

kamu” olarak ikiye ayırmak işlevsel görünmektedir. Geniş anlamda kamu sivil topluma ve sivil toplum kuruluşlarına işaret etmektedir. Özellikle “kuruluşlar” söz konusu olduğunda, sınırlar iyice genişlemekte, sivil toplum kuruluşları sadece belli bir ülkeyle sınırlı kalmamakta, uluslararasılık ve uluslararasılık gündeme gelmektedir; bir başka deyişle küresel boyut ortaya çıkmaktadır. Küresel olan, küresellik, benimlenen, sürdürülen kültürel/tarihsel yapıya göre yereli yerinden edebileceği gibi, farklı düzeylerdeki direnmelerle katılaşmaktadır. Küreselleşme olgusunda yerelin konumlandırılışının iki türlü olduğu açıktır. Bir yandan yerel, kendisi olmaktan çıkmakta, bir yandan da kendisiyle hep aynı kalmayı yeğlemektedir. Tarihsel, kültürel, yerel olan toplumsal olanla birlikte giderken; kamusal/kurumsal olan tarihsel olanla birlikte gidebilmektedir. Özellikle uluslararası boyutta öne çıkan “haklar” kavrayışıyla birlikte, tarihsel olan kendini daha iyi gösterebilmektedir. Böyle bir yapının arkasında belli bir toplumsallık dokusu bulmak olanaklı mıdır? Söz konusu toplumsallık olsa olsa etik olanı içerendir. Ancak toplumsal oluşumlar da bunu bulmak olanaklı mıdır? Toplum oluşturan bireyler arasındaki ilişki-

lerde ahlaksal olan, etik olanın önüne geçmekte değil midir?

Toplum-kamu ilişkilerinde öne çıkan sorunlardan biri de her iki alan arasındaki sınırların çizilmesine ilişkindir. Eğer felsefe bir sınır çizme çabasıysa, toplumla kamunun sınırları nasıl çizilecektir? Bu alanlar gerçek anlamda “alan” mıdır; yoksa söz konusu olan sadece işlevler midir?(11) Toplumun ve/veya kamunun yapılış işlevlerinde mi kendini açığa çıkaracaktır ya da görünürlük kazanacaktır? Burada ileri sürülenleri iki karşıt felsefe kültürü (: öz-cü olan/olmayan felsefe kültürleri çerçevesinde) mantıkça olanaklı düşünme doğrultularıyla daha belirgin, anlaşılabilir bir duruma getirebiliriz. Kamusal olan tümüyle toplumsal olanın etkisi altındadır ya da toplumsal olan tümüyle kamusal olanda yansımalıdır anlayışı duruma göre son derece tehlikeli durumlar doğurabilir. Kimi yasa değişikliklerinde sunulan bir gerekçe olarak bu görüş, üzerinde ayrıntılı bir biçimde düşünülmesi gereken bir görüştür. Yasa koyucunun toplumun belirsizliğini, soyutluğunu gidermek üzere yararlanabileceği çalışmalar çoğaltılmalı; kültürel arkaplan yeni araştırmalarla çözümlenmelidir.

## Düşün Özgürlüğü

Sami Selçuk<sup>(\*)</sup>

İnsan onuru bütün çağlar için geçerli bir değerdir. İnsan hakkının çiğnenmesi, onurun da çiğnenmesi ise<sup>(1)</sup>, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme koşulu olan düşün özgürlüğünün çiğnenmesi, son çözümlenmede, insanı insan kılan onurun örselenmesi demektir. Zira düşünmek, düşünce üretmek, insanı insan kılan etkinliktir. Onur amaç, düşün özgürlüğü araçtır.

Düşün özgürlüğü, bir iç hukuk sorunu değil, ulusüstü hukukun en önemli konularından biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. ve 10. maddelerinde yer almış ve AİH Mahkemesinin kararlarıyla yerleşik ölçütler kazanmıştır.

Demokrasilerde, görüşler arasında hiyerarşi olmadığından, hiç bir düşünce sistem dışına itilmez, hepsi eşit değerdedir, özgürce yarışır ve her biri iktidara gelmeye her zaman adaydır<sup>(2)</sup>. Görüşler, yararlı/zararlı diye ayrılmaz. Toplum ve bireylerce, özgür tartışma ortamında doğru/yanlış diye değerlendirilirler yalnızca.

### A-BEYİN ÖZGÜRLÜĞÜ:

İlkin düşünme özgürlüğünden başlıyalm.

Düşünme bir etkinliktir. Beynin işlevidir. Gözümüzle görür, kulağımızla

işitiriz, midemizle sindirir, beynimizle düşünürüz. İsteriz ki, bu etkinliklerin hepsi gönülümüzce olsun. Deniz kıyısındaki evimizin önü bir gökdelenle kapatılmışsa, denizi istediğimiz gibi görme özgürlüğümüz sınırlanır. Dolmuştaki müzik aygıtı sonuna dek açılmışsa, o artık bizim için bir gürültüdür. Bu bir de hoşlanmadığımız bir müzik türü ise, işitme organımız bize dayanılmaz bir işkenceyi iletme, biz de onu dinlemek zorundayız demektir. Sağlık ya da bir başka nedenle belli ölçüde ve belli besinleri almak zorundayızsa, midemiz yalnızca verileni sindirmeye yargılı olacaktır.

Yaşamımız bu tür sınırlamalarla doludur hep.

Örnekleri uzatmadan beynimize gelelim. İnsan beyni dış dünyanın sunduğu algılamalara göre düşünür. Bu girdiler sınırlıysa düşünme etkinliği de sınırlı; oluşacak düşüncede de yanlış payı o denli yüksek olacak demektir.

Beyin dış dünyadaki gözlemlerini sözcüklere dönüştürerek algılar. Dildeki sözcük dağılımı ince ayrımları sergileyecek düzeyde değilse, beyin düşünme ufku ister istemez daralacaktır. Bir insanın dünyası, bir yerde diliyle sınırlıdır. Anadili birkaç yüz sözcükten oluşan biriyle, binlerce sözcükten olu-

(\*) Doç. Dr., Onursal Yargıtay Başkanı

(1) RENUCCI, Jean-François, *Droit européen de droits des l'homme*, Paris, 2001, n. 1; DONNELLY, Jack, (M. Erdoğan/L.-Korkut), *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Ankara, 1995, s.27.

(2) LADHA, İleten: SUNAY, s.10.

(11) Bu noktada son zamanlarda yapılan tartışmalar anımsanmalıdır.

şan bir başkasının düşünce oluşturma olanakları arasında dağlar vardır. Tek dil bilenle birden çok dil bilen kişilerin bilgi edinme kanalları elbette özdeş değildir.

Demek, beynin düşünme yetisi, dildeki sözcük zenginliğiyle doğru orantılıdır. O yüzden gelişmiş dillerdeki sözcük sayısı bilimsel etkinlikleri yanıtlayacak düzeydedir.

Ayrıca hiçbir dil masum değildir. Çünkü, her dil birbirlerinden farklı olarak, bilgi, kural ve duygu çağrışımlarını barındırır ve sözcükler böylesine çağrışımlarla yüklüdürler.

Beynin algılama, bilgi edinme kanallarını tıkayan etkenler elbette pek çoktur. Ancak bunun en tehlikelisi devlet etkenidir. Devlet, yansız değilse, sözcüğü, bir dini, inancı ya da görüşü benimsemişse; onu sokakta, okulda, her yerde beyinlere dolduracak; onun dışındaki bütün inançları, görüşleri ve de onları benimseyenleri önceden mahkûm edecek demektir. Varlık nedenini belli bir inancın/görüşün yaşamasına bağlayan böyle bir devlet, daha doğarken insanların kafalarına usavurma polisleri yerleştirir. İnsanların beyinlerini kendi çarklarıyla biçimlendirir. Çünkü insanların başkalarına katlanamaz. Herkesi, düşüncel açıdan tek bir kalıba dökmek ister. Devleti yönetenin/yönetenlerin egemen olma tutkusudur/içgüdüdür, bu.

Aynı düşünceyi paylaşma, kuşkusuz çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Birincisi yumuşak yaklaşımdır. İlk akıl-cı yöntemlerle, tartışılarak, kanıtlar sergilenerek beyin etkilenmek istenir. Bu demokratik yöntemdir. Demokraside kullanılan ikinci yumuşak yöntem ise, halk avcılığı/dalkavukludur. Bu yön-

tem, akla aykırıdır, duygusaldır. Söylemden, propagandanın başlar, beyin yıkamaya dek uzanır. İkinci yaklaşım ise katıdır, serttir. Kınamadan başlar, gözdağı verme, hapis, sürgün, hatta ölüm cezasına değin varır. Siyasal/dinsel, toptancı/tümelci ideolojiler ve bunu benimseyen devletler, halk dalkavukluğu, beyin yıkama yöntemiyle yola çıkmış; ikinci yaklaşımla sürdürmüşlerdir, oyunlarını. Bunlardan, Calvin, Mao gibi kimileri, insanları yalnız düşünsel açıdan değil, giysi açısından da birbirlerine benzetmeye bile yeltenmiş, bir tür "beğeni suçu" işlemişlerdir(1). Günümüzde, kimi düşünceleri/inançları "işte tehlike!" diyerek savcılara, polislere çağrı çıkaranlar da, ayırına varmadan, bu rejimlerle bütünleşiyorlar. "Böyle bir rejimde insan beyni ne mence şeydir?" diye düşünmek gerekmez mi? Gözeleri resmi klişelerle/sloganlarla/önyargularla tıka basa dolu bir beyindir bu. Evet, ideolojik banyodan geçmiş bir beyin. Böyle bir beyinse devletin ideolojisi dışında kalan her inancı/görüşü sürgit geri püskürten hasta bir organdır. Onu yaratan devlete gelince; o, artık Nietzsche'nin deyişiyle "çaldığı dişlerle ısırın hain bir yaratıktır". Böyle bir devlette insanlar düşünmezler, düşünemezler. Düşünemedikleri için de tartışamazlar. Yalnızca ezberlerler. Ezberlenen inançları çoğu kimse sorgulayamaz, ilişemez. Yine de zaman zaman karşıt inancı ya da görüşü benimseyenler ortaya çıkar. Çıkacaktır. Ama artık ortada "tartışan iki yan değil, çarpışan iki ordu vardır" (Russell).

14. Louis'nin "Tek kral, tek yasa, tek inanç" deyişinde özetlenen tümelci zorba devletler, zorbalıklarını sürdürmek için kullandıkları baskı tekniğine enin-

de sonunda yenik düşmeye yargılıdır. Çünkü insanın doğası ve onuru, tek biçimlilikle çatışır durur. Böyle bir devlet ise, ister istemez militanlaşır. Karşıt görüşlerin boşalma olanakları bir rejimin güvenlik sigortasıdır. Tümelci devlet bu kanalları kapattığı için, tartışma rejimin içinde değil, üzerindedir. Kutuplaşmalar ve patlamalar kaçınılmazdır. Resmi görüş de, karşıtı olmadığı için bir süre sonra içine büzülüp kapanacak, sloganlaşıp dogmalaşacaktır. Böyle bir görüş, belli bir zaman dilimine hapsedildiğinden gelecek boyutundan yoksun kalacak; güdük ve melan-kolik her ideolojinin başına gelen onun da başına gelecek, tükenip gidecektir. Newton'ın "tembellik yasası"nın, toplumsal düzlemdeki yansımasıdır, izdüşümüdür bu. O yüzden doğayla ters düşme pahasına, kafaca, hatta bedence tek biçimli insan yetiştirme savıyla ortaya çıkan ve insanlığın başına bela kesilen bu tür tümelci rejimler, tarihin her döneminde kan ve gözyaşı bırakarak çökmüşlerdir.

"Tarih yinelenmemeli" dileğinde birleşenler, tümelci rejimlerin karşısına özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiyi çıkarmışlardır. Tümelci rejimler, aslında her şeyin sorgulanabildiği, hiç bir şeyin kutsanıp yasaklanmadığı, her bireyin kendisi olduğu özgürlükçü çoğulculuğun düşmanıdır. Çünkü insan beyni ancak çoğulcu bir ortamda özgürce düşünenebilir, gelişebilir.

Anayasamızın 5. maddesine göre "...kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak"la yükümlüdür devlet. Böyle bir devletin, her şeyden önce düşünce üreten beynin özgürce düşünme özgür-

lüğünü sağlayacak ortamı yaratması gerekmez mi? İnsan hak ve özgürlüklerine inanan, hukuka bağlı ve yansız olması gerekmez mi? Düşünme etkinliğini örseleyen yasaklar, ilişilmezler (tabular), önyargılar çoğulcu bir ortamda elbette yeşeremezler.

Unutmayalım. Düşünme özgürlüğü devlet gibi düşünmeme özgürlüğünü, "kurulu düzeni sorgulamayı, gerektiğinde kınamayı, mahkûm etmeyi de içerir" (Laski). Bunun doğal sonucu şudur: Demokrasi, kendine karşıt olan inançlara/görüşlere de yaşama hakkını tanıyan bir rejimdir. Onun sağlıklılık koşulu budur. Ancak böyle bir demokrasidir ki, onu yıkmayı amaçlayan akımlara karşı bağımsızlık kazanabilir. Eğer, demokrasi, bu hoşgörüden yoksunsa, bağımsızlık kazanamaz. Tersine, reddettiği tümelci rejimlerle benzeşmeye, eninde sonunda yıkılmaya yargılı olur. Tıpkı, insan doğası pahasına bir resmi görüşü benimseyen; çoğulculuğu yadsıyan, o yüzden de tek biçimlilik ekmeğe yeltendiğinden yıkım biçen yanlı/tümelci devlet gibi. Yeryüzünde devleti ve insanlığı canavarlaştıran böyle rejimler olduğu sürece "Nazi ideolojisine karşı yazma özgürlüğünü savunanlar" -ki Sartre söylüyor bunu- hep çıkacaktır. Ancak Sartre'lar, yalnız bu tür rejimler için değil, yörüngesinden sapma gizini bağrında taşıyan demokrasiler için de gereklidir.

Çağcıl demokrasi, çoğulculuktan vazgeçemez. Vazgeçtiği anda kendini öldürmüş olur. Çünkü demokrasi, tümelciliğin de bütün tohumlarını kendi bağrında yaşatır. Hoşgörüsü onun yaşama koşuludur. Tümelci tohumlar demokraside bu hoşgörüsü nedeniyle egemen olamazlar. Bunun temel nedeni de şudur: Demokratik hoşgörü bu tümelci

(1) RENUCCI, Jean-François, *Droit européen de droits des l'homme*, Paris, 2001, n. 1; DONNELLY, Jack, *(M. Erdoğan/L.-Korkut), Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Ankara, 1995, s. 27.

tohumları da yapısal çoğulculuğa zorlayarak evcilleştirir, etkisizleştirir. Demokrasinin dehası da işte bu noktada ortaya çıkar. Demokrasiye gerçekten bağlı olanlar, bu noktayı göz ardı ederlerse, tümelciliğin tuzağına düşerler. Tarih bilincinden yoksun siyasetçilerle sözüm ona düşünürlerin sık sık bunu gözden kaçırdıkları, ürkek yaklaşımlarla demokrasinin tehlikeye düşeceği kaygılarına kapıldıkları çok görülmüştür.

Varsayalım ki özgürlükçü/çoğulcu demokrasiyi, yansız devleti oluşturduk. Düşünme özgürlüğü için bu yeterli mi? Elbette değil. Beynin özgürce düşünebilmesi için, kimi etkilerle, kolaycı yöntemlerle oluşan önyargılardan da temizlenmesi gerekir. Sağlıklı bir beyin, bu önyargıları, dikkatli bir iz sürücü gibi, sorgulayarak, eşeleyerek, kör noktaları ısıtıp yeniden yapılarak, gerektiğinde yıkarak ilerlemesini bilmelidir. O yüzden 1898'de Spencer, eğitim, sınıf, ulusçuluk, politika ve dinin insan beynini önyargılarla doldurduğunu uzun uzun irdelemişti. Sokrates ömrü boyunca önyargılarla çarpışıp durmuştu. Düşünürler, "tabula rasa"dan söz etmişlerdi. Durkheim onları silip atmak için "bilinçli bilmezlik kuralı"nı ortaya atmış, Husserl ayrıca almayı önermişti. Bachelard, önyargılarla dolu bir beynin, doğruları bulmak için çok yaşlı olduğunu söylemişti.

Düşünme insanın bir yetisidir. Bu yetinin sağlıklı olabilmesi için bu zihinsel yeti alanının doğumla başlayarak sürekli genişlemesi gerekir. Bu genişleme ise, düşünme, duyma, sezme işlevlerinin sürekli uygulanması ile sağlanan bir seçme süreci ile gerçekleşir

(3) ÖNER, Necati, *İnsan Hürriyeti, Vadi Yayınları, Ankara, 1995, s. 91.*

Görülüyor ki, hiç de kolay değil, düşünme özgürlüğünü gerçekleştirmek. Önce yasaksız, cam gibi saydam bir ülke/devlet gerek. Sonra da her şeyi yönetsel kuşkuyla irdeleyen önyargısız bir beyin. Ne birincisi düş bir ülke, ne de ikincisi bulunmaz bir Hint kumaşı. Yeter ki, yöneme ve ilkelere bağlı insanlar olalım. Bu bir nefis eğitimidir. Zaten, kendisine karşı gerçekçi savunacak oranda sağlam ve sağlıklı olanlar, derinlemesine inceleme yapmadan yargı/oy oluşturmayacak oranda yığıttirler. Çünkü özgürdüler. Kafaları özgür olanlar, ister istemez yigit olurlar.

Kuşkusuz yüreklerimiz sevgilerle dolu olmalı. Değerlerimizi ona gömelim. Ama beyinlerimiz, özgür ve sağlıklı olmalı her zaman.

"At at olarak doğar. Ama insan insan olarak doğmaz; oluşturulur" (Erasmus).

## - II -

### B-DÜŞÜNCEYİ İNANCA SAHİP OLMA VE ONU İÇİNDE TUTMA ÖZGÜRLÜĞÜ:

Beyin, düşünme, bir görüşe/kanıya sahip olma özgürlüğü, felsefi, dinsel, siyasal, toplumsal, ekonomik v.b. alanlarda bireyin doğru yeğleme yapabilmesidir. Yeğleme, din alanında olunca, din ve vicdan özgürlüğüne dönüşür. Vicdan özgürlüğü, din dışı görüşlere de inanmayı içerdiğinden, daha geniştir ve din özgürlüğünü de içine alır<sup>(4)</sup>.

Birey bu yeğleme nedeniyle bir kaygı duymamalı ve onu açıklamaya zorlanmamalıdır.

İnanç ve özellikle siyasal düşünceye sahip olma özgürlüğü kamu hizmetine girerken söz konusu olmaktadır. AİHM, iki kararında yönetimin bu değerlendirmeyi yapmaya hakkı olduğu-

nu vurgulamıştır. Anayasaya bağlılık görevine aykırı gören Alman uygulamasını aynı tarihli iki kararında yerinde bulmuştur<sup>(4)</sup>.

Eşitlik ilkesi de, hizmete almada farklı işlem yapılmamasını gerektirir<sup>(5)</sup>.

### C-DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ:

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, her şeyden önce, birçok özgürlük için birçok özgürlük de bu özgürlük için araçtır, önkoşuldur: Öğrenim, bilim ve sanat, basın, gösteri, toplantı, dernek, siyasal parti, sendika, sivil toplum örgütü oluşturma, din, vicdan ve tapınma özgürlükleri gibi özgürlüklerin kökeninde anlatım özgürlüğü vardır.

Kurulu düzeni iyileştirmenin, sorunları çözenin biricik aracı, düşünceyi açıklama özgürlüğüdür. Bu ise her görüşün tartışılabildiği, hiçbir görüşün kutsal ve ayrıcalıklı sayılmadığı bir ortamda olanaklıdır. Tartışma dogmalasmayı, tabulaşmayı önler, öfkeleri yatıştırarak barışı sağlar. Söz hakkı olan kimse toplum barışını bozmaya yeltenmez, sistem içinde kalarak diyaloga katılır. En uçtaki görüşler bile yan yana gelerek diyalog kurabiliyor ve tartışabiliyorlarsa o toplumda barış ve ilerleme var demektir.

İkincisi, bu özgürlük, "demokratik toplum düzeninin" (Anayasa, md. 13/2) temel dayanaklarından biridir. Onun çerçevesini devlet ve devletin gereksinimleri değil, demokrasi belirler.

Demokraside iktidar, elbette azınlıkta kalanların haklarıyla sınırlandırılmış çoğunluğundur. Ama, haklılık/doğruluk nitel bir kavramdır, nicel değil. Bu

yüzden çoğunluk haklıdır diye bir kural yoktur. Olamaz da. Ama, çoğunluğa dönüşme hakkı diye bir hak vardır ve bu da azınlığın en önemli hakkıdır.

Azınlıkta olanlar elbette çoğunluktan farklıdır; farklı görüşlere, seçeneklere sahiptirler. Demokraside, bu yüzden devletin dini kutsallığı ve ideolojisi yoktur. Devlet, farklılıkları meşrulaştırıp düzen içine çektiği oranda saygındır ve meşrudur.

Devletin ideolojisi, dini olmadığından, her türlü görüş ve inanç, çok sesli ortamda özgürce sergilenir. Bu yüzden, yalnızca her tür görüş ve/ya da inancın açıklanması anlamında, demokrasilerde düşün suçu olmaz.

Antidemokratik, teokratik, özellikle totaliter rejimlerde devletin bir dini ve/ya da ideolojisi vardır. Bunların dışındakilere yaşam hakkı tanınmaz. İnanç ve /ya da görüşlere ulaşma kanalları tıkalıdır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, yalnızca yönetenler için bir haktır. Dogmalar, sloganlar ezberlenir. Kurulu düzen eleştirilemez. Tek seslilik, tek biçimlilik, bireyleri kalıplaştırma egemendir. Görüşler yoktur, tek görüş vardır. Öbürleri ise düşünce suçlarının kapsamına girerler.

### DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇERİĞİ:

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, bireysel seçimin/kararın beyin (zihin) dışında yansıtılmasıdır. Seçmeyle saptanılan amaçlara ulaşma etkinliğidir. Bireylerin ve toplumların ilerlemesinin temel koşuludur<sup>(6)</sup>. Eleştiri, inanç ve görüşe göre davranma, inandığı görüş ve

(4) Kosiek, (Almanya), 28.6.1986; Glaserapp, (Almanya), 28.8.1986. Ancak, dokuz yıl sonra bir görevlinin Alman Komünist Partisindeki etkinliği nedeniyle işten atılmasını, düşün özgürlüğünü çiğneme olarak değerlendirmiştir: Vogt (Almanya) 26.9.1995.

(5) AKILIOĞLU, Tekin, *Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, Haz: Mesut Gülmel, TODAİE, Ankara, 1992, s. 30, 31.*

(6) AİHM, Bergens Tidende, (Norveç), 2.5.2000; Nilsen ve Johnson, (Norveç), 25.11.1999; Oberschlick, (Avusturya), 23.5.1991.

inançları başkalarına benimsetebilme olanak ve haklarını içerir. Propaganda da buna girer.

### I-Konu açısından:

#### A-Anlatımın türü

AİH Sözleşmesinin düşün özgürlüğü-nü öngören 10/1. madde ve fıkrası "genel hüküm"dür<sup>(7)</sup>. Bu özgürlüğün, hukuksal/yargısal boyutunun yanı sıra, özü ve insanın var oluş olgusu nedenleriyle felsefi, siyasal, toplumsal, kültürel, sanatsal boyutları da vardır<sup>(8)</sup>. Bu yüzden, evrensel düzeyde, düşünceyi açıklama özgürlüğünün içeriğini ve öngörevlerini saptarken, hukuksal kurallarla yetinilemez. Yerel düzeyde ise, Anayasa ve hukuksal sisteme egemen olan felsefe, haklara ve özgürlüklere yaklaşım biçimi, devlet ve bireyin karşılıklı konumları, devletin ideoloji ve inançlar karşısında yansız olup olmadığı, toplumsal kesimlerin ve bireylerin hoşgörü anlayışları, çoğulculuk bağlamında farklılıkları koruma kaygıları, yargının çağcıl demokrasinin olmazsa olmaz boyutlarını algılamada gösterdiği yeterlilik gibi olguların değerlendirilmesi zorunludur<sup>(9)</sup>.

#### B-Anlatımın niteliği

Vaktiyle Oscar Wilde, "sakıncalı olmayan bir görüş, çoğu kez düşünce olarak üzerinde durulmaya değmeyen bir görüştür" demişti. Amerikan Yüksek Mahkemesinin Terminiello / Chicaco davasını kaleme alan Yargıç Douglas

şöyle diyor: "Düşünceyi açıklama özgürlüğü, asıl amacına, hiç kuşkusuz te-dirginliği kışkırttığı ve hoşnutsuzluk doğurduğu, dahası bireyleri hiddete sürüklediği takdirde topluma hizmet etmiş olur. Demeçler ve sözler çoğu zaman tartışmaya çağırıcı ve meydan okuyucudur. (Böylelikle) önyargıları çökterebilir ya da var olan kurulu düzeni sarsıcı etkiler doğurabilirler"<sup>(10)</sup>

AİH Mahkemesi de, "demokratik toplum düzeninin temel dayanaklarından biri olan anlatım özgürlüğünün" yalnızca "zararsız ya da önemsiz, hoşagiden" değil, "toplumu inciten, şaşırtan, sarsan, kaygılandırıcı görüşlerin de sergilenmesine izin verdiğini" vurgulamıştır<sup>(11)</sup>. Zira demokratik düzen, kendine güvenen bir düzendir. "Düşüncenin donma noktası olmadığını" (M. Fuat), "gelecek zamanların güçle/zorla değil, akılla kazandığını" (Aiskhylos) bilir, demokratik düzen.

AİH Mahkemesine göre, sivil ve siyaset toplum, görüşlerin özgürce değişimiyle beslenir, düşünsel tartışma ortamına, bireysel kanı oluşmasına katkıda bulunur. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamını demokratik toplum düzeni belirler. Statüye ve resmi görüşe aykırı düşünceler de özgürdür, devlet ve organları bütün görüşler karşısında yansızdır<sup>(12)</sup>. Din dersleri dahil, öğrenim sorgulayıcı (agnostik), kuşkucu olmalı, beyin yıkayıcı, belli görüşü aşılmalı (endocinment) olmamalıdır<sup>(13)</sup>. 1982

Anayasasının başlangıcında kimi görüşler karşısında, kimi görüşlerin korunamayacağı belirtilerek yanlı devletin görüşler arasında ayrıcalık ve farklılık yarattığı izlenimi verilmiştir. Bu doğrultuda gelişen yazılı hukuk (Anayasa md. 14, 17, 24, 34/4, 68/4), özellikle Anayasanın 14. maddesine göre, hak ve özgürlüklerin kullanımının eylemli olarak başkalarına doğrudan zarar verip vermedikleri değil de, maddede sayılan yanlış amaçlarla kullanılmaları, kötüye kullanım için elbette yeterlidir. Oysa, çağcıl demokratik toplum düzeninde, devlet organları kural olarak bireylerin amaçlarıyla, iç dünyalarıyla uğraşmazlar. Eylemleriyle uğraşırlar<sup>(14)</sup>. Esasen, bu amacı saptamak zordur. Anayasanın başlangıcındaki "hiçbir düşünce ve mülahaza" diye başlayan kesimiyle birlikte düşünüldüğünde, bu maddenin düşün özgürlüğünü daraltıcı tehlikesi göz ardı edilemez.

Sınırlı bir demokrasi anlayışını yansıtan 1982 Anayasasını, Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlükleri genişleterek yorumlamadan asıl işlevini yerine getirmediğinden, bu tehlike daha da artmıştır.

Eğer, Anayasa Mahkemesi, pozitivist (yazılı hukuk) özgürlük anlayışını benimserse, hak ve özgürlükler Anayasayla sınırlı olacak; doğacı (natüralist)

anlayışı benimserse Anayasa dışındakiler de benimseyip korunacaktır.

### II-Araç açısından:

Araçlar da koruma altındadır (AİHS., md. 10)<sup>(15)</sup>. AİHS'nin 10/1. maddesi genel, haberleşme özgürlüğüyle ilgili 8. madde ve 1 sayılı protokolün yasamaya seçimle ilgili 3. maddesi özel hükümdür.

Araçlar, söz, yazı, resim, yontu (heykel), müzik, sinema, ekonomik seçimi sağlayan ticari ilanlar/reklamlar, anlatımın anlam ve içeriğiyle ilgili olduğundan seçilen dil, başkasına zarar vermemek koşuluyla kazık dikme, barışçı gösteriler, bedensel ve giysiyle ilgili anlatımlar, bu özgürlüğün kapsamına girerler<sup>(16)</sup>.

Kullanılan dil, anlatım özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.

Resmi işlemler resmi dilde, Türkiye'de Türkçe olacaktır.

### III-Anlatım özgürlüğünün bileşenleri:

Haber, görüş, düşüncenin hammaddesini sağlarlar.

Uluslararası niteliktedir ve özgürdür<sup>(17)</sup>. Kişisel değil, genel bilgi kaynaklarına ulaşma hakkı herkesi ilgilendirir. Ancak, bireyin kendisiyle ilgili kaynaklara ulaşma hakkını içermez<sup>(18)</sup>. "Yönetimde açıklık/saydamlık" kavramı, bilgi ve belgelere ulaşmayı gerektirir.

(7) AİHM, Ezelin, (Fransa), 26.4.1991.

(8) AİHM, Müller, (İsviçre), 24.5.1988.

(9) SUNAY, Reyhan, (Anayasa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Tez, Konya, 1999, s. 1, 2, 22, 89.

(10) İnciten: ODDO'dan SUNAY, s. 22, dipnot: 93.

(11) Handyside, (İngiltere), 7.12.1976. Mahkeme, daha sonra ve Türkiye'yle ilgili kararlarında da bu görüşünü birçok kez yinelemiştir.

(12) Handyside, (İngiltere), 7.12.1976; Ligens, (Avusturya), 8.7.1986; Piermont, (Fransa), 27.4.1995; Vogt, (Almanya), 26.9.1995; Türkiye Birleşik Komünist Partisi, 30.1.1998; Sosyalist parti, (Türkiye), 25.5.1998; Lehideux ve Isorni (Fransa), 23.9.1998; Fressoz ve Roire, (Fransa), 21.1.1999; Bergens Tidenda, (Norveç), 2.5.2000.

(13) Kjeldsen, 7.12.1976; Kokkinakis, 25.5.1993.

(14) OZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s. 98, 99; BECCARIA, Cesare, (Sami Selçuk), Suçlar ve Cezalara Hakkında, İmge yay., Ankara, 2004, bölüm n. XXXII, XXXVII; SELÇUK, Sami, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, İmge yay., Ankara, 2004, s. 43-44. Roma hukukunda "de internis non judicat praetor: yargıç, iç dünyayı (saikleri) yargılamaz" ilkesi bulunmakta idi. Cumhuriyetin ilk Ceza Yasasının kaynağı olan İtalyan Ceza Yasası hakkında yazılan 1887 tarihli Zanardelli Raporunda da (paragraf, n. XIV) şöyle denmiştir: "İnsan eylemlerinin iç saiklerini araştırmak, ceza adaletinin işi değildir." Beccaria'nın anılan Rapordan 123 ve Yasadan 125 yıl önce bunu saptayabilmesi gerçekten hayranlık verici bir durumdur. Geniş bilgi, kaynaklar ve örnekler için bakınız: Sami Selçuk, Özlünen Hukuk/Yaşanan Hukuk, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 35 vd.; Güncel Hukuk, Mayıs 2004, s. 24-27.

(15) Lehideux ve Isorni, (Fransa), 23.9.1998; Otto-Preminger-Institut, (Avusturya), 23.5.1991; Jersild, (Danimarka), 23.9.1994.

(16) Kanada Yüksek Mahkemesinin kararları için bakınız: BRUN, Henri/TREMBLAY, Guy, Droit Constitutionnel, Québec, 1990, s. 890-892.

(17) Groppera Rodio AG, (İsviçre), 28.3.1990; Autronic, AG, (İsviçre), 22.5.1990.

(18) Leander, (İsviçre), 26.3.1987; Gaskin, (İngiltere), 7.7.1989.

Anayasaya göre bu herkese değil, yargıya yönelik bir haktır<sup>(19)</sup>. Yazılı basına yönelik önlemler, kitap toplama, radyo ve televizyon için frekans sınırlamaları bilgilenme özgürlüğünü sınırlar. Bu konudaki ölçüt, görüşün öğrenileme olanaklarının varlığıdır.

Duyuru, bülten, bildiri de bu özgürlük kapsamına girer.

Özel haberleşme alanında, telefon dinleme, mektuplara elkoyma, cezaevlerinde dış yazışmaları engelleme bu alana karışmaz<sup>(20)</sup>.

#### IV-Anlatım özgürlüğünün sınırlanması:

Burada çatışan değerler/haklar/özgürlükler söz konusudur. Ya birlikte yaşarlar ya da biri öbürünü yok eder. Denge sağlanmalıdır. Ama sınırlama, denge adıyla anlatım özgürlüğünü yok eden bir denge olmamalıdır.

Sınırlamalar üç türlü olur: 1) İçeriğe yönelik olmayan sınırlamalar; zaman, yere ve biçime ilişkindir, özü örselemez: Havaalanında broşür dağıtmayı yasaklamak gibi. 2) Bir anlayışa, bakış açısına yönelik alanlar: Savaşı eleştirme yasağı gibi. Bu özgürlüğü örseler. 3) İçerik sınırlamaları: Tam engeldir<sup>(21)</sup>.

Sınırlamaların ölçütleri AİHM'nin 10/2, 18 ve Anayasanın 13. maddelerinde öngörülmüştür.

#### A-Nedene bağlı sınırlama (meşru amaç önküşülü):

a) Genel özellikler: (AİHS, md. 10/2, Anayasa, md. 13, 26/2).

Sözleşmede genel sınırlama maddesi yoktur. Bu yüzden sınırlama istisnadır.

Sayıllı, yani başkalarını dışlayıcı sınırlama nedenleri, anlam ve kapsam açısından dar ve tüketici bir yaklaşımla yorumlanmakta, amaç saptırma yasağını getiren 18. maddedeki "nedene/amaca bağlılık koşulu" pekiştirici bir hüküm olarak algılanmaktadır<sup>(22)</sup>. 1982 Anayasasında ise genel sınırlama maddesi (md.13) ve bu bütün hak ve özgürlükler, bu arada anlatım özgürlüğü için de geçerlidir. Yeter ki yasa ile yapılsın. Ancak Yasa, hangi hak ve özgürlük için hangi sınırlamayı getirdiğini belirleyecek; "Anayasanın sözüne ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır".

AİH Sözleşmesi kurumları ikincil ve tamamlayıcı, üye devletler sınırlama nedenlerini değerlendirip saptamada özgür oldukları için, yalnızca değerlendirmede tutarlılık ve Sözleşmedeki ölçütlerin aşılmadıkları denetlenmektedir. Bu da yeterli bir güvence değildir<sup>(23)</sup>.

#### b) Sınırlama nedenlerinin niteliği ve denetimi:

Kültürel, ahlâki, sosyal ve siyasal kaynaklı nedenlerdir. Bunlar iki amaçla yapılmaktadır: a) Devletin ve kamusal yararların korunması, b) Başkalarının onur ve haklarının korunması.

aa) Anlatım özgürlüğünün devletin ve kamusal yararları korumak için sınırlanması:

Bunlar, genellikle soyut kavramlar olup istisnai durumu kural yapmaya yatkındırlar ve şunlardır: Ulusal güven-

lik, kamu düzeni, kamu yararı, genel asayiş, devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, kamu güvenliği, genel sağlık, genel ahlâk (açık saçıklık gibi), suçların önlenmesi, gizli bilgilerin açıklanmaması, yargı otoritesinin, ulusal egemenliğin, Cumhuriyetin ve yasanın öngördüğü meslek sınırlarının korunması, suçluların cezalandırılması nedenleridir<sup>(24)</sup>.

Ulusal güvenlik, iç ve dış güvenliği içerir. Bunun tanımlanması; tanımlanmaları daha güç olan kamu yararı, kamu düzeni gibi kavramlara göre daha kolaydır.

Kamu düzeni ideolojinin korunması ile değil, toplumun maddi ve fiziki düzeniyle ilgili olmalı, karışıklığa yol açmamalıdır.

bb) Anlatım özgürlüğünün başkasının şöhret, onur ve haklarını korumak için sınırlanması:

Sövgü, iftira gibi nedenlerdir. Bunları değerlendirirken genellikle resmi sıfat taşıyan/taşımayan ayırımı yapılmaktadır. Politikacılar da ise kapsam geniş tutulmaktadır<sup>(25)</sup>.

#### B-Ölçülülük ilkesi (araç-amaç dengesi (proportionalité : Oranlılık) (terazi işlevi)

Almanya kökenli bir ilkedir.

Sınırlama amaç dışında kullanılmaz. Kullanılan araç ile sınırlamada ulaşılmak istenen amaç arasında zorunlu denge anlamındaki oranlılık ilkesi, son çözümlemede "demokratik toplumda zorunlu olma" ilkesinin bir alt kavramıdır<sup>(26)</sup>.

Bu bağlantının nedeni, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkesinin, sınırlamanın sınırına ilişkin en uç noktayı göstermesidir. "Özgürlük asıl, sınırlama ayırıktır" kuralı, özgürlüğün olabildiğince çok (maksimum) düzeyde değil, ancak sınırlama nedenindeki amaca ulaşılabilecek ölçüde sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu yüzden, sınırlamanın en son nereye kadar uzanabileceğinin saptanması için, ilkin sınırlama amacına ne ölçüde ve ne kadar sınırlama ile ulaşılabileceğinin saptanması gerekmektedir<sup>(27)</sup>. Denge bu biçimde kurulmalıdır<sup>(28)</sup>. Sözleşmede bu ilke bir yorum kuralıdır. Fawcett'e göre dayanağı, sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamasını belirten 18; gereklik kavramının yer aldığı 8, 9, 10 ve 11. maddelerin ikinci fıkraları, olağanüstü durumlarda alınacak önlemlerin durumun gerektirdiği ölçekte olması kuralını düzenleyen 15, ve Sözleşmede getirilenlerden daha çok geniş bir sınırlamaya izin vermeyen 17. maddelerdir<sup>(29)</sup>.

Anayasanın 13. maddesi gerekçesi de aynı doğrultudadır: "Öngörülen amaçlar ya da nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için, hak ve özgürlükler sınırlanmayacak yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu ya da gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyişle, amaç ve sınırlama oranı herhalde korunacaktır."

Kuşkusuz, oranlılık ilkesinin öğelerini saptamak yargının işidir.

(19) S.D, 11.5.1983, 2387/3963.

(20) Silver ve Others, (İngiltere), 25.3.1983; Solder, (İngiltere), 21.2.1975.

(21) SUNSTEIN, İleten: SUNAY, Tez, s. 52, dipnot: 190.

(22) AİHM, Sunday Times, (İngiltere), 26.11.1991; Thorger Thorgeirson, (İzlanda), 25.6.1992; SUNAY, Tez, s. 53, 54; ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Topulukları Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara, 1994, s.47.

(23) Nilsen ve Johnsen, (Norveç), 25.11.1999; Bergens Tidende, (Norveç), 2.5.2000.

(24) SUNAY, Tez, s. 56.

(25) Lingens, (Avusturya), 8.7.1986.

(26) Goodwin, (İngiltere), 27.3.1996; Ezelin, (Fransa), 26.4.1991; SUNAY, Tez, s. 69.

(27) SUNAY, Tez, s.70.

(28) Hertel, (İsviçre), 25.8.1998; Jersild, (Danimarka), 23.9.1994; Vogt, (Almanya), 26.9.1995. Benzer görüş: Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986, 8/27.

(29) SUNAY, Tez, s. 70.

Sınırlama önlemi, ulaşılmak istenen amaca elverişli; o amacın gerçekleştirilmesi için onun dışında ve daha hafif yük getiren araç yetmediği için gerekli ve, nihayet, sınırlanma önemiyle amaç orantılı, yani bireye yük getiren araç ile ulaşılmak amaç arasında makul ve oranlı bir denge bulunmalıdır<sup>(30)</sup>.

Korunmak istenen kamu yararının önemi, değeri ve ağırlığı ile bu yararı korumak için getirilen sınırlamanın önemi ve ağırlığı çatışmakta; oranlılık ilkesi çatışan bu iki yarar arasında denge kurma işlevini görmektedir. Bunun için de hukuken korunan yararların normatif öğelerinin somutlaştırılması gerekmektedir. Bu normatif somutlaştırma için, sınırlayıcı önlem kararı, sınırlamanın amacı, sınırlayıcı önlem kararının dayandığı olgu gözetilecektir. Bu değerlendirmeler sonucunda, olayın özelliklerine göre, ya anlatım özgürlüğünün (özel yarar) koruyucu işlevine ya da bunun karşısında yer alan kamu yararının (genel yarar) sınırlayıcı işlevine ağırlık tanıyan bir karar verilecektir<sup>(31)</sup>.

### C-Demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düşülmemesi

#### a) Demokratik toplum düzeni kavramı

AİH Sözleşmesi, başlangıcında temel hak ve özgürlüklerin ancak gerçek bir demokratik toplumda var olabileceklerini, bu kavramın Sözleşmenin dayanağını oluşturduğunu ve özgürlüklerin gereksiz ve ölçsüz biçimde sınır-

landırılmayacaklarını vurgulamıştır. Buna göre kavram, iki işlevi yükleniyor: Birincisi, hak ve özgürlükler yönlendiricidir. İkincisi, bunların sınırlandırılması oranlılık ilkesine göre<sup>(32)</sup>. AİH Mahkemesine göre, demokratik toplumun üç bileşeni vardır: Çoğulculuk, hoşgörü, geniş görüşlülük<sup>(33)</sup>.

Çoğulculuk, kişisel düzeyde farklı olma hakkı, kurumsal düzeyde siyasal ve toplumsal çoğulculuğun korunmasıdır<sup>(34)</sup>. Kişisel ve kolektif özgürlükler açısından geniş yorumu gerektirir çoğulculuk. Çünkü çoğulculuk çoğunluğa ters düşen görüşleri savunabilmeyi de içerir<sup>(35)</sup>. Azınlık, çoğunluk karşısında korunmalıdır. Sistemin çoğunlukça benimsenmesi, belirleyici değildir<sup>(36)</sup>. Zira "çoğunluk hakkıdır" diye bir kural yoktur.

Hoşgörü, oranlılık ilkesiyle birlikte ele alınmalıdır. Politikacılar için daha geniştir.

Geniş görüşlülük de öyle.

Demokratik toplum kavramı, "Avrupa Standartları"na göre belirlenmektedir ve sonuçta denetim, bunlara uygunluk denetimi olmaktadır<sup>(37)</sup>.

AİH Mahkemesinin görüşlerinde sürekli "demokratik devlet" yerine "demokratik toplum" denmesinin nedeni, demokrasinin sivil toplum üzerine kurulmasındandır<sup>(38)</sup>.

1982 Anayasası, sivil toplum üzerine kurulmadığından, önceliği devlet otoritesine tanıdığından, çoğu kez "demokratik devlet"ten söz etmiştir<sup>(39)</sup>.

Anayasa Mahkemesi de, bir yerde bu doğrultuda davranmış, genelde "ulusal demokratik toplum düzeni"ne vurgu yapmış<sup>(40)</sup>; "bize göre demokrasi" kavramı yaratmıştır.

#### b) Demokratik toplum düzeninin gereklerinin belirlenmesi:

##### aa) Gereklilik kavramının anlamı:

AİH Mahkemesine göre, gereklilik kavramı, vazgeçilmez (indispensable) kavramı kadar katı değil. Ama, kabul edilebilir, benimsenebilir (admissible), olağan (normal), yararlı (utile), makul (reasonable) ya da yerinde (opportun) kavramları kadar da yumuşak değildir<sup>(41)</sup>. Mahkemeye göre "gereklilik" kavramını saptamaya ulusal makamlar yetkilidir. Ancak bu yetkinin Sözleşmeye uygunluğu denetlenir<sup>(42)</sup>.

##### bb) Gereklilik kavramının niteliği:

AİH Mahkemesine göre, bu nitelik, "zorlayıcı toplumsal gereksinme"dir. Demokratik toplum buna gereksinme duymalıdır<sup>(43)</sup>.

Gereklilik denetiminde zorlayıcı toplumsal gereksinmenin varlığı araştırılırken, soyut değerlendirme yapılmayıp, çeşitli öğeler göz önünde tutulur. Örneğin, sınırlamanın amacı ile aracı arasındaki makul denge, sınırlamanın hangi koşullarda yapıldığı, sınırlama konusu hakkın niteliği. Bu öğeler, Amerikan Yüksek Mahkemesinin açık ve yakın tehlikedeki öğelerini andırmaktadır<sup>(44)</sup>. Ancak açık ve yakın tehli-

ke öznel yorumlandığı takdirde özgürlükler için elbette tehlikelidir.

Ulusal dayanışma, insan haklarına saygı, Atatürk ulusçuluğu, laiklik gibi hususlar, yargı organları tarafından devlet yararlarına üstünlük tanıyan kavramlar olarak yorumlanmaları ve bu kavramlarla "Devlet ve toplum çıkarlarına öncelik tanınmıştır"<sup>(45)</sup> denilmesi, laiklik gibi kavramların evrensel tanımlarından uzak algılanması<sup>(46)</sup> yerinde olmamıştır.

### D-Sınırlama yasayla yapılmalı (yasallık ilkesi)

Yasa, yazılı ve yazısız (İngiliz) olanı kapsar<sup>(47)</sup>.

Yasa, soyut, genel, nesnel, kişisel olmayan kuralları içerir.

Yasa kuralı, kolay ulaşılabılır ve sonuçları öngörülebilir olmalıdır. Ulaşılabılır olma, kişinin belli bir duruma uygulanacak hukuk kuralı konusunda yeterli bilgiye kolayca sahip olabilmesi, o kuralı anlayabilmesidir. Kolay anlayabilmek, o kuralın açık ve kesin anlamlı olmasıyla olanaktır. Öngörülebilir olma ise, o hukuk kuralının uygulanmasından doğacak sonuçların önceden bilinebilir olmasıdır<sup>(48)</sup>.

Hukukun üstünlüğü kuralınca, yasanın varlığı yetmez, içeriğine bakılacaktır. Yeterince açık olmayan, resmi makamlara takdir yetkisi tanınmış ve keyfiliğe açık durumlarda sınırlama Sözleşmeye aykırıdır.

Kural cezai ise, suçta yasallık ilkesi aranacaktır.

(39) SUNAY, Tez, s. 77.

(40) 6.10.1986, 21/23.

(41) Handyside, (İngiltere), 7.12.1976; Barthold, (Almanya), 25.3.1985.

(42) SUNAY, Tez, s.79.

(43) Lehideux ve Isorni, (Fransa), 23.9.1998; Goodwin, (İngiltere), 27.3.1996; News Varfags, GmbH ve COGK, (Avusturya), 11.1.2000; Bergens Tidende, (Norveç), 2.5.2000.

(44) SUNAY, Tez, s. 80.

(45) Ana. M., 13. 6.1985, 14/7; 6.10.1986, 21/23; 25.10.1983, 2/2.

(46) Ana. M., 25.10.1983, 2/2; 7.3.1989, 1/2.

(47) Sunday Times, (İngiltere), 26.4.1979.

(48) SUNAY, Tez, s. 88; Casado Coca, (İspanya), 24.2.1994; Hewitt ve Harman, (İngiltere), 9.5.1989; Goodwin, (İngiltere), 27.3.1976; Ezelin, (Fransa), 26.4.1991; Chotherr, (Avusturya), 25.8.1993.

(30) SUNAY, Tez, s. 71.

(31) SUNAY, s. 72; AİHM, Young, Jamer, Webster (İngiltere), 13.8.1991; Bladet Tromsø ve Stensas (Norveç), 20.5.1999; Anayasa Mahkemesi, 22.5.1987, 17/11; 11.2.1987, 12/4.

(32) YILDIZ, İleten: SUNAY, s. 74.

(33) Handyside, (İngiltere), 7.12.1976; Frezzoz ve Roire, (Fransa), 21.1.1999; Bergens Tidende (Norveç), 2.5.2000; Hertel, (İsviçre), 25.8.1998; Vogt, (Almanya), 26.1.1995; Otto-Preminger-Institut, (Avusturya), 20.9.1994.

(34) SUNAY, Tez, s. 75.

(35) AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi, (Türkiye), 30.1.1998; Özgürlük ve Demokrasi Partisi (Türkiye), 8.12.1999.

(36) AİHM, Young, James, Webster, (İngiltere), 13.8.1981.

(37) SUNAY, Tez, s. 77.

(38) ÇAĞLAR, İleten: SUNAY, Tez, s. 77.

## SONUÇ

Anlatım özgürlüğünün gerçekleştirilmesi yalnızca kuramsal ya da hukuksal (normatif) düzeyde bir sorun değildir.

Sınırlama sorunu, bu özgürlüğün genel düzeyde algılanmış ve yorumlanmış biçimiyle ilgilidir ve düşüncenin dışa vurulması amı ile ilgili değildir. Düşünceye ulaşma özgürlük ve olanağıyla birlikte ele alınır.

Düşünce/din, vicdan özgürlükleri birbirleriyle bağlantılıdır.

Bilgi edinme, demokrasinin işlemindeki etkisi nedeniyle temel bir hak. Ne ki, kaynaklara ulaşmak Türkiye'de hak değildir.

AİH Mahkemesine göre, sınırlamada ölçüt, üç yorum anahtarıyla olur. Birincisi, kurulu düzeni sarsan görüşler de özgürdür. İkincisi, demokratik toplum düzeni, hoşgörü, çoğulculuk ve geniş görüşlülüğe dayanır. Üçüncüsü, statüye ya karşı olan görüşler de siyasal arenada yer alır. Anlatım özgürlüğü, aslında karşı olma özgürlüğüdür.

Sınırlamada gereklilik ögesi, sınırlamanın meşruluğu için aranan ortak öğelerden yasallık, orantılı olma ve meşru nedene dayanma öğelerinden ayrı olarak sonucu belirlemede temel öğedir. Bu, AİH Mahkemesine göre (zorlayıcı toplumsal gereksinme) olarak somutlaştırıyor. Ulusal makamların takdir yetkisi ile dengeleniyor.

Türk yargısı, devlet çıkarlarını üstte çıkararak, ülke koşullarını gözeterek tarihi yorum yöntemini yeğlediğinden sınırlama devlet temelinde ve ideolojik olarak algılanmaktadır<sup>(49)</sup>. Oysa tekel ölçüt, demokratik toplum düzenin ge-

rekleri olsa, özgürlük güvence altına alınmış olur.

ABD Yüksek Mahkemesi, 1970'lerden sonra, açık ve var olan tehlike ölçütünü dar içerikle anlıyor; açık ve önlenemez tehlikeye yol açıp açmadığı ile sözün zor içerip içermediğini gözetiyor<sup>(50)</sup>. Sorun maddi düzenin korunması olarak anlaşıldığından, görüşün doğru/yanlış, zararlı/zararsız gerekçesine dayanılmıyor. Doğacak zarar/tehlike, yarardan az ise sınırlama yapılmıyor<sup>(51)</sup>. Koşullara bakılıyor. İdeolojik değerdendirme yapılmıyor<sup>(52)</sup>.

ABD Federal Mahkemesi, tehlikenin gerçekleşmesini beklemenin sınırlandırmadan beklenen yararı en aza indireceği yolundaki görüşünü terk etmiştir<sup>(53)</sup>.

Düşünce ya da tercihleri açıklama özgürdür. Şiddete, isyana, şiddet kullanmaya yönelenler bu kapsamın dışındadır. Bu kapsam, koşullar gözetilerek saptanır.

Anlatım özgürlüğü konusunda hukuksal/normatif boyutun yanı sıra yarıya düşenler de vardır:

1-Bağımsız yargı kurulmalı ve hukukun siyasal bir savaşım aracı durumuna getirilmemelidir.

2-Öznel değil, nesnel standartlar belirlenmelidir.

3-Anayasal güvenceler, bu özgürlükten herkesin yararlanmasını sağlamalıdır.

4-Yargıç, hukukun genel ilkelerini de gözetmelidir<sup>(54)</sup>.

5-Anayasanın geçici 15. maddesinin getirdiği yargı engeli, 5. ve 17/1. maddeleriyle aşılmalıdır.

6-Tarihi yorum yönteminden vazgeçilmeli ve özgürlüğün özü, gelişmeci ve dinamik yorum gözetilmelidir.

Batı'da ve Türkiye'de Kamusal Alan<sup>(\*)</sup>Vahap Coşkun<sup>(\*)</sup>

Sosyal-siyasal bilimlerin inceleme alanına giren kavramların hiçbiri; herkesin tartışmasız bir biçimde tasvip ettiği "mutlak bir tanıma" ulaşma bahtıyarlığına erişmiş değildir. Yaygın bir kullanıma sahip olan ve çoğu kez tüm insanlarca aynı şekilde anlaşıldığı varsayılan bu kavramlar (örneğin; demokrasi, özgürlük, laiklik, eşitlik, vb...) hakkında, birbiriyle örtüşmesi asla kabul olmayan tanımlara rastlamak olasıdır. Aynı dertten "kamusal alan"ın da mustarip olduğu söylenebilir; zira siyaset felsefesinin temel kavramlarından bir olan bu kavrama ilişkin fikir yürütmelerde de herkes tarafından kabul edilebilir ortak bir tanıma ulaşılmış değildir. Aksine, bu alana hasredilmiş çalışmaların sayısı artıca; kamusal alana ilişkin tanımlar da artmakta, alabildiğine çeşitlilik arz etmektedir.

Son dönemlerde tüm dünyada artan "farklılıkların tanınması" taleplerine paralel olarak, üzerinde çok yoğun düşünsel mesai sarfedilen kamusal alan üzerinde bir "tanım birliği"nin değil de bir "tanım bolluğu"nun varlığını; Erdo-

ğan üç nedene bağlar: İlki; bu kavramın anlam ve kapsamının önemli ölçüde kişinin dünya görüşüne bağlı olarak değişiklik göstermesidir. "Neye kamusal dediğiniz; insani varoluşun mahiyetini nasıl kavradığınıza, nasıl bir devlet-toplum ilişkisi tasarladığınıza bağlı olarak değişir."<sup>(1)</sup> Bu meyanda, kişinin siyasi meşrebine göre kamusal alanı; "kamu otoritesinin geçerli olduğu yer", "çoğulculuğun, renkliliğin ve özgürlüğün olduğu alan", "kamu görevlisinin görevini ifa ettiği yer", "devlet ile toplumun kesiştiği alan", "kamu görevlisinin bulunduğu her yer" olarak tanımlanması mümkündür. İkincisi, bazılarınca kamusal alan-özel alan" karşıtlığının, ahtaki bir hiyerarşi içinde telaki edilmesidir. Burada, kimileri geleneksel anlayışa uygun olarak, "kamusal"ı, "özel"in önüne koyarken; kimileri de buna karşın "özel"i üstün, "kamusal"ı ikincil olarak değerlendirir.<sup>(2)</sup> Üçüncü neden ise, günümüz toplumlarını anlamada "kamusal alan-özel alan" ayrımının yeterli olmadığını, bunun yerine "kamusal-özel-siyasal", "kamusal-

(\*) Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü.

(1) Mustafa ERDOĞAN; Kamusal Alan ve Hukuk, Radikal, 03.12.2002

(2) Batı, uzunca bir süre, kamusal alanı yücelten, özel alanı ise hor gören/aşağılayan düşüncenin etkisi altında kalmıştır. Nitekim Antik Yunan'dan neşet eden bu düşünceyi Locke, Rousseau ve Hegel'de görmek mümkündür. Locke; siyasal otoritenin temelini atan "sözleşme"nin, aile alanının dışında sosyal alanda oluştuğundan hareketle, kamusal olana öncelik verir. Locke'a göre özel yaşam, aşkın, duygunun, merhametin ve özverinin sembolü olan kadının alanıdır; kamusal alan ise rasyonelliğin, sözleşmenin ve mübadelelerin gerçekleştiği bir erkek alanıdır. Rousseau ve Hegel'e göre de; biri kadınların, çocukların, özürtlülerin dünyası olan "özel"; diğeri de aşkın bir devlette özdeşleşmiş, ve devlet sevgisini yüreğinde taşıyan erkeklerin dünyası olan "kamusal" olmak üzere iki yaşam alanı bulunmaktadır. Bu konuda bkz: Ömer ÇAHA; İdeolojik Kamusalın Sivil Kamusala Dönüşümü, Doğu Batı, Yıl 2 Sayı 5, Kasım-Aralık-Ocak 1998-1999, s.76-79

(49) Ana. M. 25.10.1983, 2/2; 16.1.1998, 1/1; 22.2.1998.

(50) SUNAY, Tez, s. 204.

(51) SUNAY, Tez, s. 204.

(52) SUNAY, Tez, s. 206.

(53) SUNAY, Tez, s. 207.

(54) Ana. Mah., 27.3.1986, 31/11; 26.11.1986, 8/27.