunda bu ilke çok daha büyük bir anlam kazanır. Bazı ceza yasaları, anayasa tarafından korunmayan ifadeleri tarif edip cezalandırmaya çalışırken, normu korunan ifadeleri içine alabilecek biçimde yoruma açık ve geniş bir biçimde formüle edebilir. Bununla birlikte ilke sadece ceza hukuku norm ve uygulamaları ile ilgili değildir. Belirli ilkesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen ya da sınırlayan yasaların (normun lafzının gereksiz ölçüde geniş olması nedeniyle, muhatabında norm kapsamına girmeyen açıklamalarla ilgili bir oto-sansür eğilimi yaratmadan) yasaya uymayı ve kişilerin ifadelerini yasada belirlenene göre ayarlayabilmesini sağlayacak derecede açık olması demektir. Yasanın neyi yasaklayıp neyi yasaklamadığının net olarak belirli olmaması yasaya tabii olanları oto-sansüre, gereksiz bir özdenetime itebilir. Belirli ilkesi, yasanın amaca ulaşmada, ölçüsüz bir müdahale oluşturabilecek biçimde uygulanmaması biçiminde anlaşılır. Örneğin Yeni Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin temel sorunu, bugün değiştirilmiş haliyle bile neye izin verip neyi serbest bıraktığının açık olmamasındadır. Bir yandan normun haddinden fazla geniş olması diğer yandan izin verilenle izin verilmeyenin tam olarak ayırt edilememesi nedeniyle "muğlaklık" temel kavramlarının önemini anlatmaktadır.

#### g) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Yasaların Düşünce Özgürlüğünün İşlevi de Gözetilerek, Bu Özgürlüğe Azami Korumayı Sağlayacak Şekilde Dar Yorumlanması Gereği

Düşünceyi sınırlayan yasalar, özellikle ceza yaptırımını içerdiklerinde dar yorumlanmalıdır. Dar yorumun, yukarıda incelenen yasaların belirliliği ilkesinin bir alt açılımı olduğu da ifade edilebilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 301. madde kapsamında "emniyet teşkilatında yolsuzluğun

hakim olduğu"nu söylemenin, üst-basamak değerleri ve nihai değerleri sarsan bir ifade olup olmadığını değerlendirirken, böyle bir sorgulamanın sarsıcı ve silkindirici demokratik işlevi de göz önünde tutularak, ifadenin salt nihai değerlere zarar vermek için (iç güvenlik korumasını güçsüzleştirmek amacıyla) değil tam aksine bu değerleri korumak ve savunmak için de (iç güvenliğimizin dürüst ve görev bilinci içindeki bir emniyet teşkilatı tarafından sağlanması amacıyla) sarf edilebileceği düşünülmelidir. Hangi amaçla sarf edildiği açıkça belirlenemiyorsa, şüphe düşünce özgürlüğü lehine olmalıdır. Söylenen sözlerin, korunan gerçek değerleri ne derece tehlikeye attığı sorusu da analize katılmak zorundadır. Ülkesinin önemli bir sorununu, örneğin yolsuzluk sorununu belirli bir kurumsal örnekte sorgulayan bir kimsenin, 'vatanının ve milletinin' itibarını, bu sorgulamayı yapmayan bir kimseden daha az saydığı düşünülemez. Belki de tam aksine, sorgulayan yurttaş, sorgulamayandan daha fazla yurt ve milletseverdir. Demokrasiye sadakat, bireylerin otoriteye koşulsuz boyun eğmesinden ziyade, otoriteyi sorgulayarak gelişmeyi ve ilerlemeyi desteklemesinde somutlaşabilir. Neyin ilerleme ve gelişme olduğuna yönelik karar alma süreçleri azınlıkların propaganda etkinliklerinden de beslenmek zorundadır.

Yine, düşünce açıklamaları çifte anlamlı, metaforik özellikler gösteren ya da belirsiz açıklamalar ise bu konudaki şüphe düşünce özgürlüğünün lehine olmalıdır. Bu çerçevede örnek bir olay Türkiye'de uzun süre basın gündemini meşgul etmiş bulunan Hrant Dink davasıdır. Yargıtay bu konudaki kararında<sup>156</sup> tartışmanın

*"saniğin, A Gazetesi'nin 13.02.2004 tarihli nüshasında yayımlanan makalesindeki 'Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur' cümlesiyle, 'Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunu' düzenleyen 765 sayılı TCY'nın 159 uncu maddesini ihlal edip etmediği noktasında" toplandığını saptamış ve "saniğin, Mustafa Kemal Atatürk'ün 'Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur' sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek 'Türk'ten boşalacak o zehirli*

*kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur' demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır"* sonucuna varmıştı. Oysa çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı Osman Şirin ve Kurul Üyesi Muvaffak Tatar "Türk'ten boşalacak 'O' 'zehirli kan' tanımlamasıyla kastedilenin, altıncı yazının sonuncu paragrafında; 'sonuçta görülüyor ki işte Türk, Ermeni kimliğinin hem zehiri hem panzehiri. Asıl önemli sorun ise Ermeninin kimliğindeki bu Türkten kurtulup kurtulamayacağıdır' ifadeleriyle açıklandığı ve 'zehirli kan' benzetmesiyle; Türklük ya da Türklerin değil 1915 olayları nedeniyle Ermeni toplumunda oluşan ve artık kurtulmak gereken hatalı anlayışın kastedildiği görülmektedir. Yerel mahkeme ise bu bağı kurma gereğini duymamıştır" yorumu ile Yargıtay'ın kararına katılmamışlardır.

Bu karar, düşünce özgürlüğünü sınırlayan normların uygulanması çerçevesinde yargıcın yorum etkinliğinin ne derece önemli ve çelişkilerle açık olduğunu göstermektedir. "Şüphe halinde özgürlüğü korumak temel ilke iken Yargıtay'ın çoğunluk görüşü, Hrant Dink'in ifadelerini ve özellikle "Türkten boşalan zehirli kan" ifadesini, "kulağa geldiği biçimi içinde" ve özellikle "metaforik anlamına bakmadan" Türklüğü aşağılama olarak değerlendirirken, karşı oy yazarın üyeler, yazı dizilerinin bütününe ve özellikle yazarın anlatmak istediği düşüncenin özüne, ana fikrine eğilmişler ve Hrant Dink'in, Ermeni halkının kimliğini, artık Türk kimliğine referans vermeden tanımlaması gerektiğini kastettiğini savunmuşlardır. Yargıtay kararı incelendiğinde, karar çoğunluğu düşüncesi ile çelişen karar azınlığı düşüncesi arasında 'dağlar kadar' yorum farkı olduğu söylenebilir. Aynı derecede yüksek yargıçların bu derece büyük bir yorum farkı ile karara varmaları, özellikle metinler-arası, sistematik, metaforik yorum gerektiren açıklama ve yayınların meşru olarak cezalandırılmasının hiç de kolay olmadığını, bu alanda kimin ne demek istediğinin kolay anlaşamadığını, bu gibi suçların sadece soyut tehlike suçları olarak düzenlenmesinin çok yanlış olduğunu göstermektedir.

Bir başka örnek, Edward S. Herman ve Noam Chomsky'nin Aram Yayıncılık tarafından yayınlanan Kitle Medyasının Ekonomi Politikası, Rızanın İmalatı adlı kitabı ile ilgili yargılamalardır. Bu

156 YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.7.2006.

kitabın içeriğinin Ceza Kanununun 301. maddesini ihlal ettiği savı ile yayıncısı ve çevirmeni aleyhine dava açılmıştır. Kitaptaki

*"...Soykırım Yetkililerin düşman devletlerdeki mağduriyet olaylarına derhal yakıştırdıkları ama Birleşik Devletler ya da müttefik rejimlerde ortaya çıkan benzer ya da daha kötü mağduriyetler için pek nadiren kullandıkları öfke uyandırıcı bir sözcüktür. Saddam Hüseyin ve Irak 1990'lı yıllarda ABD'nin hedefi haline geldiğinde Türkiye bir müttefik ve uydu Devletti ve Kürtlere karşı büyük bir etnik temizliğe giriştiği aynı yıllarda ABD bu ülkenin başlıca silah tedarikçisi konumuna gelmişti; işte bu dönemde eski ABD Büyükelçisi Peter Galbraith'e göre Türkiye yalnızca 'bastırırken' Irak 'Soykırım' yapmaktadır... Öte yandan Türkiye ve Endonezya uzun zamandan beri ABD'nin müttefiki ve uydu ülkeleridir ve askeri ve ekonomik yardım almaktadır. Sonuçta tam da propaganda modelinin öngörülebileceği gibi medya, 1990'lar boyunca Türkiye'de Kürtler ciddi hak ihlallerine maruz kalır ve bu etnik temizlik programı uygulanırken Clinton yönetiminin sağladığı savurgan desteğe çok az dikkat göstermekle kalmadı; Türk operasyonları için 'soykırım' sözcüğünü nadiren kullandı... Medya, 1998-1999 da Sırpların Kosovalı Arnavutlara yaptığı kötü muamelelere büyük bir ilgi ve öfke duymuştu. Oysa bu muamele, 1990'larda Türkiye'nin Kürtlere... yaptıkları ile karşılaştırıldığında büyük bir kesinlikle söyleyebiliriz ki aynı aşırılıkta değildi. ABD ve batılı kaynaklara göre NATO Bombardımanı öncesi Kosova'da tarafların verdiği kayıp 2.000 civarında idi, Ağustos 2000 itibari ile 3.000'e yakın ceset çıkarıldı. 1990'larda Türkiye'nin Kürtlere karşı sürdürdüğü savaşta ölenleri sayısı 30000 ya da daha fazla olduğu tahmin ediliyor. Bu sayının büyük çoğunluğunu Kürt siviller oluşturmaktadır. Zorla göç ettirilenlerin sayısı 2-3 milyona ulaşmaktadır..."*

yolundaki ifade ve ibareler hem TCK'nun 301. maddesinde belirtilen Türklüğü ve Cumhuriyeti Türkiye Büyük Millet Meclisini aşağılar görülmüş hem de TCK 216/1 maddesinde belirlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu iddia edilmiştir. "Zira bir yandan Türkiye Cumhuriyeti kendi vatandaşlarına karşı soykırım yapmakla suçlanmakta ve bir yandan da bölge halkını kin ve düşmanlığa tahrik eder nitelikte görülmektedir..."<sup>157</sup>

Yabancı bilim insanlarının yazdığı bir kitabın Türkiye'deki çevirmeninin ve yayıncısının, yazarın düşünceleri yüzünden yargılanıp yargılanmayacakları sorunu bir yana, yukarıda gösterilen içerikteki bir yayının Türkiye Cumhuriyeti ve Türklüğü aşağılar nitelikte görülmesi karşısında, bir devletin politikalarının eleştirilmesinin cezai sınırlarının belirlenmesinin hiç de kolay olmadığı bu örnekte de görülmektedir. Öyle ki, içeriğine katılınsın ya da içeriği şiddetle reddedilsin, yukarıdaki ifadelerin pek sert ve ağır olmakla birlikte, belirli bir dönemde ve belirli bir bölge ve sorun bakımından yazarın anlattığı şekilde yürütüldüğüne inandığı politikalarına eleştiriden öte gitmediği de savunulabilir. Doğru olsun ya da olmasın, böyle bir politikanın varlığının iddia edilmesi ve eleştirilmesi, demokratik düzenin temeli olan düşünce özgürlüğünden yararlanmak değil midir? İşte düşünce özgürlüğünün işlevini akılda tutarak yorum yapma gereği bu gözlemden kaynaklanır. Bir devletin hükümetinin belirli bir dönemde, belirli siyaseti güttüğü iddia edilemeyecek ve bu iddia duyurulamayacak ise, halk örneğin gelecek seçimlerde farklı siyaset uygulayan hükümetleri seçip seçmemesi gerektiğine nasıl karar verecektir? Bu iddialar gerçek ya da gerçeğe aykırı olabilir. İyi niyetli ya da kötü niyetli görülebilir. Etik açıdan yanlış ya da doğru kabul edilebilir. Ancak sorun, siyasal propagandanın ya da bilimsel incelemenin gerçeğe aykırı ya da uygun olması sorunu olmamalıdır. Bireysel değerlere karşı girişilen hakaret fiillerinden farklı olarak devlete karşı girişilen siyasal propaganda etkinliğinin korunması için gerçeğe uygun olması gerekmez. Aksi halde, devlet yönetiminde söz sahibi olması gereken halkın siyasal karar özgürlüğü zedelenir. Bu nedenledir ki düşünce özgürlüğünün kullanılmasına yaptırım getiren bazı normlar devlet yönetimi ile ilgili eleştirilerin gayrimeşru olarak bastırılmasının bir aracı olabilmektedir, özellikle normun sınırlarının düşünce özgürlüğü kuramının gerekleri çerçevesinde incelikli tahlillerle belirlenmediği durumlarda. Bu çerçevede "yalan söyleme ya da iftira atma özgürlüğü"nü savunmuyoruz. Savunduğumuz,

[maddeden-acilan-dava-haberi/](http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/); Açılan dava beraat kararıyla sonuçlanmıştır ama salt dava açılmasının dahi bu alanda "oto-sansür" eğitimlerini güçlendirdiği gerçeği de not edilmelidir. <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>. Dava ve iddianın içeriği, kitabın çevirmeni Taylan Tosun'dan aldığımız bilgilere de dayanmaktadır.

157 Bkz. <http://www.wsws.org/articles/2006/oct2006/turk-027.shtml>; <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301->

gerçeğe aykırı olup olmadığına kimsenin otorite sıfatı ile karar veremeyeceği ve gerçeğe aykırı kabul edilse dahi, toplumsal bir sarsma, silkindirme, konu üstünde düşündürme, tartışma açma özelliği teslim edilebilen iddiaların ortaya atıldığı “kamusal tartışma düzlemini ilgilendiren konularda” şüphe halinde özgürlükten yararlananı koruma gereğidir. Bugün, bir savaşın tam da içinde bulunan ABD’nde bile 11 Eylül saldırılarının “yine ABD tarafından organize edilmiş ve yürürlüğe konulmuş bir plan olduğu”nu iddia eden pek çok film, haber ve benzeri yapıtlar yayınlanabilmekte, yarımcılar yargılanmamaktadır. Irak savaşına karşı olanlar tarafından Amerikan hükümetine yönelik olarak sarf edilen küfürler, aşağılamalar ve benzer pek çok tahkir edici beyanların yazılı olduğu T-shirtlerle sokaklarda dolaşabilmektedir. Yine, Avrupa’nın pek çok ülkesinde de durum aynıdır. Kaldı ki oralarda da düşünce özgürlüğü ihlallerinin olması, bizim için mazeret olamaz. Düşünce özgürlüğü ilkesi bir idealdir. Bu evrensel idealin gerçekleştirilmesi yolunda, anlık karşılaştırmalar, görelî tavırlar değil ilkeler ve doğrular savunulmalıdır. İnsan hak ve özgürlüklerinin tanınmasında, devletler hukukuna özgü “mütekabiliyet: karşılıklılık esası” ve benzer koşullar aramak bütünü ile eskimmiş bir düşüncedir. Örneğin, X ülkesinde kölelik düzeni var diye, Y ülkesi X ülkesinin yurttaşlarını “köle” kabul edemez. Avrupa Birliği’nde kurumların tahkir edilmesini kabul eden ülkeler var diye, Türkiye’de de kurumların eleştirilmesi suç olarak kabul edilmek zorunda değildir.

#### h) Tüm İlkelerin Birlikte Uygulanması Gereği

Tarafsızlık, heyecansal ifadelerin korunması ve zarar ilkelerinin bir araya gelmesi sonuç olarak, sınırlandırmanın meşru olabilmesi için, dış dünyada meydana gelen ve ihlalin sonucunu oluşturan etkilerle, yani zarar ile ifade ve ifadede bulunanın kastı arasında sıkı bir bağlantının bulunması gereğini anlatır. Nedensellik ilkesi de sonuçta aynı koşulu daha dar anlamda anlatan bir ilkedir. Bu ilkedeki doğan ve onu en somut olarak yansıtan en önemli ölçütlerden biri yukarıda da değindiğimiz çağcıl “açık ve mevcut tehlike” (“clear and present danger test”) ölçütüdür. Bugün kabul edilen anlamıyla, ölçüt, şiddetin ya da suç oluşturan fiillerin savunulmasının, söz konusu ifade dolaysız olarak meydana gelebilecek hukuk dışı bir fiile teşvik

etmedikçe ve aynı zamanda böyle bir fiili tahrik ya da teşvike yönelmiş ve bu teşviki gerçekleştirmeye de yeterli olmadıkça serbest bırakılmasını anlatmaktadır. Kanımızca düşünce özgürlüğünün hem ‘salt ifade’yi hem de ‘iletişimsel eylemler’i içeren geniş anlamı ve hem bireysel hem de kamusal işlevleri gözetildiğinde tüm bu ilkelerin birlikte uygulanması ve bu ilkeler-silsilesinin, düşünce özgürlüğünü sınırlayan norm ve uygulamaların değerlendirilmesine ışık tutması gerekir.

## 2. Düşünce Özgürlüğünün Çok Çeşitli İşlevleri ve Koruma İlkeleri Gözetilerek Oluşturulan Sınırlar Çerçevesi

Düşünce özgürlüğünün güvence altına alınmasının temel nedenini bilmek, sınırların belirlenmesinde yol göstericidir. Yani düşünce özgürlüğünü sınırlayan bir normu uygulayan herkes işlev tartışmasını göz önünde tutmak zorundadır. Düşünce özgürlüğünün, toplumun farklı görüşleri tanıyarak demokratik karar vermesini sağlamaya hizmet ettiği için *siyasal*, toplumun gerçeği bilmesini sağlamaya hizmet ettiği için *bilimsel*, gerçeğin, özneler, nesnelere ve düşler yoluyla farklı görüşlerini estetik duygular yoluyla sezmesini sağlamaya hizmet ettiği için *sanatsal* amaçlarla kullanılan temel bir özgürlük olduğunu düşünüyoruz. Aynı zamanda, düşünce, insanın, öz-insanlık hali olduğu için onun ifadesi, yaşamın özüdür, insanın varoluşunun, kendi kendini gerçekleştirmesinin bir yoludur. Galileo, dünyanın dönmediğine inanılan bir düzende “yine de dönüyor” sözünü açıkça ifade edememiştir. Bu gerçeği kendi kendine fısıldamak zorunda bırakılmıştır. Hiçbir ilkeye, sonuca kadar -şu anda kabul edilen anlayışa göre- son nokta konamaz. İnsanlar, araştırmaya, tanımaya ve düşündüklerini başkaları ile paylaşmaya devam edebilmelidir. Özgürlük, bireylerin *kendini gerçekleştirmesini sağlar*. Düşünceleri ifade etmekten korkulan bir düzende, bireyler birbirleri ile ne kişisel, ne toplumsal bir ilişki kuramaz, mutlu olmazlar. Gizlilik, saklılık ve entrika dünyasının içine, yeraltına ve çevreden yabancılaştırmaya itilirler.

Düşünce özgürlüğünün sınırlanması konusunda birbirlerini tamamlayan temel ilkeler vardır. Bu ilkelerden en önemlisi; düşünce özgürlüğünün, en az bu özgürlük kadar önemli başka bir değeri koruması halinde sınırlanabileceğini anlatır. Düşünce özgürlüğü kadar değerli başka

değerlerin kataloğunu çıkarmak, kanımızca pozitif hukukçunun değil, düşünürün, insanın, insanlığın işidir. Şüphesiz bu arayışta çağdaş Anayasalarda yazılı olan değerler bize yol gösterecektir.

Düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasa ve uygulamaların sınırlandırılması konusunda yol gösterici bir başka temel ilke de bugün özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde geçerli olan, ancak Yeni Türk Ceza Kanunu'na, halkın bir kesimini diğer kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bağlamında da girmiş bulunan "açık ve mevcut tehlike" ölçütünde somutlaşmıştır.

Düşünce özgürlüğü kadar önemli olduğuna inandığımız bir başka temel değeri korurken, düşünce açıklaması sayılabilen bir eylem salt içeriği, mesajının anlamı gözetilerek değil, korunan değer bakımından yarattığı ikincil açık ve yakın tehlike sonuçlarına ve ifadede bulunanın bu sonuçlara yönelik kastına bakılarak sınırlandırılmalıdır. Bu nedenle soyut olarak hoşla gitmeyen ifadeler cezai yaptırıma bağlanamamalıdır. Başka türlü bir yaptırımdan değil ceza hukuku yaptırımından söz ediyorsak temel ölçüt bu olmalıdır. Etik yaptırımlar konusu ayrı bir tartışma düzlemidir. Korunan değerler nispi değil temel ve müspet, tehlike soyut değil somut olmalı, failin kastı, temel değer in sarsılmasına yönelik olmalıdır. Düşünce açıklaması, korunmasında birey ve toplum adına devletin yetkili olduğu, ciddi ve önemli bir menfaati açık ve yakın olarak zarara düşürmesi tehlikesini doğurmamışsa serbest olmalıdır.<sup>158</sup>

### 3. Düşünce Açıklaması Gerçeğe Uygun Olmalı mıdır? Gerçeğe Aykırı Düşünce Açıklamaları Nasıl Değerlendirilmelidir? Soykırım Yalanları ya da Soykırım İddiası Örneğinde Bir Tartışma

Düşünce açıklamalarının gerçekliği ya da gerçeğe aykırılığının sınırlandırmayı etkileyip etkilemeyeceği sorunu, bugün sadece hakaret (bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek

nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da yakıştırmalarda bulunmak) eylemlerinin ceza yaptırımından kurtulması bakımından değil aynı zamanda *soykırım yalanları* adı verilen olgunun, düşünce özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi açısından da önemlidir.

Düşünce özgürlüğünün özellikle "fikir oluşumu sürecine katkıda bulunmak" işlevi göz önünde tutularak, gerçeğe aykırı olduğu tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde kanıtlanmış olan ifadelerin koruma görmeyeceği savunulabilir. Özellikle gerçeğe aykırı bu açıklamalar, haysiyet gibi bireysel bir değeri zedeliyorsa. Şüphesiz gerçek olan vakıa açıklamaları her zaman korunmalıdır, bu çerçevede sorun gerçeğe aykırı iddiaların korunup korunmayacağı sorundur.

Son derece özgürlükçü sistemlerde bile özellikle bireysel haysiyet değerini zedeleyen hakaret fiilleri, kamu görevlilerine yönelik eleştiri değil ise ve kamuyu ilgilendirmiyorsa koruma görmez. Bununla birlikte, hakaret oluşturan eylemlerin cezalandırılmasının mı yoksa sadece tazminat yaptırımları ile karşılanmasının mı daha doğru olduğu Batı Avrupa'da hararetle tartışılan bir konudur. ABD hukuk sisteminde ise, hakaret suç olmaktan çıkarılmış sadece cezai tazminat yaptırımına ("punitive damages") maruz kalacağı kabul edilmiştir.<sup>159</sup>

Bilindiği gibi soykırım yalanı adı verilen eylemler; Federal Almanya'da, Nasyonal Sosyalistler (Nazi'ler) tarafından gerçekleştirilen soykırımın onaylanması, yalanlanması ve hafifletilmesi eylemleri, kamu huzurunu bozacak nitelikte olmak koşulu ile cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.<sup>160</sup> Bu norm sayesinde, özellikle, "Auschwitz Yalanı" adı verilen açıklamaların cezalandırılması hedeflenmiştir. Suç tipi siyasal açıdan her zaman tartışmalı kalmasına karşın, bu konuda, Anayasal güvence altındaki düşünce özgürlüğü ile herhangi bir ihtilafın söz konusu olmadığı noktasında görüş birliğine varılmıştır. Bununla birlikte özgürlükler hukuku bakımından değerlendirme yapan bazı yazarlar, özellikle değer yargısı içeren fikirlerle karışık olarak açıklanan "Auschwitz Yalanı"nın cezalandırılmasını, düşünce özgürlüğüne aykırı görmektedir.<sup>161</sup> Örneğin, "soykırım konusunun,

<sup>158</sup> Bugün Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesine de bir unsur olarak girmiş bulunan açık ve mevcut tehlike kriterinin kaynağı ABD Yüksek Mahkemesi'nin öğretileridir. Bu öğretiye zemin olan kararlar için bkz.: Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919); Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920); Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920); United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Burleson, 255 U.S. 407 (1921); Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920). 274 U.S. 380 (1927).

<sup>159</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'nin Garrison v. Louisiana 379 US 64 (1964) kararından bu yana.

<sup>160</sup> Alman Ceza Kanununun 130. Maddesi.

<sup>161</sup> Örneğin Stefan Huster, bu fikirdedir: *Das Verbot der "Ausc-*



Alman devletini siyasal şantaja maruz bırakmak için uydurulmuş bir politika” olduğunun iddia edilmesi halinde, hem soykırımın olmadığı “yalanı” hem de Almanya’nın siyasal şantaja boyun eğdiği “fikri” açıklanmaktadır. O halde, içinde bir fikir de barındırdığı için bu yalan korunmalıdır denmektedir.

Alman düşünce özgürlüğü kuramı ve uygulaması, özellikle, siyasal açıdan son derece istisnai bir durum olarak kabul edilen *soykırım yalanı* konusundaki hassasiyetin ceza hukuku yolu ile ifade edilmesine destek verirken, düşünce özgürlüğünün salt “fikir oluşumuna katkıda bulunmak” işlevini esas aldığı, başka işlevleri göz önünde tutmadığı söylenebilir.<sup>162</sup> Buna göre, tartışmasız bir tarihi gerçek, hele hele soykırım gibi bir tarihi gerçeği inkâr korunmamalıdır. Bu çerçevede, neden salt soykırım gerçeğinin ve özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya’da vuku bulmuş soykırım gerçeğinin inkârının cezalandırıldığı, başka gerçeklerin inkârının cezalandırılmadığı konusu net olarak açıklığa kavuşturulmamakla birlikte, böyle bir inkârın kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde yapılmasının gerekmesi, normun aynı zamanda kamu barışını korumaya yönelik bir norm olduğunu gösterir. Yani, bu çeşit bir gerçeğe aykırı açıklamanın, -özellikle Almanya’da, Alman soykırımını inkâr edecek şekilde yapıyorsa-, kamu barışını da bozma ihtimali olduğu yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte başka bazı Avrupa ülkeleri, örneğin Fransa, salt Yahudi soykırımının değil “Ermeni soykırımının” ve başka “soykırımların” inkârını da ceza tehdidi altına almıştır.

Türkiye’de ise, paralel tartışma tersten yapılmaktadır. Bu kere, *var olmadığı tarihi olarak ispatlanmış kabul edilen bir soykırımın* var olduğunu iddia etmek suç olarak, örneğin Türk milletini tahkir (301) suçu olarak kabul edilebilmektedir. Her durumda iki ülkedeki tartışma, toplumun önemli kesimlerinin hassasiyetlerine dayanan yasa koyucu otoritenin tarihi gerçekler hakkındaki kesin kabul edilmiş yargıları sorgulayan açıklamaları ceza tehdidi altına alıp alamayacağı tartışmasıdır.

*hwitzlüge*”, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, S. 487 vd.

162 Ayrıntılı değerlendirme ve literatür özeti için bkz. Öykü Didem Aydın, “Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika” (Freiburg i. Br.: iuscrim Verlag, 2006).

Tartışma, salt gerçeğe aykırılık noktasında değil, gerçeğe aykırı olduğu ispatlanmış kabul edilen vakıa iddialarının kamu barışını bozma eğilimleri nedeni ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasında da toplanmaktadır. Bu tartışmaya katılması gereken bir başka boyut, özellikle, tartışma konusu açıklamaların, muhataplarının kişi haysiyeti ve/veya insan onurlarını zedeleyip zedelediği boyutudur. Almanya’da bu açıdan, *Nazi zulmünün kurbanlarının* insan onurunun korunması tartışmaya dahil olurken, Türkiye’de *soykırımcı torunu olarak yaftalanmak istemeyen Türk insanının* kişi haysiyeti mülahazaları da katılmaktadır.

Hem Alman yaklaşımından hem de Türk yaklaşımından tamamen farklı başka bir düzen, düşünce özgürlüğü korumasının nerede ise mutlak korumaya yakın olduğu Amerika Birleşik Devletleri özgürlükler hukukunda somutlaşmaktadır. ABD’nde hakaret, toplumun kesimlerini tahkir, benimsenen değerleri aşağılama vb. açıklamalar suç olmadığı gibi; her türlü soykırım iddiası ya da soykırım inkarı, düşüncenin ifadesi olarak koruma görmektedir. Şüphesiz ceza hukuku bir yana ABD tazminat hukuku açısından belirli bireylere ya da gruplara yönelik tahkirin, bir bireyde “yoğun duygusal bir acı yaratmış olması halinde” kuramsal da olsa sınırlanabileceği kabul edilir. Ancak temelde yalnızca ifadenin mesajından ve bu nedenle genel olarak kabul edilen terbiye kurallarını ihlalden doğan toplum öfkesi (“sense of community outrage”) “bireysel üzüntünün” önüne geçer ise, sınırlama mümkün olmayacaktır.<sup>163</sup> Soykırım inkârı veya soykırım iddiası içeren açıklamalar, “toplum öfkesi” doğuran açıklamalar oldukları ve tek bir bireyde yarattıkları duygusal stres ölçülemeyeceği için genel olarak koruma görecektir.<sup>164</sup>

Hangi yaklaşım daha doğrudur? Kanımızca ABD’nde geçerli yaklaşım daha doğrudur, çünkü düşünce özgürlüğünün salt “fikir oluşturulmasına katkıda bulunma” işlevini değil, aynı zamanda “sarsıcı, silkindirici, genel geçer yargılara meydan okuyucu” rolünü ve özellikle, kamusal önemi olan tartışmaların açıklıkla yapılarak gerçeğin bulunmasına ya da yeniden sorgulanmasına katkıda bulunma işlevini de göz önünde tutmaktadır.

163 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH (1994).

164 A.g.e.

## V. SONUÇ

Yukarıda düşünce özgürlüğünün anlamını, işlevini, içeriğini ve sınırlarını genel olarak özellikle ABD ve Avrupa İnsan Hakları sistemi menşeli kuramlardan yararlanarak değerlendirmeye ve bir kuram çatısı geliştirmeye devam ettik.

Hepimize düşen görev, düşünce özgürlüğü gibi temel insani bir hakkın kullanımını bu derece etkileyen suçlar bakımından, düşünce özgürlüğünün işlevi konusunda kuramsal ve pratik tartışmalara girmek, *korunan hukuksal değer kuramını belirginleştirmek ve değerleri içerik ve önemlilik değerlendirmesine tâbi tutmak, tipik hareketlerin tanımını daha açık ve anlaşılır kılmak, suçun unsurları kuramı bakımından değerlendirmek ve özellikle saik kuramı ile tehlike kuramını* derinleştirmektir.

Düşünce özgürlüğü konusunda “komplo teorileri”ne girmeden, samimi ve şeffaf bir toplumsal kültürün gelişmesine katkıda bulunmak her aydının görevidir. Özellikle tarihçiler, siyaset bilimciler ve toplumbilimciler; Türklük bilincinden, etnik kimliğe, etnik kimlikten, askerlik ödevine, askerlik ödevinden başörtüsüne kadar pek çok konuda araştırmalarını derinleştirmeli, aklımızı meşgul eden konuların, gerçek sorunlar olup olmadığını tespiti yönelmelidir. Bugün yaygın bir şekilde 301. madde tartışılırken kamuoyu gündeminden uzakta çok sayıda kişi, halkı kanunlara uymamaya tahrik, bölücülük, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, örgüt propagandası gibi, yaptırımları çok daha ciddi suçlardan yargılanıyor. Yarın temel millî yararlar karşı faaliyet gündemde olabilir. Önemli olan salt gündemdeki suç değil düşünce özgürlüğünün genel ilke ve sınırlama ölçütlerini yaygın olarak tartışmaktır. Çünkü bu ilke ve ölçütler, düşünce özgürlüğünün önündeki her türlü gayrimeşru yaptırımı sorgulamada kullanılabilir.

Bu çalışmada yapılan değerlendirmeler, büyük ölçüde hukuksaldır ve geçerlilikleri, hukukun uygulanabilirliğinin sınırları olan sosyo-kültürel, siyasal, ekonomik ve sair kuramlarla sınırlanmak ve özellikle normatif-etik bir kuramla desteklenmek zorundadır. Şüphesiz, düşünce özgürlüğü “kuramları”na ilişkin meta-teorilerin de, bu alanda daha sağlam değerlendirmeler oluşturulmasında katkısı büyük olacaktır. Bu çerçevede; felsefi, tarihsel, kültürel, sosyolojik, psikolojik hatta ekonomik düşünce özgürlüğü kuramlarının incelenmesi

ve birbirleri ile ilişkilendirilmesi çok büyük önem taşımaktadır. Yine salt kuramlar değil, düşünce özgürlüğü aktivizminden öğreneceğimiz bilgi ve deneyimler de çok önemlidir. Özgürlükleri sınırlananların yazdıkları ‘hikâyeler’ de çok önemlidir. Tartıştığımız özgürlük, salt belirli bir meslek grubunun tekelinde ve salt akademik olarak ele alınmayacak kadar değerlidir.

Salt ifade suçlarının değerlendirilmesi bakımından, yargıç, zamanın iyileştirici etkisini göz ardı etmemeli, bir açıklamanın ya da yayının kamuoyunda hararetle tartışılmasını, belirli kesimlerin sert de olsa tepki vermelerini, ifadenin tehlikeliliğine yormamalıdır. Tehlike, gazete manşetlerindeki ya da televizyon ekranlarındaki aşırı ve kırıcı da olsa suç teşkil etmeyen fikir çatışmalarında değil; sokaklardaki davranışlarda, açılan tehdit telefonlarında, çıkan fiziksel kavgalarda, atılan fikir taşlarında değil, maddi taşlarda aranmalıdır. Her durumda tehlike, kamuoyu rahatsızlığı, sözel tepkiselliğinin ötesine geçen bir huzursuzluk ve güvensizlik ortamıdır.

İnsanlığın, korkularını tanımlamak ve denetim altına almak, biyolojik, kişisel ve toplumsal varlığı ile ilgili sorunlara çok yönlü yaklaşmak gibi bir misyonu ve kendi yazgısını belirlemek gibi temel bir ideali vardır. Her durumda, en yalın ve maddecî biçiminden en karmaşık ve idealist biçimine kadar etkili iletişim kurmanın, meramını anlatıp başkalarının meramını anlamının, alışveriş ve sözleşme etkinliklerinin, haber verip haber alma olanağının, üretim ve paylaşımın, eğlenmek, kutlama yapmak ya da yas tutmanın, çağdaş siyasetin ve siyasal seçim özgürlüğünün, bilimin, sanatın, kültür ve tarihin gelişmesi, ‘gerçeğin bulunması’, özetle toplumsal insanlığın varlıksal olarak en iyi biçimde korunması ancak düşünce özgürlüğüne azami koruma sağlayan düzenlerde söz konusu olabilir. Boş laf, yaygara ve kayıkcı kavgaları, fikir ifade etme kisvesi altında ekonomik istismar veya sahte siyasal gündem yaratma çabaları, gayrimeşru hegemonyanın dayatılmasına hizmet için gösterilen öcüler, makul insanın teveccüh etmeyeceği ayrımcı, ırkçı, mizantropist, anti-hümanist ‘gul-i beyabani’likler ise, bu özgürlüğe sahip olma yolunda ödeyeceğimiz zorunlu bedeller olarak düşünülmalıdır. Yine de yanlış bir fikir diye bir şey yoktur, belki sadece vakıalara ilişkin anlatılan yalanlar ve gerçekler vardır.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>
- <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>.
- <http://www.wsws.org/articles/2006/oct2006/turk-o27.shtml>.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 U.S. 209 (1977).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Abrams v. United States (250 U.S. 616 (1919))
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Ashcroft v. The Free Speech Coalition United States (122 S. Ct. 1405).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Bridges v. California, 314 U.S. 252, 263-68 (1941).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131 (1966).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Buckley v. Valo, 424 U.S. 1, 64 (1976).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cohen v. Cowless Media Co., 501 U.S. 663 (1991).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Connell v. Higginbotham, 403 U.S. 207 (1971).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Consolidated Edison Co. v. PSC, 447 U.S. 530, 533-35 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund, Inc., 473 U.S. 788 (1985).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157, 185, 201 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Garrison v. Louisiana 379 US 64 (1964).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Gertz v. Robert Welch, Inc. 418 U.S. 323 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hamling v. United States, U.S. 87 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Houchins v. KOED, 438 U.S. 1, 16 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111, 133 n. 16 (1979)
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Kunz v. New York; 340 U.S. 290 (1951).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NAACP v. Claiborne Hardware Co. (458 U.S. 886 (1982)).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NBC v. United States, 319 U.S. 190 (1943).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Near v. Minnesota ex. rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268 (1951).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978).

- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. ----, 112 S. Ct. 2538 (1992).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Saia v. New York*, 334 U.S. 558, 561 (1948).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Saxbe v. Washington Post*, 417 U.S. 843 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Scales v. United*, 367 U.S. 203 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47, 51-52 (1919).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969)].
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Fox*, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Bursleson*, 255 U.S. 407 (1921).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Acheson*, 195 F.3d 645 (11th Cir. 1999).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Hilton*, 167 F.3d 167 (1st Cir.1999).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Marshall*, 908 F.2d 1312 (7th Cir. 1990).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Mento*, 231 F.3d (4th Cir. 2000).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Whitney v. California*, 274 U.S. 357.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Winters v. New York*, 333 U.S. 507, 510 (1948).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Wisconsin v. Mitchell* (113 S. Ct., 2201).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Young v. America Mini Theatres, Inc.* 427 U.S. 50 (1976).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).
- AİHM Kararı: **Goodwin v UK** (1996) (para 61).
- AİHM Kararı: **Handyside v UK** (1976) (49).
- AİHM Kararı: **N v Sweden** (1986).
- AİHM Kararı: **Özgür v Turkey**, 16 March 2000.
- AİHM Kararı: **Sener v Turkey**, 18 July 2000-
- AİHM Kararı: **Steel a.o. v UK**, 23 September 1998.
- AİHM Kararı: **Barthold v Germany** (1985).
- AİHM Kararı: **Sunday Times v UK** (1979) (65).
- Alman Ceza Kanununun 130. Maddesi.
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı: BVerfGE 30, s. 292 vd.
- AVRUPA'DA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ/AİHS'NİN 10. MADDESİNE İLİŞKİN İÇTİHAT (Avrupa Konseyi, 2002, Çeviren Durmuş Tezcan).
- AYDIN, Öykü Didem: "Düşünce Özgürlüğü", "Edebiyat ve Hukuk" adlı site içinde <<http://www.edebiyatvehukuk.org>>.
- AYDIN, Öykü Didem: "Kırk Soruda Düşünce Özgürlüğü ve Sınırlanmasının Meşruiyeti" "Edebiyat ve Hukuk" adlı site içinde, <http://www.edebiyatvehukuk.org/dusunce-ozgurlugunun-anlami-ve-islevi-isiginda-dusunce-ozgurlugunun-sinirlanmasinin-mesruiyeti.html>>.
- AYDIN, Öykü Didem: "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, ss. 119-144.
- AYDIN, Öykü Didem: Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika (Freiburg i. Br.: iuscrim Verlag, 2006).
- AYDIN, Öykü Didem: Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004).
- BAKER: **Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment**, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1982).
- BAKER: **Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech**, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982).

- BAKER: **Scope of the First Amendment Freedom of Speech**, 25 UCLA L. REV. 964-974 (1978).
- BEVIER, LILLIAN R.: **The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle**, 30 STAN. L. REV. 299-358 (1978).
- BORK, ROBERT: **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**, 47 IND. L.J. 1-35 (1971).
- CISNEROS, DANNILLE: "Virtual Child" Pornography On The Internet: A "Virtual" Victim?, <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2002DLTRO019.pdf>>. ÇETİN, EROL: Açıklamalı-İçtihatlı Hakaret ve Sövme Suçları, Ankara, Ocak 2001.
- ELY, JOHN HART: **Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis**, 88 HARV. L. REV. 1482-1505 (1975).
- EMERSON, T.: THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970).
- GOMIAN DONNA/DAVID HARRIS: Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü (1998, Çeviren Orhan Kemal Cengiz).
- GREENAWALT, KENT: SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989).
- Greenbelt Cooperative Publishing Ass'n v. Bresler, 398 U.S. 6 (1970).
- HEIDEKING JÜRGEN: Revolution, Verfassung und Nationalstaatsgründung, 1763-1815, in: Willi Paul Adams, Ernst Otto Czempel, Berndt Ostendorf, Kurt L. Shell, P. Bernd Spahn, Michael Zöller (Hrsg.): Die Vereinigten Staaten von Amerika, Geographie, Geschichte, Politische Kultur, Politisches System, Wirtschaft, zweite Aufl., Band I, 1992.
- HELLER, AGNES: Bir Ahlak Kuramı, Çevirenler Abdullah Yılmaz, Ertürk Demirel, Koray Tütüncü (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2006).
- HERZOG, ROMAN: Maunz, Theodor, Dürig, Günter u.A.: Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-11, München 2001 içinde, Art. 5 Abs. I, II.
- HUSTER, STEFAN: **Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht**, Neue Juristische Wochenschrift, 1995.
- KABOĞLU İBRAHİM: "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri) ve Türkiye", **İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 15, 1993'ten Ayrı Bası** (TODÁİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi'nin İnsan Hakları Günü (10 Aralık 1993) dolayısıyla düzenlediği "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası (Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Uygulaması" konulu Konferans'ta yapılan konuşma metni).
- LAWRENCE, FREDERICK M.: **Resolving Hate Crimes/ Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech**, 68 NOTRE DAME L. REV. 673-721, n.3 (1993).
- LEVY, L.: JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES - THE DARKER SIDE (1963).
- LEVY, L.: LEGACY OF SUPPRESSION: FREEDOM OF SPEECH AND PRESS IN EARLY AMERICAN HISTORY (1960), 6. Kısım.
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER: FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948).
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER: POLITICAL FREEDOM (1960).
- NIMMER, MELVILLE B.: **The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment**, 21 UCLA L. REV. 29 (1973).
- PETTINGER, GAYLE LYNN: Note, **Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by any Other Name**, 62 IND. L.J. 779 (1986-87).
- REDISH, MARTIN: **The Value of Free Speech**, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982).
- RUMPF, CHRISTIAN: "Ölçülülük İşlevi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, 10. Cilt (1993), ss. 25-48.
- SCANLON: **Freedom of Expression and Categories of Expression**, 40 U. Pitt. L. Rev. 519 (1979).
- SCHAUER, FREDERICK.: FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982).
- SHRIFFRIN, STEVEN, **The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment**, 78 Nw. U.L. REV. 1212-1283 (1983).
- SMITH, J.: FREEDOM'S FETTERS -THE ALIEN AND SEDITION LAWS AND AMERICAN CIVIL LIBERTIES 159 (1956).
- SMOLLA RODNEY A.: SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, §1.04 (2) (1994).
- SOYASLAN, DOĞAN: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden geç. 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002).
- STEWART: **Or of the Press**, 26 HASTINGS L.J. 631 (1975).
- STOCK, JÜRGEN: Meinungs- and Pressefreiheit in den USA. Das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an die Gesetzesgestaltung, Baden Baden, 1986.
- THE BILL OF RIGHTS: A DOCUMENTARY HISTORY 1153 (B. Schwartz ed. 1971).
- THOMSON, JUDITH: **Some Ruminations on Rights**, 19 ARIZ. L. REV. 45 (1977).
- Türk Ceza Kanunu.
- ÜNVER, YENE: Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- WORKS OF THOMAS JEFFERSON (P. Ford, ed. 1905).
- YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.7.2006.